

Dossier: Discriminación

Selección de Jurisprudencia y Doctrina

Contenido

JURISPRUDENCIA	4
I Últimos fallos sobre el tema	4
II Discriminación laboral	29
III Discriminación contra la mujer	59
IV Discriminación por enfermedad	76
V Discriminación por motivos ideológicos, políticos, gremiales.....	82
VI Discriminación por razones de sexo o género.....	90
VII Discriminación racial o religiosa	103
DOCTRINA.....	115
La responsabilidad disciplinaria por violencia de género en el empleo público	115
Los ejes de la perspectiva de género y el lenguaje claro en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires.....	123
A propósito del fallo "Montani" de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza: un escrutinio de la doctrina de la Drittewirkung Der Grundrechte según los aportes de Jürgen Habermas	129
La obesidad y el discurso de odio	143
Derecho a la vida y a la salud en el caso de la obesidad	147
La obesidad como causal de discriminación y su regulación legal en Argentina	157
"Nuevo aire se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayan)"	165
"La Discapacidad y el Trabajo. Un cierre de propuestas superadoras en términos generales" (Segunda parte)	174
El Convenio nº 111 de la O.I.T. y el progreso de su aplicación en Argentina	192
Los aspectos legales relativos a la salud en la tercera edad. Sus dificultades mas frecuentes y sus soluciones. Conocer sus derechos.....	207
Las redes sociales como disparadores de la violencia de género	211
Los concursos de belleza para niñas y adolescentes en jaque	215
"Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente"	227
El trabajo y la escuela: dos espejos de la calle	250
El despido sin causa de la trabajadora embarazada durante el período de prueba	255
La acción afirmativa, el sujeto y la comunidad.....	258
La evolución humana. (Perspectiva científica de la evolución para la comprensión de los derechos humanos).....	276
Aspectos jurídicos del "derecho de admisión" en colegios privados.....	284
Derecho a la igualdad y no discriminaciónCorte IDH, "Caso Atala Riffoy Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas,sentencia del 24 de febrero de 2012,Serie C N° 239	302

El despido discriminatorio según la reciente doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	308
Nuevos lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de despidos discriminatorios por razones gremiales	314
Otra sentencia sobre nulidad del despido por discriminación sindical: el fallo Quispe Quispe	325
DICTÁMENES INADI	333

JURISPRUDENCIA

I | Últimos fallos sobre el tema

Sumario nro. C0411064

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-INJURIAS-PUBLICACION O REPRODUCCION DE INJURIAS-ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO-ABOGADOS-DISCRIMINACION-IGUALDAD ANTE LA LEY

TEXTO

Corresponde condenar a la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo a pagar una indemnización al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, por injuriar a los profesionales del Derecho en una serie de publicidades, dado que las publicaciones poseen un sesgo discriminatorio en los términos del art. 1º de la ley 23.592, por cuanto trasuntan un desprecio contra un grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo hacia la profesión de abogado, lo que lesiona el derecho a la igualdad ante la ley, tutelado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: *Constitución de la Nación Argentina Art.16, Ley 23.592 Art.1*

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala I (Paola Mariana Guisado - Juan Pablo Rodriguez)

Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo s/ daños y perjuicios - ordinario

SENTENCIA del 2 DE DICIEMBRE DE 2022

Sumario nro. C0411065

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-INJURIAS-PUBLICACION O REPRODUCCION DE INJURIAS-ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO-ABOGADOS-DISCRIMINACION

TEXTO

El tono indiscriminado de los términos empleados por la Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, conduce de modo tácito pero claro a una inaceptable identificación, de suerte tal que por el solo hecho de integrar el colectivo de los abogados, la persona queda estigmatizada como alguien deshonesto, capaz de llevar adelante en el ejercicio de su actividad los deleznables procederes descritos en las publicaciones y sugeridos las palabras empleadas. Las manifestaciones cuentan con aptitud para provocar un menoscabo a la dignidad de tales profesionales (Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia y arts. 51 y 52 del CCCN).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.51 al 52

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala I (Paola Mariana Guisado - Juan Pablo Rodriguez)

Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Unión de Aseguradoras de Riesgos del Trabajo s/ daños y perjuicios - ordinario

SENTENCIA del 2 DE DICIEMBRE DE 2022

Sumario nro. C0411066

TEMA

INCONSTITUCIONALIDAD-FILIACION TRIPLE-IGUALDAD ANTE LA LEY-DISCRIMINACION

TEXTO

Corresponde decreta la inconstitucionalidad e inconvencialidad del art. 558 del Código Civil y Comercial y manda a inscribir en forma inmediata y cautelar en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires una triple filiación de los peticionarios con relación a un niño, toda vez que la aplicación del último párrafo de la mencionada norma conduce en el caso a un resultado contrario al derecho de todo ciudadano de ser tratado con igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias e injustificadas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.558

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala E (MARISA SORINI - RICARDO LI ROSI - JOSE BENITO FAJRE)

K., D. V. y otros s/ información sumaria

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2022

Sumario nro. A0083116

TEMA

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-IDENTIDAD CULTURAL

TEXTO

El principio de no discriminación implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa en la que nadie tiene el derecho de imponer su visión a los demás; este principio permite diseñar sociedades en las que convivan diferentes visiones que enriquecen el debate público, y, que a través de la participación de cada sector se tengan en cuenta intereses, inquietudes y puntos de vista que aseguren su identidad cultural; así la función del derecho en estos casos no es excluirlos o buscar la homogeneidad, sino lograr un consenso que surge de su interacción (Voto del juez Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti (según su voto))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo

SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2022

Sumario nro. A0083124

TEMA

IDENTIDAD CULTURAL-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

Existe un derecho de incidencia colectiva a la identidad cultural dinámica tutelado en tanto no exhiba potencial discriminatorio (Voto del juez Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti (según su voto))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo

SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2022

Sumario nro. A0083125

TEMA

EDUCACION PUBLICA-LIBERTAD RELIGIOSA-FIESTAS RELIGIOSAS-IDENTIDAD CULTURAL-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-ACCION DE AMPARO-RECHAZO DE LA DEMANDA

TEXTO

Corresponde rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del "Día del Patrón Santiago" y del "Día de la Virgen del Carmen de Cuyo", pues la resolución mencionada establece con claridad que con las conmemoraciones y/o celebraciones se persigue una finalidad cultural y la posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, ni prueba aportada a la causa, de que los alumnos o personal docente que se hayan querido abstener de presenciarlas hubieran tenido alguna dificultad para ejercer esa libertad (Voto del juez Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti (según su voto))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo
SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2022

Sumario nro. C0410911

TEMA

DISCRIMINACION-PRUEBA-PRESUNCIONES

TEXTO

En conflictos derivados de situaciones de discriminación, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara y categórica, pues seguramente dichos actos no resulten documentados, por lo tanto, asumen relevancia las directivas contenidas por el art. 163 del Código Procesal, en tanto autorizan a echar mano a las presunciones no establecidas por ley (inc. 5).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.163

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nro 22 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso)

P., G. D. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 7 DE SETIEMBRE DE 2021

Sumario nro. C0410912

TEMA

DISCRIMINACION-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. En consecuencia, teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, se considera que cuando una persona invoca un supuesto de discriminación, como en el caso, se invierte la carga de la prueba.

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nro 22 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Ignacio M. Rebaudi Basavilbaso)
P., G. D. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 7 DE SETIEMBRE DE 2021

Sumario nro. K0029276

TEMA
DISCRIMINACION-DAÑO MORAL-POLICIA FEDERAL

TEXTO

Corresponde hacer lugar a un reclamo por daño moral incoado contra el Estado Nacional por una mujer que se vio impedida de ingresar a la Policía Federal por no cumplir con el requisito reglamentario referente a la estatura mínima, toda vez que el precepto previsto por la Fuerza es de naturaleza discriminatoria, y la irrazonabilidad de la exigencia reglamentaria que fue precedida, con una intensidad determinante, aunque no excluyente de la ponderación que la parte actora es mujer y que diversas normas nacionales e internacionales le otorgan una tutela singular.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (HERNAN GERDING - CLARA MARIA DO PICO - RODOLFO FACIO)
Oviedo, Viviana Alejandra c/ EN- PFA y otros s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.
SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. J0048950

TEMA
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA-REQUISITOS PROPIOS-CUESTION CONSTITUCIONAL-AUTOCONTRADICCION-PRUEBA-VALORACION-DISCRIMINACION-ABUSO SEXUAL-MENOR-MAYORIA DE EDAD-DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-CORRUPCION DE MENORES-PRUEBA TESTIMONIAL

TEXTO

Un aspecto en el análisis que se torna hábil para descalificar constitucionalmente el pronunciamiento de la Alzada, es la disímil valoración que realizó la Cámara en relación al discurso de la víctima, por cuanto sus dichos fueron apreciados en sentido desincriminatorio al confirmar la absolución por el hecho de abuso sexual, poniendo de resalto en que al momento del debate, la misma ya era mayor de edad y se encontraba en condiciones de poder establecer si el imputado había llevado a cabo acciones abusivas hacia su persona, refirieron a otras oportunidades en que declaró que siempre la respetó y que era la única persona que se interesaba por ella cuando necesitaba ayuda, destacando la importancia que revisten las declaraciones de la víctima en investigaciones por delitos contra la integridad sexual; pero al momento de confirmar la condena por corrupción de menores, los Juzgantes otorgaron relevancia al testimonio de la persona que habría tomado declaración a la víctima en sede policial, recordando que en dicha oportunidad, esta expresó que eran novios y reconoció que tuvieron relaciones en el auto al tiempo que estaba alojada en el Hogar, restando credibilidad -por su situación de vulnerabilidad- a lo declarado luego en sede judicial por la propia víctima, al rectificar sus dichos diciendo que todo eso era mentira, y por tales motivos, entendieron que esos encuentros fueron forzados por la permanente insistencia del imputado a través de comunicaciones telefónicas, mensajes e influencia ejercida. (Del voto del Dr. Netri)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - FALISTOCO - ERBETTA)

Sumario nro. J0049217

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-INADMISIBILIDAD-JUEZ-FACULTADES-DERIVACION RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE-PODER JUDICIAL-SECRETARIOS-PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

Al rechazar el recurso de reposición formulado por la impugnante, este Tribunal argumentó que no se advertía que lo resuelto en virtud de los criterios de selección adoptados en orden a la cobertura de las vacantes producidas en las Secretarías de dos órganos jurisdiccionales implique acto discriminatorio alguno, como tampoco surge que se haya afectado el principio de igualdad, toda vez que las decisiones cuestionadas tuvieron como fundamento el marco normativo vigente y de conformidad con las previsiones allí contenidas es que se procedió a efectuar las respectivas propuestas, seleccionando en ambos casos a quienes aparecían primeros en las listas correspondientes, respetando rigurosamente el orden de mérito previsto, oportunamente aprobado; y frente a tal argumentación, en el recurso de excepción se insiste en sostener que los nombramientos que cuestiona fueron realizados violentando los principios de igualdad y no discriminación, pero ello sin hacerse debidamente cargo, que los mismos respetaron el orden establecido en las listas respectivas. (Del voto del Dr. Netri, al que adhieren los Dres. Falistocco, Gutiérrez y Spuler)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO)
MARCUAL, MARIA ANDREA s/ SU PRESENTACION-
SENTENCIA del 23 DE NOVIEMBRE DE 2021

Sumario nro. A0081376

TEMA

COMUNIDADES INDIGENAS-PARTICIPACION CIUDADANA-ELECCIONES-LEY PROVINCIAL-MUNICIPIO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado el derecho a la participación de las comunidades indígenas, pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población y el decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad (Disidencia del juez Rosenkrantz).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de Inconstitucionalidad
SENTENCIA del 8 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081524

TEMA

PREFECTURA NAVAL ARGENTINA-LICENCIA POR ENFERMEDAD-PERSONAS CON DISCAPACIDAD-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

Corresponde dejar sin efecto la decisión de la Prefectura Naval Argentina que

dispuso la licencia especial por enfermedad del actor y ordenar que previa acreditación de la aptitud laboral, según lo dicta la ley 25.404, ésta establezca la continuidad en servicio activo del actor o su pase a retiro obligatorio, toda vez que la citada ley, cuya aplicación tiene por finalidad conceder a las personas que sufren epilepsia determinados derechos para neutralizar, dentro de lo posible, la desventaja que su enfermedad discapacitante les genera y que dicha protección constituye una política pública de estado que concuerda con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de derechos humanos y de personas con discapacidad, resulta aplicable a la Prefectura Naval Argentina e integra y complementa a las normas del régimen de personal de la fuerza. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25404

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cáceres Carvajal, Héctor Omar c/ EN -M Seguridad- PNA s/ amparo ley 16.986

SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0080771

TEMA

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-EXTRANJEROS-RAZONABILIDAD-INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

TEXTO

El trato diferenciado entre nacionales y extranjeros no es en principio inconstitucional en los términos de los arts. 16, 20 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, razón por la cual el legislador se encuentra habilitado a invocar la distinción con la exigencia de que tal decisión responda a intereses que involucren el bienestar general y encuentren una justificación razonable y proporcional en relación con los propósitos que se persiguen (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.20, Constitución de la Nación Argentina Art.75

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda (en disidencia) - Lorenzetti - Rosatti (en disidencia))

Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Silva Leal, Alicia c/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/ amparos y sumarísimos

SENTENCIA del 3 DE DICIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080818

TEMA

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-EXTRANJEROS-RAZONABILIDAD

TEXTO

La distinción entre nacionales y extranjeros no importa per se un supuesto de discriminación, ello sin perjuicio de analizar el grado de razonabilidad y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas que se deriven de tal configuración normativa en relación con la finalidad de la norma, de manera de evitar resultados disvaliosos o excesivamente gravosos (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda (en disidencia) - Lorenzetti - Rosatti (en disidencia))
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Silva Leal, Alicia c/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/ amparos y sumarísimos
SENTENCIA del 3 DE DICIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080173

TEMA

EXPULSION DE EXTRANJEROS-CONDENADO EXTRANJERO-DERECHOS DE LOS MIGRANTES-
DERECHO A LA REAGRUPACION FAMILIAR-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

La sentencia que dejó sin efecto la orden de expulsión del país de una extranjera con fundamento en la reunificación familiar debe ser revocada, pues no constituye una interpretación atendible del artículo 29 de la ley 25.871, en tanto en la solución legislativa la reunificación familiar no es un derecho absoluto y la citada sentencia no ha dado argumentos suficientes para acreditar que la causal por la que se resolvió la expulsión de la actora (artículo 29, inciso c) importe una injerencia arbitraria en las relaciones de familia o contenga una finalidad persecutoria o discriminatoria (Voto del juez Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.871 Art.29

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda (según su voto) - Lorenzetti (según su voto) - Rosatti (según su voto))
Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080175

TEMA

EXPULSION DE EXTRANJEROS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-CONDENADO EXTRANJERO

TEXTO

Las causales de expulsión de extranjeros -en el caso, inciso c, del artículo 29 de la ley 25.871- no parte de motivaciones basadas en la etnia, la raza y/o la religión del migrante, supuestos tradicionalmente considerados como categorías sospechosas de discriminación; por el contrario, la ley se apoya en parámetros de tipo objetivo - condena penal por la comisión de delito-, en los que la nacionalidad del extranjero expulsado resulta irrelevante (Voto del Juez Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.871 Art.29

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda (según su voto) - Lorenzetti (según su voto) - Rosatti (según su voto))
Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. K0029197

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-ADMISIBILIDAD DE LA ACCION-FUNCIONARIOS JUDICIALES-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION-DISCRIMINACION

TEXTO

Debe declararse formalmente admisible la acción colectiva entablada por la

Unión de Empleados de Justicia de la Nación, por medio de la cual solicita el cese de una conducta supuestamente discriminatoria en relación a la aplicación del impuesto a las ganancias, sin desgravación o deducción alguna a los funcionarios y empleados que se encuentran bajo la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicitando la aplicación de la reglamentación contenida en la Resolución Nro. 8/2019 del Consejo de la Magistratura de la Nación para los referidos funcionarios, puesto que, sin perjuicio de que haya sido iniciada en resguardo de los derechos presuntamente conculcados de los empleados y funcionarios afiliados al sindicato, corresponde admitir provisionalmente la acción colectiva haciéndola extensiva a todos los empleados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación ya que, de limitarse los efectos del presente proceso únicamente a los afiliados de la parte actora, se generaría una situación contraria a los motivos tenidos en cuenta por la CSJN al tiempo del dictado de las Acordadas 32/2014 y 12/2016.

FALLOS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL Nro 9 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Pablo Gabriel Cayssials)

Unión de Empleados de Justicia de la Nación c/ E.N. / P.J.N. - Consejo de la Magistratura de la Nación y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 15 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. K0029148

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-EMERGENCIA PUBLICA-EMPRESA DE NAVEGACION-REGULARIZACION TRIBUTARIA-PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA-IGUALDAD ANTE LA LEY-TRATO DISCRIMINATORIO

TEXTO

Cabe hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la empresa naviera, y permitir su acogimiento al Régimen de Regularización de Obligaciones Tributarias, de la Seguridad Social y Aduaneras para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (art. 8, Ley 27.541), puesto que el requisito de encontrarse inscripta como pyme para acceder a dicho régimen resulta violatorio del derecho consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto se excluye a todos aquellos contribuyentes que no encuadren como tales, dado que se aprecia, prima facie, el presunto trato discriminatorio pues se advierte que la peticionante ha cumplido con los restantes presupuestos y condiciones previstos en el régimen aplicable.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.16, LEY 27.541 Art.8

FALLOS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Pablo G. Cayssials)

Marítima Maruba c/ EN-AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva
SENTENCIA del 6 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. IN001822

TEMA

CONTROL ESTATAL-SALUD PUBLICA-RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-ESTADO DE EMERGENCIA-CORONAVIRUS-POLITICA SANITARIA-PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION-EMERGENCIA SANITARIA-PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-PRINCIPIO DE LEGALIDAD-DISCRIMINACION ARBITRARIA-DISTANCIAMIENTO SOCIAL

TEXTO

Deben los Estados asegurar que toda restricción o limitación que impongan a los derechos humanos con la finalidad de proteger la salud en el marco de la pandemia COVID-19, cumpla con los requisitos de necesidad, respeto al

principio de legalidad y resulte estrictamente proporcionada a la atención de dicha finalidad, debiendo justificarse la excepcionalidad en base a su gravedad, inminencia e intensidad, por un tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación evitando que generen una mayor afectación al derecho suspendido en comparación con el beneficio obtenido, no resulten incompatibles con las demás obligaciones derivadas del derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, ideología política u origen social.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA
(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)
Resolución 1/2020 - Pandemia y derechos humanos en las Américas
SENTENCIA del 10 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. IN001828

TEMA

SALUD PUBLICA-CORONAVIRUS-EMERGENCIA SANITARIA-PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-OBLIGACIONES INTERNACIONALES-GRUPOS VULNERABLES-COOPERACION INTERNACIONAL-RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PARTE-LGTBIQ-DERECHO A LA SALUD-PERSONAS EN SITUACION DE POBREZA-MEDIDAS DE ACCION POSITIVA-DISTANCIAMIENTO SOCIAL-PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION-DISCRIMINACION ARBITRARIA-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES

TEXTO

Corresponde que los Estados, en el marco de la pandemia generada por el COVID-19, garanticen la inclusión de las personas LGTBI, en particular las personas trans que se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda, brindando asistencia social durante la pandemia, incluyendo vivienda y refugio seguros, fortaleciendo políticas que garanticen el respeto a la identidad de género en el ámbito hospitalario, protocolos de atención en salud y sistema de denuncias que incluyan a niños, niñas y adolescentes, considerando muy especialmente el deber de evitar padecimientos vinculados a prejuicio, discriminación y violencia, en el contexto del distanciamiento social o cuarentena.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA
(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)
Resolución 1/2020 - Pandemia y derechos humanos en las Américas
SENTENCIA del 10 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. D0303055

TEMA

CAMPAÑA PUBLICITARIA-PROPAGANDA DISCRIMINATORIA

TEXTO

Corresponde ordenar la suspensión de una campaña publicitaria en la cual se estigmatiza a las personas pelirrojas porque que el art. 81 inc. i, de la Ley 26.522, que regula la emisión de publicidades, establece que las mismas no deben contener elementos discriminatorios ni menoscabar la dignidad humana, y el contenido de la propaganda aludida resulta contrario a la previsión contenida en la norma, en tanto basa la promoción ofrecida en las características físicas de las personas y la vincula a situaciones de burla.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.522 Art.81

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE 1ra INST. EN LO CIVIL Y COM. FEDERAL Nro 4 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(José Luis Cassinero)
Arregger, Matias Daniel c/ Fast Food Sudamericana S.A. s/ amparo
SENTENCIA del 9 DE OCTUBRE DE 2018

Sumario nro. A0078982

TEMA

PRINCIPIO DE IGUALDAD-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-CONTROL DE RAZONABILIDAD

TEXTO

Para que exista denegación de la igualdad ante la ley no solo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria, y no sucede así cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo, es decir, cuando concurren razones objetivas de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco - Maqueda (según su voto) - Lorenzetti (según su voto) - Rosatti)
González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento
SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sumario nro. IN001771

TEMA

DECLARACION AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE-CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-NON REFOULEMENT-DECLARACION DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS-OBLIGACIONES INTERNACIONALES-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

Conforme lo establecen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana respectivamente, toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común, no pudiendo en ningún caso el extranjero ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal se encuentren en riesgo de violación a causa de la raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, principio conocido como non-refoulement, el que a partir de la Declaración de Cartagena de 1984, permitió la ampliación de la definición de refugiado en amparo de quienes huyeron de sus países porque su vida resultó amenazada por violación masiva de los derechos humanos.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA
(Margarette May Macaulay - Joel Hernández García - Antonia Urrejola Noguera - Flávia Piovesan)
Resolución 81/2018 - Medida cautelar No. 490-18 - M.B.B.P. respecto de Panamá -Deportación por padecer HIV - principio de non-refoulement
SENTENCIA del 15 DE OCTUBRE DE 2018

Identificación SAIJ : D0303055

TEMA

CAMPAÑA PUBLICITARIA-PROPAGANDA DISCRIMINATORIA

Corresponde ordenar la suspensión de una campaña publicitaria en la cual se estigmatiza a las personas pelirrojas porque que el art. 81 inc. i, de la Ley 26.522, que regula la emisión de publicidades, establece que las mismas

no deben contener elementos discriminatorios ni menoscabar la dignidad humana, y el contenido de la propaganda aludida resulta contrario a la previsión contenida en la norma, en tanto basa la promoción ofrecida en las características físicas de las personas y la vincula a situaciones de burla.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.522 Art.81

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE 1ra INST. EN LO CIVIL Y COM. FEDERAL Nro 4 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(José Luis Cassinerio)

Arregger, Matias Daniel c/ Fast Food Sudamericana S.A. s/ amparo

SENTENCIA del 9 DE OCTUBRE DE 2018

Nro.Fallo: 18030005

Identificación SAIJ : IN001603

TEMA

COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA-OPINION CONSULTIVA- ECUADOR-DERECHO DE ASILO-PRINCIPIO DE IGUALDAD-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Con base en la Convención Americana y lo normado por el reglamento de la Corte, el Estado del Ecuador presentó una solicitud de opinión consultiva sobre "La institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas, conforme al principio de igualdad y no discriminación". Concluido el procedimiento con la intervención de los Estados miembros de la OEA, del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana, de instituciones académicas, organizaciones internacionales y la sociedad civil, el Tribunal Interamericano resolvió abordar dicha cuestión en el marco de su competencia consultiva.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot - Eduardo Vio Grossi -Humberto Antonio Sierra Porto - Elizabeth Odio Benito - L. Patricio Pazmiño Freire)

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. Solicitante: República del Ecuador

SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 2018

Nro.Fallo: 18570012

Identificación SAIJ : IN001608

TEMA

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTE-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-DEBER DE GARANTIA-PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-DERECHO DE ASILO
La Corte Interamericana indica que el derecho humano que le asiste a toda persona que sufre persecución, es el de buscar y recibir asilo, derecho que no puede escindirse en tanto su configuración incorpora ambos componentes cuya separación supondría desintegrar su fortaleza normativa, debiendo los Estados asumir esta obligación en el marco del cumplimiento de los deberes de respeto, garantía y no discriminación.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA

(Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot - Eduardo Vio Grossi -Humberto Antonio Sierra Porto -
Elizabeth Odio Benito - L. Patricio Pazmiño Freire)

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. Solicitante: República
del Ecuador

SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 2018

Nro.Fallo: 18570012

Identificación SAIJ : D0303040

TEMA

TARIFA AEREA-EXTRANJEROS NO RESIDENTES-DISCRIMINACION:IMPROCEDENCIA
Corresponde rechazar la demanda promovida por una asociación de
consumidores y una usuaria con residencia en el extranjero contra una línea
aérea nacional, en relación a una supuesta conducta antijurídica por parte
de la empresa, consistente en discriminar a los usuarios extranjeros
cobrándoles un precio mayor que el fijado para usuarios argentinos por el
mismo servicio, dado que uno de los factores que se tienen en cuenta al
momento de la construcción de una tarifa es la residencia, pero nunca la
nacionalidad, y es por ello que existen las llamadas tarifas de residentes
y de no residentes en Argentina no existiendo, en consecuencia, tarifas
fundadas en razón de la extranjería.

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL
FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Antelo - Medina - Recondo)

Proconsumer y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE AGOSTO DE 2017

Nro.Fallo: 17030008

Identificación SAIJ : D0303041

TEMA

TARIFA AEREA-EXTRANJEROS NO RESIDENTES-PRINCIPIO DE IGUALDAD-
DISCRIMINACION:IMPROCEDENCIA

El principio de igualdad no resulta vulnerado por una norma como la
Resolución 35/2002, del Ministerio de la Producción, que rige para todos
los ciudadanos, extranjeros o nacionales, en iguales supuestos, que residan
en el país y cumplan las condiciones para adquirir pasajes aéreos.

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL
FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Antelo - Medina - Recondo)

Proconsumer y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE AGOSTO DE 2017

Nro.Fallo: 17030008

Identificación SAIJ : D0302737

TEMA

ACCIONES DE CLASE-SERVICIO TELEFONICO-INTERNET-PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO-ACTOS DISCRIMINATORIOS

Corresponde ordenar a una empresa telefónica a brindar la prestación de los servicios de telefonía fija e internet que no había proporcionado a un grupo de vecinos aduciendo que éstos habitan en una zona peligrosa que no cuenta con las facilidades técnicas para llevar a cabo los requerimientos, habida cuenta que dicho argumento es palmariamente inadmisible porque al momento de postularse para ser concesionaria de un servicio público, la empresa asumió, además del riesgo empresario típico de todo negocio, una obligación de prestarlo a todos los habitantes de la Nación, sin ningún tipo de distinción, so pena de incurrir en un acto discriminatorio.

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Guarinoni - Gusman)

Rodríguez, Olga Liliana y Otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Incidente de medida cautelar
SENTENCIA del 18 DE NOVIEMBRE DE 2016

Nro.Fallo: 16030002

Identificación SAIJ : S0008511

TEMA

PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-DISCRIMINACION

La obligación de los Estados de respetar los derechos humanos protegidos por las convenciones internacionales, a las que nuestro país se encuentra adherido recae sobre todos los poderes públicos y sobre los particulares, con relación a otros particulares, según surge de los compromisos asumidos por el Estado Argentino de garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación al suscribir los tratados sobre derechos humanos - incorporados con jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo de la Constitución Nacional

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 75

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA

(Samsón - Kauffman de Martinelli - Domínguez - Ruíz - Villada Valdez)

Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lia Verónica c/ AHYNARCA S.A.; TADELVA y Otros - Piezas Pertenecientes

SENTENCIA del 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15170061

Identificación SAIJ : B0958046

TEMA

TRATO DIGNO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL-DISCRIMINACION

La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menoscabo o desconsideraciones, de modo tal, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240 reformada por la leyes 24568, 24787, 24999 y 26361, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592. En consecuencia, encontrándose acreditados los hechos

fundantes de la demanda de autos, los cuales han producido un menoscabo en la esfera de los derechos de la accionante, propongo revocar la sentencia de grado, acogiendo la demanda promovida.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN MARTIN, BUENOS AIRES

Sala 01 (Lami - Sirvén)

Leguizamón, María Guadalupe c/ INC S.A.-Supermercados Carrefour y Otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010061

Identificación SAIJ : J0990838

TEMA

DONACION DE ORGANOS-TRANSPLANTE DE ORGANOS-ACTOS ENTRE VIVOS-DISCRIMINACION
Corresponde autorizar la donación de órganos entre vivos peticionada, aun cuando las partes no tengan una relación de parentesco como establece el art. 15 de la ley 24193 - en el caso, la donante es prima de la cónyuge del receptor- pues una aplicación literal de la ley de trasplante y ablación de órganos consagraría una discriminación, otorgando un tratamiento desigual a pacientes que en las mismas circunstancias y condiciones podrán o no recibir un órgano según posean donantes dentro de aquellos familiares comprendidos dentro de las previsiones legales y tal falta de equidad en el marco constitucional y convencional referido, resulta inadmisible.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.193 Art.1

Identificación SAIJ : A0076663

TEMA

REGULARIZACION IMPOSITIVA-MEDIOS DE COMUNICACION-LIBERTAD DE EXPRESION-DISCRIMINACION-POLITICA FISCAL

La resolución 3451/2013 dictada por la AFIP, por la cual se instauró un Régimen de Regularización de deudas impositivas que expresamente contempló, en el inciso m) de su artículo 3º, la exclusión de "Las obligaciones impositivas derivadas del vencimiento del plazo establecido por el Artículo 2º del Decreto N° 746 del 28 de marzo de 2003"- discutidas en la causa-, y que esgrime que resultan excluidas "en función a cuestiones estratégicas que hacen a la política fiscal ejecutada por este Organismo", establece una distinción que excluyó infundada y arbitrariamente a los medios de prensa de la posibilidad que se le otorga al resto de los sectores, erigiéndose en una discriminación ilegítima.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO NACIONAL 746/2003 Art.2, Resolución General AFIP N° 3451/2013 Art.3

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Disidencia: HIGHTON)
Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AEDBA) y otros c/ EN -dto. 746/03- AFIP s/ medida cautelar (autónoma)
SENTENCIA del 28 DE OCTUBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14000160

Identificación SAIJ : U0014265

TEMA

DISCRIMINACION-DAÑO MORAL

El propietario de un local bailable debe indemnizar el daño moral que sufrieron los accionantes, ante la negativa del personal de seguridad del establecimiento a posibilitar su acceso, pues el demandado alegó que dicha prohibición se originó en hallarse colmado el establecimiento, cuando se acredito que la negativa al ingreso se originó cuando el vigilador de la entrada sostuvo "esa gente no entra acá", máxime cuando era habitual que los asistentes comenzaran a presentarse a partir del horario en que asistieron los accionantes.

FALLOS

TRIBUNAL DE GESTION JUDICIAL ASOCIADA Nro 1 , MENDOZA, MENDOZA
(PEDRO FOS ZUÑIGA)
V., C. H. c/ Titular de la razón social, Apeteco s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 19 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14190013

Identificación SAIJ : U0014274

TEMA

DISCRIMINACION-DAÑO MORAL

El daño moral se consolida a partir del acto que da lugar a la discriminación, en el caso, a partir de la negativa a posibilitar el acceso a los actores a un local bailable cuando el vigilador sostuvo "esa gente acá no entra", aparentemente sostenido por una interpretación de la prerrogativa de admisión que tiene todo local abierto al público, pero que cuando no haya fundamento legítimo alguno, equivale a una discriminación por exceso.

FALLOS

TRIBUNAL DE GESTION JUDICIAL ASOCIADA Nro 1 , MENDOZA, MENDOZA
(PEDRO FOS ZUÑIGA)
V., C. H. c/ Titular de la razón social, Apeteco s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 19 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14190013

Identificación SAIJ : 80007576

TEMA

JUBILACIONES-RENTA VITALICIA PREVISIONAL-HABER MINIMO JUBILATORIO-REAJUSTE JUBILATORIO-DISCRIMINACION

Se encuentra violado el derecho del amparista a obtener una jubilación digna que le permita subsistir (art. 14 bis CN), y debe actualizarse la renta vitalicia que éste percibía, con el haber mínimo jubilatorio, ya que con la unificación del sistema previsional, mantener una diferencia entre

los que se encontraban en el régimen de reparto y los traspasados, implicaría una discriminación arbitraria e insostenible, al acordarse un haber mínimo a unos y negárselos a otros, en tanto las necesidades básicas de subsistencia no difieren entre ambos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Fernández - Dorado - Herrero)

Leone Fabian Jose c/ Anses s/ Amparos Y Sumarísimos

SENTENCIA del 16 DE JUNIO DE 2014

Nro.Fallo: 14310003

Identificación SAIJ : B0957277

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD- DISCRIMINACION-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Deviene razonable la limitación establecida en el art. 259 del Código Civil, dado que la menor, cuya paternidad matrimonial pretende desvirtuar el presunto progenitor, ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido con quienes llama "sus padres", que no desea modificar, y en la mira del superior interés de la menor a partir de una apetencia de justicia realista -en el sentido enfático que consagra el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional- y humana, despojada de formalismos estériles, corresponde hoy tutelar esos estrechos lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, consolidando la adaptación a su medio actual y eliminando el temor a la pérdida del afecto de aquellos a quienes también quiere, de modo que las resultas de este proceso la conduzcan al buen puerto de que sea ella quien -en cualquier tiempo- decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse forzosamente afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones. (Del voto del Dr. Petiggiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, Constitución Nacional Art.75

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzeri - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957275

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD- DISCRIMINACION-FILIACION MATRIMONIAL-FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

El art. 259 del Código Civil tampoco constituye una discriminación entre la

filiación matrimonial y la extramatrimonial incompatible con la igualdad de efectos a que se refiere el artículo 240, 2º párrafo, del Código Civil, pues tal interpretación de la ley no discrimina desde el punto de vista valorativo a los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, cuyos derechos no sufren mengua, ya que ambos poseen legitimación, siendo en cambio razonable respecto a los padres, ya que vincula la distinción con una circunstancia de hecho diferencial como lo es la concepción del hijo durante el matrimonio. No se trata pues de una calificación de las filiaciones y no se infringe la equiparación de los efectos que establece el citado artículo 240 del Código Civil. (Del voto del Dr. Petiggiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.240, Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957274

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION-DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

La taxativa enunciación de los legitimados activos para impugnar la paternidad matrimonial -art. 259 del Código Civil- no constituye una regulación discriminatoria referente a la protección de la ley, ni viola la garantía constitucional de la igualdad por trato en el goce de los derechos que se reconocen a otros en situaciones que se pretenden similares, pues el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que "el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias", donde no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. (Del voto del Dr. Petiggiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957276

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION

La presunción de paternidad matrimonial, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, tiene su fundamento en el valor institucional de la familia matrimonial y en la

conveniencia de dar
emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. (Del voto
del Dr. Petiggiani)

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzeri - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : A0076409

TEMA

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA-ASISTENCIA SOCIAL-SUBSIDIO-
DISCRIMINACION

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro" otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verifique por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Voto: HIGHTON, PETRACCHI, ARGIBAY)

CIPPEC c/ EN - Mº Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986

SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2014

Nro.Fallo: 14000040

Identificación SAIJ : U0014241

TEMA

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-DISCRIMINACION

En el caso de los derechos de las personas con discapacidad, uno de los principios fundamentales de la tutela constitucional e internacional es el de "no discriminación" (art. 3.b, CDPDC, y art. 2 de la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad), a fin de acelerar o lograr la igualdad de hecho (art. 5, CDPDC), entendida como "plena integración en la sociedad" (art. 2, convención interamericana).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.378 Art.3, LEY 26.378 Art.5, DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Art.2

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA
ala 01 (Palermo - Perez Hualde - Nanclares)
García, Rodolfo Fabián c/ Gobierno De La Prov. De Mendoza s/ A.P.A.
SENTENCIA del 12 DE MARZO DE 2014
Nro.Fallo: 14190005

Identificación SAIJ : B0956690

TEMA

REINSTALACION EN EL PUESTO DE TRABAJO-AMPARO-DELEGADO GREMIAL-TUTELA
SINDICAL-DISCRIMINACION
El amparo sindical interpuesto debe ser admitido y en consecuencia ordenar la reinstalación en el puesto de trabajo de la trabajadora (art. 1 de la ley 23.592), pues ante la negativa de la empleadora de brindar ocupación efectiva y desconocer la relación laboral, revistiendo la operaria el carácter de delegada gremial, surge probada la obstrucción en el ejercicio de sus derechos gremiales y los actos discriminatorios invocados en la demanda. (Del voto de la Dra. Larrain)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.1

FALLOS

TRIBUNAL DE TRABAJO Nro 1 , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES
(LARRAIN - CASAS - RAMOS)
RIVERA SILVIA RAQUEL c/ NETUNO S.R.L. Y otros s/ AMPARO
SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010214

Identificación SAIJ : A0076409

TEMA

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA-ASISTENCIA SOCIAL-SUBSIDIO-
DISCRIMINACION
Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información íntegra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro" otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verifique por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Voto: HIGHTON, PETRACCHI, ARGIBAY)
CIPPEC c/ EN - Mº Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2014
Nro.Fallo: 14000040

Identificación SAIJ : E0019647

SUMARIO

DISCRIMINACION-MALTRATO LABORAL-ACTIVIDAD RIESGOSA

La labor cumplida por un trabajador que era objeto de mal trato y agresividad por su condición sexual, en la forma y modalidad como se llevó a cabo, sin los medios apropiados para paliar el riesgo a la salud, debe ser calificada como "cosa riesgosa", es decir, como generadora de peligro, pues, la calificación de cosa riesgosa no deviene de forma exclusiva de un objeto concreto susceptible de ocasionar daño, sino que puede serlo de las condiciones en que se encuentra el establecimiento donde se presta tarea, o bien incluso la actividad desarrollada.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 07 (ESTELA MILAGROS FERREIRÓS, BEATRIZ INES FONTANA)
A., L. D. c/ SMG A.R.T. S.A. y otros s/ Accidente Acción Civil
SENTENCIA del 27 DE MARZO DE 2013
Nro.Fallo: 13040025

Identificación SAIJ : E0019648

SUMARIO

REPARACION INTEGRAL-MALTRATO LABORAL-DISCRIMINACION-ACTIVIDAD RIESGOSA-DEBER DE SEGURIDAD

El empleador es responsable en los términos del Art. 1113 del Código Civil por la incapacidad sufrida por un trabajador que fue víctima de mal trato debido a su condición sexual, por cuanto ha quedado demostrado que la actividad del dependiente, tal como se desarrollaba, resultaba riesgosa, que la incapacidad detectada tuvo origen en las malas condiciones del lugar de trabajo y que el principal incumplió con el deber de seguridad que le impone el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo; y no se probó la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 07 (ESTELA MILAGROS FERREIRÓS, BEATRIZ INES FONTANA)

A., L. D. c/ SMG A.R.T. S.A. y otros s/ Accidente Acción Civil
SENTENCIA del 27 DE MARZO DE 2013
Nro.Fallo: 13040025

Identificación SAIJ : D0301795

SUMARIO

FERTILIZACION ASISTIDA-DISCRIMINACION:CONCEPTO-OBRAS SOCIALES-PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO

El concepto de la discriminación indirecta, que se relaciona con el de impacto desproporcionado, implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas, y debe ser analizado respecto a la discapacidad, al género y a la situación económica, resultando aplicable dicho concepto al caso de la infertilidad, motivo por el cual corresponde ordenar a la Obra Social demandada la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida, en las veces que sea necesario hasta lograr el embarazo, aun cuando la práctica no esté incluida en el Programa Médico Obligatorio.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Medina - Guarinoni)
A P K y otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina y otro s/ sumarisimo
SENTENCIA del 22 DE MARZO DE 2013
Nro.Fallo: 13030000

Identificación SAIJ : D0301803

SUMARIO

FERTILIZACION ASISTIDA-DISCRIMINACION:CONCEPTO-OBRAS SOCIALES-PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO

El concepto de la discriminación indirecta, que se relaciona con el de impacto desproporcionado, implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas, y debe ser analizado respecto a la discapacidad, al género y a la situación económica, resultando aplicable dicho concepto al caso de la infertilidad, motivo por el cual corresponde ordenar a la Obra Social demandada la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida, en las veces que sea necesario hasta lograr el embarazo, aun cuando la práctica no esté incluida en el Programa Médico Obligatorio.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

(MEDINA - GUARINONI)

A P K Y Otro c/ Obra Social De La Policia Federal Argentina Y Otro s/ Sumarisimo

SENTENCIA del 22 DE MARZO DE 2013

Nro.Fallo: 13030001

.....

Identificación SAIJ : E0019602

SUMARIO

DESPIDO POR MATRIMONIO-TRABAJADOR VARON-DISCRIMINACION

La exclusión de la aplicación de la presunción consagrada en el art. 181 de la L.C.T. al caso del despido del trabajador varón es discriminatoria, pues la diferencia de trato respecto de la mujer no está justificada con criterios razonables y objetivos, delineados a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, máxime cuando no se advierte que en el contexto socio-cultural actual cual sería la finalidad legítima del mantenimiento de la exclusión del trabajador de la tutela pretendida, ni cual sería al relación de proporcionalidad entre esa marginación y aquella supuesta finalidad.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (María C. García Margalejo, Oscar Zas, Enrique Néstor Arias Gibert)

PIÑEYRO RUBEN ALBERTO c/ TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. s/ DESPIDO

SENTENCIA del 28 DE FEBRERO DE 2013

Nro.Fallo: 13040014

.....

Identificación SAIJ : A0074357

TEMA

EMPLEO PUBLICO-INGRESO A LA FUNCION PUBLICA-

INCONSTITUCIONALIDAD-DISCRIMINACION-EXTRANJEROS

El art. 7º, inc. d, de la ley 22.140, que exige el requisito de la nacionalidad a fin de ingresar a la Administración Pública Nacional, resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en éstos casos.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, PETRACCHI, ZAFFARONI. Disidencia parcial: HIGHTON, MAQUEDA)

Pérez Ortega, Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público

SENTENCIA del 21 DE FEBRERO DE 2013

Nro.Fallo: 13000005

SUMARIO

IGUALDAD ANTE LA LEY-DISCRIMINACIÓN-ABORTO IMPUNE-ABORTO FUNDADO EN VIOLACIÓN-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que además, poseen una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia del art. 86 inc. 2º del Código Penal, pues reducir la autorización de la interrupción de los embarazos solo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación, y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida, máxime cuando en la definición del alcance de la norma está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.86

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO L. LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE S. PETRACCHI (según su voto)- JUAN C. MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto)

F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva.

SENTENCIA, 259.XLVI del 13 DE MARZO DE 2012

Nro.Fallo: 12000021

SUMARIO

DERECHO PROCESAL-DISCRIMINACIÓN-INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA-DOCTRINA DE LA CORTE

Resultará suficiente, para la parte que afirma un trato discriminatorio, 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.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(CARLOS S. FAYT -ENRIQUE S. PETRACCHI -JUAN C. MAQUEDA -E. RAÚL ZAFFARONI)

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo

SENTENCIA del 15 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11000149

SUMARIO

ACTOS DISCRIMINATORIOS-INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, 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, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(CARLOS S. FAYT -ENRIQUE S. PETRACCHI -JUAN C. MAQUEDA -E. RAÚL ZAFFARONI)

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo

SENTENCIA del 15 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11000149

Identificación SAIJ: A0072456

SUMARIO

ACTOS DISCRIMINATORIOS-DERECHOS HUMANOS-DEBIDO PROCESO

El diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente, su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(CARLOS S. FAYT - ENRIQUE S. PETRACCHI -JUAN C. MAQUEDA -E. RAÚL ZAFFARONI)

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo

SENTENCIA del 15 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11000149

Identificación SAIJ : A0072455

SUMARIO

ACTOS DISCRIMINATORIOS-INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA-DOCTRINA DE LA CORTE

La doctrina del Tribunal respecto a las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido, ni tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(CARLOS S. FAYT -ENRIQUE S. PETRACCHI -JUAN C. MAQUEDA -E. RAÚL ZAFFARONI)

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo

SENTENCIA del 15 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11000149

Identificación SAIJ : B2960630

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DAÑO MORAL: IMPROCEDENCIA-INSCRIPCIÓN DEL ALUMNO-JARDINES DE INFANTES-DISCRIMINACION: IMPROCEDENCIA

Si bien puede merituarse como un recaudo muy especial y poco común el de asociarse el progenitor para que la hija pueda ingresar al establecimiento educacional, ello no conforma una discriminación si merituamos que estamos frente a una asociación civil de carácter cerrado y con limitaciones muy propias para el ingreso a la misma, lo que le otorga una fisonomía restringida a quienes conforman el núcleo social, el que se forma con quienes encuentran su aceptación por aquellos que ya la integran; y dicha merituación no es mas que el resultado de un examen de las posibilidades que el estatuto social otorga a la Comisión Directiva, lo que bajo forma alguna podría considerarse discriminatorio, salvo que el rechazo lesionara alguno de los principios institucionales que traen las normativas supralegales que fueron receptadas por nuestra legislación.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, QUILMES, BUENOS AIRES

(Doctores Julio Ernesto Cassanello, Horacio Carlos Manzi y Eleazar Abel Reidel.)

SEBOLT ADRIANA c/ ASOCIACIÓN CIVIL ESCUELA PRIVADA RANELAGH s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 20 DE OCTUBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11010028

II | Discriminación laboral

Sumario nro. A0081974

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-SENTENCIA ARBITRARIA-EXCESOS U OMISIONES EN EL PRONUNCIAMIENTO-DERECHO A LA INTIMIDAD-ACTOS DISCRIMINATORIOS

TEXTO

Es arbitraria la sentencia que consideró que el despido de quien se desempeñaba como preceptora en un colegio no era discriminatorio, toda vez que el tribunal soslayó considerar que existía un planteo serio sobre la existencia de una conducta discriminatoria del empleador, basado en que la desvinculación laboral fue simultánea a la difusión pública de la relación sentimental de la actora con un exalumno de la escuela y a las reacciones negativas que este hecho provocó en la comunidad educativa, en tanto al decidir de ese modo, a su vez, omitió ponderar que cualquier restricción del derecho a trabajar de un empleado, motivada en la valoración de aspectos de su vida privada que no guardan relación con las obligaciones que emergen del contrato de trabajo, puede configurar un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081975

TEMA

ACTOS DISCRIMINATORIOS-INTERPRETACION DE LA LEY-DESPIDO DISCRIMINATORIO-DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

TEXTO

La ley 23.592 enumera como actos discriminatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas pues, aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos, no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley; así todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo 1 de la ley citada. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.1, Ley 23.592

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/

Sumario nro. A0081976

TEMA

ACTOS DISCRIMINATORIOS-INTERPRETACION DE LA LEY-DESPIDO DISCRIMINATORIO-
DERECHO A LA INTIMIDAD

TEXTO

La ley 23.592 contempla las acciones discriminatorias basadas en la ponderación negativa de conductas, hábitos, sentimientos o creencias, estado de salud, apariencia física, condiciones o características personales o formas familiares, que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal y deben quedar inmunes a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares, de modo que estos aspectos inherentes a la vida íntima del trabajador no pueden, prima facie, acarrear consecuencias jurídicas en la relación de empleo. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081977

TEMA

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-
DESPIDO DISCRIMINATORIO-FACULTADES DEL EMPLEADOR-FACULTAD DE DIRECCION-
DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

TEXTO

La LCT, desde su sanción, contiene disposiciones dirigidas a preservar a los trabajadores de determinados comportamientos patronales que se reputan discriminatorios precisamente por asignar consecuencias en la esfera contractual a actos que pertenecen a la vida privada y así pretenden evitar que la empresa someta a su propio juicio el proyecto de vida de quien trabaja bajo su dependencia económica, o le imponga paternalmente modelos o estereotipos de conducta pues, por más amplia que resulte la autoridad del empleador, las facultades de dirección deben ejercitarse con carácter funcional y la actividad de la empresa no puede utilizarse como excusa para la anulación de derechos constitucionales (arts. 65 y 68, LCT). -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.65,
LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.68*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081979

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-TRATO DISCRIMINATORIO

TEXTO

La regla interpretativa para establecer si en un caso existe trato discriminatorio no consiste en la realización de un examen comparativo referencial, sino en establecer si el trato cuestionado tiene una justificación objetiva y razonable; ello implica evaluar si ese trato persigue fines legítimos y si es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido

SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081978

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-TRATO DISCRIMINATORIO-DERECHO A LA INTIMIDAD-CONTRATO DE TRABAJO-DEBERES DEL JUEZ

TEXTO

La conducta del empleador que de algún modo restringe derechos del trabajador y que resulta motivada en aspectos de su vida privada, como la elección de una pareja, que no guardan relación con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, puede configurar un trato discriminatorio comprendido en el artículo 1 de la ley 23.592, extremo que el tribunal tiene la obligación de analizar cuidadosamente en el caso. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.1

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido

SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081984

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-CARGA DE LA PRUEBA-DERECHO A LA INTIMIDAD

TEXTO

La imposición del a quo a la docente despedida de la carga de acreditar que el trato recibido fue disímil del que la empleadora le habría otorgado a otros empleados en las mismas circunstancias resulta absurda, no sólo porque es improbable que la actora pueda acreditar una situación idéntica a la suya, sino además porque si la conducta impugnada expresara una política de la institución dirigida a inmiscuirse por igual en aspectos de la vida íntima de todos los docentes y preceptores de la escuela, nada de ello alteraría su eventual naturaleza discriminatoria. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081986

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-DERECHO A LA INTIMIDAD-ACTOS DISCRIMINATORIOS-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

Es arbitraria la sentencia que consideró que el despido de quien se desempeñaba como preceptor en un colegio no era discriminatorio, pues según el propio colegio, la desvinculación obedeció a una combinación de motivos y si bien algunos de ellos podrían contar como incumplimiento de obligaciones laborales en la medida en que existen pautas de conducta y de relacionamiento y deberes específicos cuyo cumplimiento el empleador puede legítimamente exigir especialmente si se trata de un colegio secundario, el punto central para determinar si el despido pudo ser arbitrario consistía en establecer si la difusión de la relación sentimental de la actora con quien fuera un alumno del colegio tuvo también incidencia determinante en la decisión rescisoria y si, siendo ello prima facie discriminatorio, la empleadora logró probar que no lo fue (Voto del juez Rosenkrantz).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081987

TEMA

FACULTADES DEL EMPLEADOR-DESPIDO SIN CAUSA-DESPIDO DISCRIMINATORIO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

La facultad de despedir sin causa reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio; si se denuncia que una circunstancia prima facie discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio (Voto del juez Rosenkrantz).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081983

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

Cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de la relación de empleo, dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, para la parte que afirma un motivo discriminatorio resultará suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido

SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0080118

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-INTERPRETACION DE TRATADOS INTERNACIONALES-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-DERECHO A LA PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA-IGUALDAD DE GENERO

TEXTO

Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares; más aún, imponen a los estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos; por ello para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas y una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))

Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido

SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080133

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-TRABAJO DE MUJERES-INTERPRETACION DE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-IGUALDAD DE GENERO

TEXTO

El espíritu tuitivo que llevó a consagrar la presunción del artículo 181 de la LCT bajo el título "Del trabajo de las mujeres", constituyó una precursora y temprana medida de acción positiva dirigida en ese entonces a proteger a un colectivo vulnerable como el de las trabajadoras; en la actualidad resulta imperativa una lectura dinámica y progresiva de la norma que, superando los estereotipos culturales con tintes discriminatorios, procure su extensión a

todos los trabajadores, con una hermenéutica de equidad de género (Voto del juez Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.181

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080109

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTION DE DERECHO COMUN-DESPIDO POR MATRIMONIO-
DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES-TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS
HUMANOS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-DERECHO A LA PROTECCION INTEGRAL DE LA
FAMILIA

TEXTO

Si bien la impugnación traída conduce a la interpretación de una norma de derecho común -el art. 181 de la LCT- y tal cuestión sería, en principio, ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla en la medida en que la cámara ha dado a tal precepto un alcance irrazonable, que no solo prescinde de sus propios términos sino que, además, colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de no discriminación y protección integral de la familia.

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76
Art.181, LEY 48 Art.14*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080115

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-INTERPRETACION DE LA LEY-DERECHO A LA PROTECCION
INTEGRAL DE LA FAMILIA-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-DESPIDO DISCRIMINATORIO

TEXTO

Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia; en tal sentido la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.180
al 182*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080119

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-INTERPRETACION DE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-IGUALDAD DE GENERO

TEXTO

Toda vez que las previsiones vigentes de nuestro derecho interno en materia civil vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer y frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional, la única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.181

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))

Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido

SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080123

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-TRABAJADOR VARON-SENTENCIA ARBITRARIA-DERIVACION NO RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE-INTERPRETACION DE LA LEY-IGUALDAD DE GENERO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

TEXTO

La LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otros, por motivo de sexo (art. 17) y considera trato desigual al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81), por ello frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los artículos 180, 181 y 182 es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres; la postura contraria resulta irrazonable porque la dificultad de acreditar que el despido obedece al matrimonio es tan significativa en el caso de la mujer como en el caso del cónyuge varón, con lo que la distinción es irrazonable y, a la postre, discriminatoria (art. 16 de la Constitución Nacional) (Voto del juez Rosenkrantz)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.16, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.180 al 182

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))

Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido

SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080135

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-INTERPRETACION DE LA LEY-IGUALDAD DE GENERO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-TRABAJO DE MUJERES

TEXTO

La interpretación que limita la exégesis del art 181 de la LCT al supuesto de matrimonio de la trabajadora mujer, desfavorable a los varones, implicaría afectar la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso a los puestos de trabajo, restringiendo la contratación del género femenino; en tanto al tener éstas y no aquellos la presunción de despido por matrimonio, el empleador podría inclinarse por seleccionar varones a fin de evitar la futura aplicación de la figura (Voto del juez Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.181

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080137

TEMA

DESPIDO POR MATRIMONIO-IGUALDAD DE GENERO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-
DERECHO A LA PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA-ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL
TRABAJO

TEXTO

La solución que dispone que la presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género, encuentra correlato con lo previsto en el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (ley 23.451), norma con nivel supralegal en el orden interno conforme el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto condena la discriminación contra las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares y prevé expresamente que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo (Voto del juez Rosatti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.75, LEY 20.744
- TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.181, Ley 23.451

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (según su voto) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido
SENTENCIA del 24 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. E0024048

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-DISCRIMINACION POR MOTIVOS
IDEOLOGICOS, POLITICOS O GREMIALES-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-PRUEBA DEL
DESPIDO-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

Corresponde declarar la nulidad del despido de la trabajadora de la Anses - jefa de oficina de una UDAI-, por motivos discriminatorios, y condenar a la accionada a abonar, en concepto de daño material, el monto de las remuneraciones que debió percibir entre la fecha del cese y la de la efectiva reincorporación, además de una suma por daño moral, dado que, de las constancias del expediente llevan a presumir que el despido de la actora, en el marco de una decisión masiva, fue por motivaciones políticas, cobrando operatividad la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas y, por consiguiente, la demandada debió acreditar que el despido no tuvo esas connotaciones.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 08 (Luis Alberto Catardo - Víctor Arturo Pesino)
Albarracín, Carla Jéssica c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ juicio sumarísimo
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. E0024051

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-DISCRIMINACION POR MOTIVOS
IDEOLOGICOS, POLITICOS O GREMIALES-DAÑO MORAL

TEXTO

La condena al pago de una suma de dinero, en concepto de reparación del agravio moral, en el caso, adquiere un perfil predominantemente sancionatorio como respuesta a un acto ilícito, como resulta del efecto extintivo del acto de denuncia de la relación de trabajo que se traduce en un comportamiento discriminatorio como consecuencia de una actividad política.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 08 (Luis Alberto Catardo - Víctor Arturo Pesino)
Albarracín, Carla Jéssica c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ juicio sumarísimo
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. E0024049

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-DISCRIMINACION POR MOTIVOS
IDEOLOGICOS, POLITICOS O GREMIALES-NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO-RELACION DE
DEPENDENCIA

TEXTO

En nuestro país, no resulta una situación novedosa, la designación o promoción de personas, afines políticamente al partido gobernante, en empleos públicos, pero señala que la nulidad del nombramiento solo puede ser declarada en sede judicial y, por ello, el art. 17 de la ley 19.549 quiso evitar que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior. Ello es eminentemente peligroso en un país, como el nuestro, en que cada administración demoniza a la anterior y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia, y dicha situación adquiere particular relevancia cuando el vínculo entre las partes se rige por las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, que habilita el despido del empleado, sin causa que lo justifique, mediante el pago de una indemnización.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 19.549 Art.17

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 08 (Luis Alberto Catardo - Víctor Arturo Pesino)
Albarracín, Carla Jéssica c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ juicio sumarísimo
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. E0024050

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-DISCRIMINACION POR MOTIVOS
IDEOLOGICOS, POLITICOS O GREMIALES-REINSTALACION EN EL PUESTO DE TRABAJO-
ESTABILIDAD LABORAL

TEXTO

El hecho de que una decisión judicial disponga la reinstalación de un/a trabajador/a en su puesto, por haber decretado la nulidad de un despido calificado de discriminatorio por motivos políticos, en el marco de la Ley 23.592 y de la normativa civil, no colisiona con la regla de la estabilidad relativa, es decir, dicha decisión no implica que la trabajadora en el futuro no pueda ser despedida sin causa o que se confiera a la relación de trabajo el carácter de estabilidad absoluta, sino que sólo se pretende impedir la ilicitud de la conducta del empleador.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 08 (Luis Alberto Catardo - Víctor Arturo Pesino)
Albarracín, Carla Jéssica c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ juicio sumarísimo
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. J0045511

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA DEL RECURSO-AUTOCONTRADICCION-DERECHO LABORAL-DESPIDO-DISCRIMINACION-TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

En el fallo atacado, por un lado al rechazar la apelación de la demanda se afirmó que el actor al momento de intimar el reintegro a tareas acordes a su capacidad se encontraba en condiciones de reinsertarse laboralmente; que en virtud de que el trabajador no estaba en condiciones de realizar las tareas que cumplía como consecuencia del accidente sufrido, el empleador debía asignarle otras tareas que pudiera efectuar; que la carga de la prueba respecto a que no existían en la empresa tareas acordes a la capacidad de aquél recaía sobre la patronal, quien debía acreditar y no lo hizo la imposibilidad de asignarle al actor tareas adecuadas a su capacidad sobreviniente; que, conforme a las constancias de autos el actor se encontraba en condiciones de volver a prestar tareas y la empleadora no probó no tener tareas que pudiera realizar conforme a su aptitud física; pero, por otro lado, al tratar el agravio del actor esto no fue tenido en cuenta como indicios razonables a la hora la evaluar un posible despido discriminatorio basado en su discapacidad visual, con la consiguiente inversión de la carga probatoria, lo que denota un razonamiento contradictorio en los distintos tramos del pronunciamiento.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)
DORTA, DIEGO RAUL c/ FRIMETAL S.A. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. J0045513

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA DEL RECURSO-DERECHO LABORAL-DESPIDO-TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD-DISCRIMINACION-DISCAPACITADOS-DERECHO CONSTITUCIONAL-TRATADOS INTERNACIONALES

TEXTO

Aun cuando en general el empleador tenga la posibilidad de producir un despido aun sin tener causa justificada aplicando el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, esa posibilidad se encuentra limitada si se está encubriendo una conducta discriminatoria, pues atendiendo a los bienes que deben protegerse en estos casos, corresponde respetar las directivas que surgen del bloque normativo superior protegiendo al empleado en

situación de vulnerabilidad, máxime cuando ha buscado y logrado su recuperación, aunque sea limitada. Por ello, en casos como el presente, el artículo 212 no puede ser analizado en forma aislada, sino dentro del contexto jurídico que lo alcanza, tal los convenios internacionales con nivel constitucional o supra legal y demás normas constitucionales y de derecho interno. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución nacional, artículo 75, inciso 22; Leyes 20744, artículos 245 y 212, 23592, 25280 -Convención Interamericana contra la Discriminación de las Personas con Discapacidad- y 26378 -que ratifica la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)
DORTA, DIEGO RAUL c/ FRIMETAL S.A. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. E0021363

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACION POR ENFERMEDAD-CARGA DE LA PRUEBA

TEXTO

Apreciando la prueba testimonial, y aun considerando que la accionada no conocía con exactitud cuál era la afección que sufría el actor, es innegable que tenía conocimiento, previo al despido, que el trabajador estaba en tratamiento por un problema de salud oncológico. El haber reconocido la accionada que rescindió el vínculo laborativo de manera injustificada el mismo día en que el actor se reincorporara a su trabajo, luego de no haber podido prestar labores por razones de salud, constituye un hecho idóneo para inducir la existencia de discriminación (arg. art. 1 ley 23.592). Ello así, puesto que pesaba sobre la demandada la obligación de alegar y demostrar que su extrema decisión no reconoció un ánimo discriminatorio. Lo cual no ha logrado. Y al no haberse objetado la decisión resolutoria, sino dos meses después de haber sido comunicada por la accionada, ello permite comprender que el trabajador no deseaba el reintegro con la consecuente nulidad de la ruptura. Por otra parte, desde que el obrar ilícito implicó la decisión extintiva de la demandada, ha configurado un agravio de índole moral al dependiente cuya reparación no es contemplada por las indemnizaciones ordinarias del despido incausado, previstas por la L.C.T., por lo que cabe reconocer al actor el derecho a percibir una indemnización extra tarifaria adicional, utilizando para su cálculo, por analogía, lo dispuesto por el art. 182 L.C.T., cuyo objetivo es resarcir el supuesto fáctico previsto en el art. 178 de dicha ley.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76
Art.182, Ley 23.592 Art.1

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maza - González)
Desimoni Alberto Horacio c/ Exal Argentina SA s/ Despido
SENTENCIA del 5 DE JUNIO DE 2018

Sumario nro. E0021367

TEMA

DESPIDO-DISCRIMINACION-DAÑO MORAL

TEXTO

Para que exista trato discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592, debe existir un acto malicioso, peyorativo y doloso por razones de

raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política y gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, lo que no se dio en el caso. La demandada pretendía que la actora -quien regresaba de una licencia por maternidad- se hiciese cargo del marketing de otro producto - la marca "Cerealitas" de carácter local- dejando de lado la marca "Oreo" de proyección internacional. El accionar adoptado implicó un uso abusivo del ius variandi vedado por el art. 66 L.C.T., pero no todo accionar arbitrario puede ser tipificado como discriminatorio. De modo que corresponde rechazar la reclamación por daño moral. (Del voto del Dr. Pose, en minoría).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76
Art.66, Ley 23.592 Art.1

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Pose - Raffaghelli - Craig)
G. O. C. c/ M. A. S.A. s/ Despido
SENTENCIA del 4 DE JULIO DE 2018

Sumario nro. E0021512

TEMA

DESPIDO-DISCRIMINACION-ACOSO SEXUAL-VIOLENCIA DE GENERO

TEXTO

Constituye suficiente injuria que no consiente la continuidad de la relación laboral, en los términos del art. 242 L.C.T., el conjunto de situaciones en las que el actor fue protagonista, intolerables por discriminatorias y que ofenden a la dignidad e integridad de las personas, a partir del momento en que fue promovido de enfermero a "referente", con un sector a cargo, y comenzó con un trato discriminador hacia sus compañeros de trabajo. Vertía términos discriminatorios por origen, piel, altura y condiciones físicas. Además acosaba a las mujeres, a quienes amenazaba con sacarles las guardias y refiriéndoles términos soeces de contenido sexual.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76
Art.242

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 09 (Pompa-Balestrini)
López Carlos David c/ Administradora Sanatorial Metropolitana SA s/ despido
SENTENCIA del 19 DE SETIEMBRE DE 2018

Sumario nro. E0021366

TEMA

DESPIDO-DISCRIMINACION-DAÑO MORAL

TEXTO

En el caso, el juez de primera instancia condenó a la demandada al pago del daño moral. Cabe confirmar dicha decisión. No actuó la accionada con los parámetros de un buen empleador ya que quedó acreditado que al reintegrarse la actora al trabajo, luego de su licencia por maternidad, sufrió un destrato o retrogradación de su jerarquía dentro de la empresa, sin una explicación razonable de la misma ni compensación que justificara la modificación, quebrantando el principio de lealtad que emana del art. 63 L.C.T. en la ejecución del contrato de trabajo, y que excedió el marco de sus facultades de organización y dirección en los términos de los arts. 64 y 65 L.C.T., con afectación de los derechos personales de la trabajadora

(la actora se encargaba del marketing de la marca "Oreo" con proyección internacional, y al reincorporarse debió hacerse cargo del marketing de la marca "Cerealitas", con proyección sólo local). En circunstancias como la del caso, la ley no impide reparar un perjuicio superior al de la tarifa cuando de la conducta del incumpliente se desprende el ejercicio abusivo de un derecho. (Del voto del Dr. Raffaghelli, en mayoría).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 63, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 64, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 65

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Pose - Raffaghelli - Craig)
G. O. C. c/ M. A. S.A. s/ Despido
SENTENCIA del 4 DE JULIO DE 2018

Sumario nro. J0044569

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-DERECHO LABORAL-DESPIDO-DISCRIMINACION

TEXTO

La recurrente no alcanza a demostrar suficientemente un supuesto de arbitrariedad, en tanto sus cuestionamientos -de por sí genéricos y globales- se diluyen al dejar incólume el núcleo sentencial de la Cámara que revocó el fallo de primera instancia por considerar que el despido directo que dispuso la patronal no obedeció a la discriminación por embarazo denunciada por la demandante sino a razones objetivas extrañas al alegado acto discriminatorio, consistentes en que la actora no satisfizo las expectativas para el puesto de trabajo, de acuerdo a los informes de seguimiento mensual presentados por su supervisor, reforzados con el hecho de que ésta había dejado caducar su derecho a impugnar el apercibimiento disciplinario que se le impusiera por trabajar a desgano, con falta de compromiso con el servicio e ineficacia en el cumplimiento de las tareas asignadas; sin que se verifique un apartamiento de los extremos de la litis ni de las constancias que existirían en la causa, en tanto los mismos si bien confirman el despido de la trabajadora en estado de embarazo (no cuestionado, desde que la contratación se había celebrado entre el cuarto y quinto mes de gestación), de ningún modo revierten la ausencia de discriminación; por el contrario, se dirigen a confirmar la buena fe de la empleadora desde el inicio de la relación laboral, en los términos del artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley 20744, artículo 63

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 63

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO)
OJEDA, LORENA GISEL c/ LX ARGENTINA S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 17 DE OCTUBRE DE 2018

Sumario nro. J0044570

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-DERECHO LABORAL-CONTRATO LABORAL-PRUEBA-DESPIDO-DISCRIMINACION

TEXTO

El Sentenciante -con sustento en los informes de seguimiento mensual acompañados, así como en la prueba testimonial aportada por la propia accionante- juzgó como demostrado que el empleador había optado por no continuar la relación más allá del período de prueba con fundamento en que, durante ese lapso, la empleada no había laborado acorde a lo que correspondía a su función sino que, por el contrario, lo había hecho a desgano; más todavía, señaló que por tal razón se sancionó a la empleada y se la notificó, sin que ésta nunca opusiera argumento en contra ninguno, consintiendo por ende la sanción; y en ese marco, la Sala consideró que no se había acreditado un proceder discriminatorio en la demandada, sino que, por el contrario, ésta había probado razones objetivas suficientes para actuar como lo hiciera, consistentes en que la actora no había satisfecho las expectativas que el puesto de trabajo implicaba. Dicha conclusión, más allá del mayor o menor grado de acierto, podrá o no ser compartida por la recurrente, pero en la medida en que no se demuestre un apartamiento del derecho a la jurisdicción no puede descalificarse por inconstitucional. (Del voto de la Dra. Gastaldi)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO)
OJEDA, LORENA GISEL c/ LX ARGENTINA S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 17 DE OCTUBRE DE 2018

Sumario nro. J0044384

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-DENEGACION DEL RECURSO-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-DERECHO LABORAL-DESCANSO SEMANAL-CODIGOS DE FONDO-ESTADO PROVINCIAL-FACULTADES NO DELEGADAS-PODER DE POLICIA-DESREGULACION ECONOMICA-TRATO DISCRIMINATORIO-IGUALDAD ANTE LA LEY

TEXTO

La genérica invocación de causales de arbitrariedad y de afectación de garantías fundamentales por parte de la presentante resulta insuficiente para delinear idóneamente un vicio propio del fallo de este Tribunal, toda vez que lo resuelto mayoritariamente por esta Corte al rechazar los recursos de inconstitucionalidad local -en el entendimiento de que la ley provincial 13441 y las ordenanzas municipales de adhesión a aquélla, al avanzar mediante el subterfugio de fijar días y horas de apertura y cierre de ciertos establecimientos comerciales sobre lo expresamente reglado en relación al descanso semanal del trabajador por la Ley de Contrato de Trabajo, excedió el ejercicio del poder de policía incursionando en materia laboral sustancial delegada al Congreso Nacional; y que, si bien en materia de horarios comerciales tanto el Congreso como las Provincias tendrían, en principio, facultades concurrentes para dictar leyes sobre promoción de la industria, la Provincia de Santa Fe adhirió mediante ley 10787 a los principios regulatorios del decreto 2284/91 (ratificado por ley 24307) asumiendo el compromiso de compatibilizar la normativa provincial con aquéllos, para luego dictar una ley en frontal colisión con aquellas disposiciones de derecho intrafederal aún vigentes; y que la medida legislativa provincial conculca, mediante una discriminación arbitraria, los derechos constitucionales de los demandantes de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica, desde que la restricción horaria sólo afecta a un sector de la economía- cuenta con fundamentos suficientes, conformando un decisorio que no aparece disociado de las exigencias que el ordenamiento jurídico constitucional impone para el dictado de una sentencia válida. (Del voto de la mayoría. En disidencia: Dres. Falistocco, Erbetta y Gastaldi) - CITAS: CSJN: Fallos 308:2569; 233:156; 235:379; 238:209; 339:525; 312:1437; 322:1781; 333:2367; 327:1051. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución Nacional, artículos 28; 75, incisos 12 y 18; 117 y 125; Ley 20744, artículos 166, 204 a 207; Ley 24307, artículos 29 y 119; Leyes provinciales 10787, 13441 y 12069; Decreto

nacional 2284/91; Ordenanzas 7638/15 de la Municipalidad de Reconquista y 1731/15 de la Municipalidad de Avellaneda. - Jurisprudencia vinculada: Coto, AyS T 285, p 76/91, sumario J0044420

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 2.284/1991, Constitución de la Nación Argentina Art.28, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Constitución de la Nación Argentina Art.117, Constitución de la Nación Argentina Art.125, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.166, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.204 al 207, Ley 24.307 Art.29, Ley 24.307 Art.119, Ley 10.787, Ley 12.069, LEY 13.441

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA - VARGAS)
CASTETS Y TANINO S.R.L.; FOSCHIATTI, MARCELO RENE Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. c/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA Y MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS ACUMULADOS CASTETS Y TANINO S.R.L. Y SUPERMERCADOS RECONQUISTA S.R.L. c/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -AMPARO- SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2018

Sumario nro. J0044415

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-DENEGACION DEL RECURSO-CUESTION NO CONSTITUCIONAL- DERECHO LABORAL-DESCANSO SEMANAL-CODIGOS DE FONDO-ESTADO PROVINCIAL- FACULTADES NO DELEGADAS-PODER DE POLICIA-DESREGULACION ECONOMICA-TRATO DISCRIMINATORIO-IGUALDAD ANTE LA LEY

TEXTO

La genérica invocación de causales de arbitrariedad y de afectación de garantías fundamentales por parte de las presentantes resulta insuficiente para delinear idóneamente un vicio propio del fallo de este Tribunal, toda vez que lo resuelto mayoritariamente por esta Corte al rechazar los recursos de inconstitucionalidad local -en el entendimiento de que la ley provincial 13441 y la ordenanza municipal de adhesión a aquélla, al avanzar mediante el subterfugio de fijar días y horas de apertura y cierre de ciertos establecimientos comerciales sobre lo expresamente reglado en relación al descanso semanal del trabajador por la Ley de Contrato de Trabajo, excedió el ejercicio del poder de policía incursionando en materia laboral sustancial delegada al Congreso Nacional; y que, si bien en materia de horarios comerciales tanto el Congreso como las Provincias tendrían, en principio, facultades concurrentes para dictar leyes sobre promoción de la industria, la Provincia de Santa Fe adhirió mediante ley 10787 a los principios regulatorios del decreto 2284/91 (ratificado por ley 24307) asumiendo el compromiso de compatibilizar la normativa provincial con aquéllos, para luego dictar una ley en frontal colisión con aquellas disposiciones de derecho intrafederal aún vigentes; y que la medida legislativa provincial conculca, mediante una discriminación arbitraria, los derechos constitucionales de los demandantes de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica, desde que la restricción horaria sólo afecta a un sector de la economía- cuenta con fundamentos suficientes, apoyados en jurisprudencia del más Alto Tribunal nacional, conformando un decisorio que no aparece disociado de las exigencias que el ordenamiento jurídico constitucional impone para el dictado de una sentencia válida. (Del voto de la mayoría. En disidencia: Dres. Falistocco, Erbetta y Gastaldi) - CITAS: CSJN: Fallos 308:2569; 233:156; 235:379; 238:209; 339:525; 312:1437; 322:1781; 333:2367; 327:1051. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución Nacional, artículos 28; 75, incisos 12 y 18; 117 y 125; Ley 20744, artículos 166, 204 a 207; Ley 24307, artículos 29 y 119; Leyes provinciales 10787, 13441 y 12069; Decreto nacional 2284/91; Ordenanza de la Municipalidad de Rosario 9516/16. - Jurisprudencia concordante con Coto, AyS T 285, p 76/91, sumario J0044420

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 2.284/1991, Constitución de la Nación Argentina Art.28, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Constitución de la Nación Argentina Art.117, Constitución de la Nación Argentina Art.125, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.166, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.204 al 207, Ley 24.307 Art.29, Ley 24.307 Art.119, Ley 10.787, Ley 12.069, LEY 13.441

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA - VARGAS)
INC S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (RECURSO EXTRAORDINARIO PARA ANTE LA C.S.J.N.)
SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2018

Sumario nro. J0044420

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-DENEGACION DEL RECURSO-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-DERECHO LABORAL-DESCANSO SEMANAL-CODIGOS DE FONDO-ESTADO PROVINCIAL-FACULTADES NO DELEGADAS-PODER DE POLICIA-DESREGULACION ECONOMICA-TRATO DISCRIMINATORIO-IGUALDAD ANTE LA LEY

TEXTO

La genérica invocación de causales de arbitrariedad y de afectación de garantías fundamentales por parte de las presentantes resulta insuficiente para delinear idóneamente un vicio propio del fallo de este Tribunal, toda vez que lo resuelto mayoritariamente por esta Corte al rechazar los recursos de inconstitucionalidad local -en el entendimiento de que la ley provincial 13441 y la ordenanza municipal de adhesión a aquélla, al avanzar mediante el subterfugio de fijar días y horas de apertura y cierre de ciertos establecimientos comerciales sobre lo expresamente reglado en relación al descanso semanal del trabajador por la Ley de Contrato de Trabajo, excedió el ejercicio del poder de policía incursionando en materia laboral sustancial delegada al Congreso Nacional; y que, si bien en materia de horarios comerciales tanto el Congreso como las Provincias tendrían, en principio, facultades concurrentes para dictar leyes sobre promoción de la industria, la Provincia de Santa Fe adhirió mediante ley 10787 a los principios regulatorios del decreto 2284/91 (ratificado por ley 24307) asumiendo el compromiso de compatibilizar la normativa provincial con aquéllos, para luego dictar una ley en frontal colisión con aquellas disposiciones de derecho intrafederal aún vigentes; y que la medida legislativa provincial conculca, mediante una discriminación arbitraria, los derechos constitucionales de los demandantes de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica, desde que la restricción horaria sólo afecta a un sector de la economía- cuenta con fundamentos suficientes, apoyados en jurisprudencia del más Alto Tribunal nacional, conformando un decisorio que no aparece disociado de las exigencias que el ordenamiento jurídico constitucional impone para el dictado de una sentencia válida. (Del voto de la mayoría. En disidencia: Dres. Falistocco, Erbetta y Gastaldi) - CITAS: CSJN: Fallos 308:2569; 233:156; 235:379; 238:209; 339:525; 312:1437; 322:1781; 333:2367; 327:1051. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución Nacional, artículos 28; 75, incisos 12 y 18; 117 y 125; Ley 20744, artículos 166, 204 a 207; Ley 24307, artículos 29 y 119; Leyes provinciales 10787, 13441 y 12069; Decreto nacional 2284/91; Ordenanza de la Municipalidad de Rosario 9516/16.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 2.284/1991, Constitución de la Nación Argentina Art.28, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Constitución de la Nación Argentina Art.117, Constitución de la Nación Argentina Art.125, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.166, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.204 al 207, Ley 24.307 Art.29, Ley 24.307 Art.119, Ley 10.787, Ley 12.069, LEY 13.441

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA - VARGAS)
COTO CIC S.A. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (RECURSO
EXTRAORDINARIO PARA ANTE LA C.S.J.N.)
SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2018

Identificación SAIJ : E0021130

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-DISCRIMINACION LABORAL-CHOFER DE COLECTIVOS
Corresponde admitir la acción de amparo por discriminación de género, deducida por una mujer que reclamó la protección de su derecho subjetivo a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana, y ordenar a las empresas demandadas a cesar de inmediato con las políticas discriminatorias hacia las mujeres. Además, debe instarse a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a que adopten las medidas apropiadas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral y programas específicos a tales efectos. Asimismo, aplicando analógicamente la pauta contenida en la Ley 25674, cabe establecer que las demandadas deberán contratar mujeres hasta alcanzar un cupo de treinta por ciento de la planta de chóferes para compensar las ilegítimas desigualdades detectadas en materia de acceso a la conducción de colectivo, y ordenar que las empresas consideren la postulación de la actora en la próxima vacante como chofer, oportunidad en la cual, a la hora de evaluar su idoneidad, podrán aceptar o rechazar su postulación conforme a criterios objetivos y razonables ajenos a toda discriminación por género.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.674

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Miguel Ángel Pirolo - Graciela A. González)

Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo

SENTENCIA del 11 DE OCTUBRE DE 2018

Nro.Fallo: 18040012

Identificación SAIJ : E0021131

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-DISCRIMINACION LABORAL-CHOFER DE COLECTIVOS
El compromiso constitucional con el principio de igualdad y prohibición de discriminación importa, precisamente, un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, y la obligación de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales. El comportamiento de las empresas, en cuanto contribuyen a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de chóferes.

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

Sala 02 (Miguel Ángel Pirolo - Graciela A. González)

Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo

SENTENCIA del 11 DE OCTUBRE DE 2018

Nro.Fallo: 18040012

Identificación SAIJ : E0021132

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-DISCRIMINACION LABORAL-CHOFER DE COLECTIVOS

Comprobada la conducta discriminatoria por parte de las empresas demandadas, el contexto normativo supranacional, constitucional y legal, exige ordenar su cese inmediato y disponer, en consecuencia, acciones positivas tendientes a reconducir aquellas construcciones sociales y culturales generadoras de situaciones de ilegítima desigualdad, para asegurar la igualdad real de oportunidades de las mujeres para acceder a los puestos de conductoras del sistema de transporte público de pasajeros.

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

Sala 02 (Miguel Ángel Pirolo - Graciela A. González)

Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo

SENTENCIA del 11 DE OCTUBRE DE 2018

Nro.Fallo: 18040012

Identificación SAIJ : E0020966

TEMA

DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL

Corresponde admitir la demanda por despido discriminatorio interpuesta por un docente, dado que los hechos probados en la causa configuran indicios razonables de la posible existencia de una medida empresarial dirigida a desprenderse de un trabajador con motivo de su orientación sexual. La correlación temporal entre la decisión del actor de contraer matrimonio y su inmediato despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre esos hechos, creando así una apariencia o sospecha de que el despido pudo tratarse de una represalia de la empleadora motivada por la decisión del actor de casarse con una persona de su mismo sexo y que ello tomara estado público.

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

Sala 05 (Laura Matilde D'Arruda - Graciela Elena Marino - Enrique Néstor Arias Gibert)

V., N. R. c/ S. J. C. S.A. y otros s/ despido

SENTENCIA del 26 DE ABRIL DE 2018

Nro.Fallo: 18040003

Identificación SAIJ : J0041437

TEMA

EMPLEADOS PUBLICOS-INGRESO A LA FUNCION PUBLICA-LIMITE DE EDAD-TRATO DISCRIMINATORIO

El pronunciamiento impugnado omitió fundamentar cómo la distinción establecida por la norma con un criterio de generalidad podía constituir per se un acto de discriminación repudiabile constitucionalmente, pues sabido es que, para calificar como arbitrarias las distinciones que puedan efectuar los actos estatales, debe resultar evidente que las mismas se basan en motivos prohibidos por la Constitución nacional, en el entendimiento de que la garantía antidiscriminatoria resguarda a los ciudadanos de aquellos actos estatales que se realicen sobre la base de prejuicios o visiones estigmatizantes de grupos de personas, lo cual no se evidencia configurado en la especie ni luce acreditado en los obrados.

(Del voto de la Dra. Gastaldi, al que adhirió el Dr. Netri).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA)
COCERES, NANCI c/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (CONCEDIDO CAMARA)
SENTENCIA del 10 DE NOVIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15090363

Identificación SAIJ : A0076409

TEMA

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA-ASISTENCIA SOCIAL-SUBSIDIO- DISCRIMINACION

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Social- a brindar la información integra requerida por la actora referida a determinados datos de las transferencias en gastos corrientes realizadas por la demandada al sector privado en los conceptos de "Ayuda social a las personas" y "Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro" otorgadas durante los años 2006 y 2007, ya que debe prevalecer el principio de máxima divulgación de la información pública, sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a éste el recurso a las vías legales adecuadas para -en su caso- impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Voto: HIGHTON, PETRACCHI, ARGIBAY)
CIPPEC c/ EN - Mº Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2014
Nro.Fallo: 14000040

Identificación SAIJ : E0017828

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DISCRIMINACIÓN-NULIDAD DEL DESPIDO-REINSTALACIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO

No debe perderse de vista que la ley 23.592 manda primero a cesar el acto, luego a reemplazar las cosas al estado anterior y por último a resarcir a la víctima. Si la solución se resolviera únicamente a través del pago de una indemnización, se vulnerarían precisamente los dos primeros objetivos perseguidos por la ley, otorgándose preeminencia a un aspecto cuasieconómico como lo es la reparación, antes que el bien jurídicamente tutelado que es evitar se cometa cualquier práctica que pueda ser considerada discriminatoria.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL

Sala 09 (Alvaro E. Balestrini, Roberto C. Pompa)

MIRABELLI, AMELIA NATALI c/ JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A. s/ ACCION DE AMPARO

SENTENCIA del 12 DE JULIO DE 2012

Nro.Fallo: 12040117

Identificación SAIJ: E0017542

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-CARGA PROBATORIA

En caso de alegar que media un despido discriminatorio, el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. De ahí que la sospecha de discriminación —el principio de prueba de la misma, técnicamente— es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas. (Del voto del Dr. Zas).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Oscar Zas, María C. García Margalejo)

DoERRICO, LUIS MARCO c/ LE LIS S.A. s/ DESPIDO

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11040267

Identificación SAIJ: E0017543

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-CARGA DE LA PRUEBA

En los supuestos de despido discriminatorio la carga de la prueba se traslada al demandado. Ello resulta de lo dispuesto por la CSJN en el caso "Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados

de la Capital Federal" (Fallo del 15-11-2011 suscripto por los Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) en el que ha determinado que ".resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo. " (se refiere al motivo discriminatorio) ".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. " (considerando 11 de la sentencia). (Del voto de la Dra. García Margalejo, quien aclara que acata la decisión de la CSJN en el tema, sin perjuicio de dejar a salvo su opinión en el sentido de que quien decide poner fin a un contrato carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Oscar Zas, María C. García Margalejo)

DoERRICO, LUIS MARCO c/ LE LIS S.A. s/ DESPIDO

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11040267

Identificación SAIJ: E0017433

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DISCRIMINACIÓN SALARIAL

Cuando el trato desigual y el perjuicio están acreditados, es la empleadora quien debe aportar y probar cuáles eran las circunstancias objetivas que, fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción al trabajo, mayor responsabilidad funcional, tornaban razonable la distinción (CN Trab. sala VIII Valmaggia, Juan Santos y otros c. Telefónica de Argentina S.A." del 19-2-10), tesitura concidente con la desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 311:1602. Pues no se cuestiona la aptitud del titular de la empresa de abonar remuneraciones diferenciadas, en función de una escala de valores o de merecimientos que —en principio— no está sujeta a la intromisión de terceros, sino que lo que se pretende, es impedir que se superen los límites de la irrazonabilidad o la arbitrariedad.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 08 (LUIS A. CATARDO, VICTOR A. PESINO)

GARCIA ARREBOLA, PABLO ANDRES c/ PETROBRAS ENERGIA S.A. s/ DESPIDO

SENTENCIA del 4 DE OCTUBRE DE 2011.

Identificación SAIJ: E0017422

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-ADOPCIÓN-INDEMNIZACIÓN
AGRAVADA

La equiparación de la maternidad biológica y la adoptiva —a mi entender— no admite punto de discusión alguna desde la lógica de la razón y el sentido común.

Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones —de acuerdo a lo previsto por los arts. 323 y 329 del Código Civil— (en similar sentido ver de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche "M.V., M.C. y otro s/ Amparo" del 11/5/2006). La equiparación propuesta, lleva a aplicar las disposiciones de la ley 20.744 que regulan la protección de la maternidad (arts. 177/179) entre las que se encuentra el art. 178 que expresamente establece que debe

presumirse que el despido se debió a la maternidad de la trabajadora cuando la desvinculación se produce dentro del plazo de siete y medio (7 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha -en este caso en que fue otorgada la guarda de los menores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas:Ley 340 Art.323 al 329
LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.177 al 179

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL
Sala 07 (NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENG, ESTELA MILAGROS FERREIRÓS)
S., M. I. c/ LIDERAR COMPAÑIA GENERAL DE SEGUROS S.A. y otros s/ Despido
SENTENCIA del 21 DE SETIEMBRE DE 2011

Identificación SAIJ: E0017421

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-SALARIOS CAIDOS REINSTALACIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO
Al estar vedado el acto discriminatorio por el art. 16 de la C.N. y el art.1 de la ley 23.592, corresponde concluir que los despodos dispuestos respecto de los actores fueron nulos y su nulidad provoca volver al estado anterior al pretendido acto extintivo (arts. 1044 y 1083 C.C.), lo que genera el derecho de los trabajadores a percibir el pago de los salario caídos desde la fecha del acto nulo hasta el momento de la efectiva reinstalación de los trabajadores en sus habituales tareas y en idénticas condiciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1044
Ley 340 Art.1083
Constitución Nacional Art.16
Ley 23.592 Art.1

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL
Sala 07 (ESTELA MILAGROS FERREIRÓS, NÉSTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENG)
Largel, Daniel Arturo y otros c/ El Rapido Argentino S.A. s/ Despido
SENTENCIA del 13 DE SETIEMBRE DE 2011.

Identificación SAIJ : E0017008

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-ACOSO LABORAL-RESPONSABILIDAD CIVIL-CONDICIONES DIGNAS DE TRABAJO

Encuentro configurados los presupuestos de responsabilidad civil, pues el Instituto de Investigaciones Metabólicas S.A. no cumplió su deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas ni la obligación legal de seguridad e higiene en el empleo, conforme lo exigen los arts. 14 bis de la Constitución Nacional, 75 LCT y 4 apartado 1 de la ley 24.557; tampoco garantizó la indemnidad psicológica de su dependiente al haber delegado facultades en una persona jerárquicamente superior que generó un ambiente de labor nocivo y hostil art. 512 Código Civil) y que resultó apto para causar el daño que presenta la trabajadora; por ende, se encuentra comprometida la responsabilidad del principal, no sólo por pesar sobre sus hombros dichas obligaciones sino por resultar titular del pleno

poder de organización y dirección de la empresa (arts. 64 y 65 de la LCT), por ello, debe responder por el hecho de sus dependientes, conforme lo prescribe la primera parte del art.1113 del Código Civil.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.512

Ley 340 Art.1113

Constitución Nacional Art.14

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 64 al 65

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art. 75

LEY 24.557 Art.4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Gloria M. Pasten de Ishihara, Julio Vilela)

LEGUIZAMON, IRMA ISABEL c/ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES METABOLICAS S.A. Y OTRO s/ ACCIDENTE - LEY ESPECIAL

SENTENCIA del 31 DE AGOSTO DE 2011

Identificación SAIJ: E0017003

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-NULIDAD DEL DESPIDO-REINCORPORACIÓN

La calificación de un despido como improcedente supone la consideración como no legítimo del acto extintivo empresarial del contrato de trabajo. La revisión judicial del acto resolutorio dispuesto por el empleador, implica considerar que el mismo no debería haberse producido, y en consecuencia, la consideración como subsistente del vínculo contractual entre el empleador y el trabajador.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 07 (RODRÍGUEZ BRUNENGO, FERREIRÓS)

L. E. M. c/ QUALYTEL DE LATINOAMERICA S.A. s/ Despido

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2011

Identificación SAIJ: E0017452

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-PERÍODO DE PRUEBA-DESPIDO DISCRIMINATORIO-DESPIDO POR EMBARAZO-CARGA DE LA PRUEBA

El período de prueba está suspendiendo un efecto del contrato de trabajo de raigambre constitucional. La excepcionalidad de la situación y la jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, y suspendido temporalmente por una norma infraconstitucional, obligan a entender que si se sospecha que no se está frente a una decisión que tiene fundamento en la falta de aptitudes del trabajador, es el empleador quien debe asumir el “*onus probandi*” y desplegar el esfuerzo de la carga probatoria que demuestre que no existió el acto discriminatorio, o el acoso, etc. Así, si se produce el despido sin causa de la trabajadora embarazada dentro del período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación al empleador del embarazo, no es necesario que la empleada acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, ya que tiene una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, per se, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser

especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador, al instituir la referida garantía de estabilidad.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 07 (R.Brunengo-Ferreirós)

LUGONES, ELISA MAGDALENA c/ QUALYTEL DE LATINOAMERICA S.A. s/ DESPIDO

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2011

Identificación SAIJ: E0017001

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO DISCRIMINATORIO - REINCORPORACIÓN - INDEMNIZACION OPCIÓN DEL TRABAJADOR

La reinstalación en el puesto de labor no es la única posibilidad que le asiste al trabajador discriminado, toda vez que el empleado puede válidamente confirmar el acto nulo.

De este modo al trabajador no le asiste derecho a reclamar la reincorporación, pero mantiene intacta la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria como sustitutiva de la pretensión de nulidad.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Miguel Ángel Pirolo, Graciela A. González)

FERNÁNDEZ, MACEDONIO JORGE c/ JOCKEY CLUB ASOC. CIVIL s/ DESPIDO

SENTENCIA del 14 DE JULIO DE 2011

Identificación SAIJ: 70015847

SUMARIO

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MOBBING-DEMANDA POR DAÑOS EMERGENTES DE UNA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO INEXISTENCIA DE MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL INCOMPETENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA

Llegan las presentes actuaciones a esta Corte de Justicia con motivo de la declaración de incompetencia de la Titular del Juzgado de Primera Instancia y Tercera Nominación del Trabajo para entender en la demanda incoada por la actora en contra de la Policía de Catamarca y/o Ministerio de Gobierno y Justicia y Poder Ejecutivo Provincial, persiguiendo el pago de una suma dineraria en concepto de daño moral y perjuicios derivados del acoso moral o *mobbing* del que habría sido víctima durante el desempeño profesional como dependiente de la Policía de Seguridad de la Provincia.

En este estadio procesal corresponde que esta Corte de Justicia emita pronunciamiento en orden a lo normado por el Art.3 del CCA, referido a si la cuestión propuesta a su conocimiento corresponde, prima facie, a su jurisdicción y competencia.

El objeto de la demanda interpuesta persigue la satisfacción de una suma de dinero emergente de los daños derivados del acoso moral o *mobbing* ocasionado dentro de una relación laboral en el marco de un contrato de empleo público; ergo, no persigue ni solicita la revisión o anulación de acto administrativo alguno, ni la pretensión alega la vulneración de ningún derecho subjetivo de carácter administrativo.

Por lo tanto, sin perjuicio del carácter eminentemente administrativo de la relación entre partes invocada como fundamento de la acción, el objeto de la demanda debe encuadrarse dentro del plexo normativo del Derecho Laboral y no del Derecho Administrativo, aunque el *mobbing* haya tenido su

origen en ámbitos de la Administración Pública y se funde en normas de derecho común, debiendo dirimirse la cuestión ante el fuero correspondiente, precisamente porque el fenómeno llamado *mobbing*, o acoso moral en el trabajo, encuentra respuesta jurídica legal ante el fuero laboral. En consecuencia, según las normas legales citadas y lo previsto en el Art.12 de la Ley 4799, esta Corte de Justicia resulta incompetente para entender en la presente causa, correspondiendo remitir las presentes actuaciones al Juez previniente, para que se imprima el trámite de rigor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 2.403 Art.3

Ley 4.799 de Catamarca Art.12

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA

(Amelia Sesto de Leiva José Ricardo Cáceres Luis Raúl Cippitelli)

Barriónuevo, Romina Vanesa c/ Policía de Catamarca y/o Ministerio de Gobierno y Justicia y/o Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca s/ Competencia

INTERLOCUTORIO, 4411 del 6 DE MAYO DE 2011

Identificación SAIJ: 70015845

SUMARIO

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE DE JUSTICIA - INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA Y ESTRICAMENTE REVISORA - ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL- ATRIBUCIÓN LEGAL - CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:DETERMINACIÓN MOBBING - DEMANDA POR DAÑOS EMERGENTES DE UNA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO INEXISTENCIA DE MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL INCOMPETENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la competencia originaria de esta Corte de Justicia se encuentra atribuida por expresas normas constitucionales y legales, siendo, en consecuencia, de interpretación restrictiva y estrictamente revisora del actuar administrativo de los tres Poderes del Estado.

En efecto, la Constitución Provincial, en su Art. 204 establece: "La Corte de Justicia., pero decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso-administrativas, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente, del reconocimiento de los derechos e intereses legítimos que se gestionan por parte interesada.".

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo preceptúa que las causas contenciosas administrativas a que refiere el Art. 204 de la Constitución de la Provincia son las que inicien los particulares o alguna autoridad administrativa reclamando contra una resolución administrativa de última instancia que vulnere un derecho de carácter administrativo establecido a favor del reclamante por un acto de idéntica naturaleza jurídica. Establecen las normas subsiguientes los requisitos de preparación de la vía para que procedan las demandas ordinarias contencioso administrativas Capítulo II del CCA). Y en materia de atribución de competencia, se repara en las categorizaciones de derecho subjetivo, interés legítimo y simple interés.

En el caso, el objeto de la demanda interpuesta persigue la satisfacción de una suma de dinero emergente de los daños derivados del acoso moral o *mobbing* ocasionado dentro de una relación laboral en el marco de un contrato de empleo público; ergo, no persigue ni solicita la revisión o anulación de acto administrativo alguno, ni la pretensión alega la vulneración de ningún derecho subjetivo de carácter administrativo. Por lo tanto, sin perjuicio del carácter eminentemente administrativo de la relación entre partes, invocado como fundamento de la acción, el objeto de la demanda debe encuadrarse dentro del plexo normativo del Derecho Laboral y no del Derecho Administrativo.

En consecuencia, según las normas legales citadas y lo previsto en el Art.12 de la Ley 4799, esta Corte de Justicia resulta incompetente para entender en la presente causa, correspondiendo remitir las presentes actuaciones al Juez previniente para que se imprima el trámite de rigor

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN PROVINCIAL Art.204

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA
(Amelia Sesto de Leiva José Ricardo Cáceres Luis Raúl Cippitelli)
Barrionuevo, Romina Vanesa c/ Policía de Catamarca y/o Ministerio de Gobierno y Justicia y/o Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca s/ Competencia
INTERLOCUTORIO, 4411 del 6 DE MAYO DE 2011.

Identificación SAIJ: E0016931

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO-MOBING:CONFIGURACIÓN

Para que se configure el *mobbing* resulta necesario que se presenten situaciones en las que una persona o grupo de personas ejerzan violencia psicológica extrema, de forma sistemática, con intencionalidad y durante un tiempo prolongado sobre otro sujeto, con la finalidad de lograr que la víctima quede aislada de su entorno y sufra el abandono del sector, el grupo o la empresa. Su fin es generar un daño o malestar psicológico, lo que implicaría, por parte de la empleadora, un apartamiento de las obligaciones que la ley de contrato de trabajo pone a su cargo y por ende constituiría un ilícito de carácter extracontractual que generaría responsabilidad en los términos de los arts. 1109 y 1113 primera parte del Código Civil

REFERENCIAS

Referencias Normativas:Ley 340 Art.1109 al 1113

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (González-Pirolo)
TORRES DIEGO FELIPE c/ CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINAS.A. S/ s/ DESPIDO
SENTENCIA, 99086 del 31 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: E0016926

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-REINSERCIÓN LABORAL

El acto discriminatorio prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, además de ser nulo produce los efectos de un acto ilícito, motivo por el cual el prejuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo. Es decir, que nos encontramos ante un despido incausado y discriminatorio porque tiene por claro fundamento la actividad sindical del demandante, se encuentra comprendido en las disposiciones de la mencionada ley. De modo que el damnificado tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados.

REFERENCIAS

Referencias Normativas:Constitución Nacional Art.14 al 16

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (Fernández Madrid-Raffaghelli)

“Diez Pablo Sebastián c/ Fate S.A. s/ Juicio Sumarísimo

SENTENCIA, 62771 del 31 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: E0016805

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-ACOSO MORAL:IMPROCEDENCIA

En el caso, el actor pretende un resarcimiento por “acoso moral”, arguyendo haber sido objeto de “burlas” por parte de personal jerárquico de la accionada. En este sentido la “jefa” del actor le manifestaba que se encontraba realizando gestiones para su reincorporación, y cuando éste se retiraba, se burlaba delante de otros trabajadores asegurando que jamás volvería a trabajar. Estos hechos en modo alguno tipifican una figura de acoso laboral”, ni implican la comisión de un acto ilícito, de allí que deba desestimarse el reclamo.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Pirolo-Maza)

“Ledesma, Alberto Antonio c/ Adecco Recursos Humanos Argentina SA s/ despido

SENTENCIA, 98955 del 24 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: E0016799

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-INDEMNIZACIÓN

La circunstancia de que se trate de un despido injustificado o arbitrario no permite concluir que resulte, a su vez, un acto que encubra una discriminación peyorativa, puesto que arbitrariedad y discriminación no son conceptos sinónimos. El sistema resarcitorio del despido arbitrario en el ámbito del empleo privado modulado en base a una forfata del daño, constituye la reglamentación legal de la protección constitucional contra el despido arbitrario y el reconocimiento de efectos extintivos al acto disolutorio aún injusto o incausado, sin desconocer el carácter antijurídico de tales actos. Por ello, aún cuando el despido arbitrario no constituya un derecho del empleador, sino al decir de Justo López, un ilícito civil, de ello no se sigue la ineficacia del acto para poner fin a la relación contractual sino la obligación de reparar los daños en los términos regulados por el legislador nacional.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Pirolo-Maza)

Lucci Andrea Paula c/ Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos

SENTENCIA, 98932 del 21 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ : E0017151

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-DESPIDO-ACOSO MORAL: PROCEDENCIA

Al haberse probado mediante prueba testimonial que el encargado acosaba verbalmente a la actora insinuando propuestas deshonestas, y le modificaba los horarios obligándola a prestar tareas en exceso de su jornada legal cuando ésta no accedía a sus propuestas, ha quedado configurado el acoso moral denunciado. De esta manera, el empleador deberá responder por los hechos de un dependiente de conformidad con el art. 1113 del Código Civil

REFERENCIAS

Referencias Normativas:Ley 340 Art.1113

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (Fernández Madrid-Fontana-González)

Olmos Estela María c/ La Esquina SA s/ despido

SENTENCIA, 62562 del 16 DE DICIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: E0017153

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-AUMENTO DE LA REMUNERACIÓN-DESPIDO DISCRIMINATORIO
IMPROCEDENCIA-PRUEBA

La demandada debe probar la existencia de pautas objetivas en base a las cuales otorga aumentos remunerativos a algunos empleados y a otros no. En este sentido, no es conducente a fin de probar objetivamente la inexistencia de discriminación la prueba testimonial, por carecer los dichos de los testigos de objetividad. (Del voto de la Dra. Fontana).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (Fontana-Fernández Madrid)

Gaitan Pablo Aníbal c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ despido

SENTENCIA, 62556 del 15 DE DICIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: E0017154

SUMARIO

CONTRATO DE TRABAJO-AUMENTO DE LA REMUNERACIÓN-DESPIDO DISCRIMINATORIO
IMPROCEDENCIA-PRUEBA

La igualdad de trato se afirma como un derecho del trabajador vinculado con la dignidad del trabajo y, consecuentemente, los aumentos que otorga el empleador a su personal no están librados a su discrecionalidad sino que deben ser fundados en razones objetivas para que resulte descartada la arbitrariedad del empleador al materializar esos derechos. La prueba de esa razón objetiva está a cargo del empleador, y la testimonial es un elemento más para establecer si se ha dado la desigualdad de trato y, por lo tanto, no es descartable. (Del voto del Dr. Fernández Madrid).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (Fontana-Fernández Madrid)

Gaitan Pablo Aníbal c/ Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ despido

SENTENCIA, 62556 del 15 DE DICIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: A0071730

SUMARIO

DESPIDO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-REINTEGRO AL TRABAJO INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoria: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni - Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay)

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

SENTENCIA del 7 DE DICIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: A0071729

SUMARIO

DESPIDO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-ACTOS DISCRIMINATORIOS-REINTEGRO AL TRABAJO OBJETO

La reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones (remedies) en esta materia debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, en tanto esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoria: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni - Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay)

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

SENTENCIA del 7 DE DICIEMBRE DE 2010.

Identificación SAIJ: A0071731

SUMARIO

DESPIDO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-REINTEGRO AL TRABAJO-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo

inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva, conciliando así los derecho de una y otra parte del contrato de trabajo, pero nada sucede con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoria: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni - Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay)

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo.

SENTENCIA del 7 DE DICIEMBRE DE 2010

III | Discriminación contra la mujer

Sumario nro. C0411050

TEMA

INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA-ASOCIACIONES CIVILES-RESOLUCIONES-DISCRIMINACION DE LA MUJER-CUPO FEMENINO

TEXTO

La IGJ sancionó la Resolución General 34/2020, que exige a las asociaciones civiles (entre otras organizaciones) la inclusión en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, de una composición que respete la diversidad de género, estableciendo que los órganos referidos estén integrados por la misma cantidad de miembros femeninos como masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos (arts. 1º y 2º).

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala M (María Isabel Benavente - Guillermo González Zurro - Carlos Alberto Calvo Costa)
Jockey Club Asociación Civil c/ IGJ Expte. 354552/9379 s/ recurso directo a cámara
SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2022

Sumario nro. C0411049

TEMA

INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA-ASOCIACIONES CIVILES-JOCKEY CLUB ARGENTINO-DISCRIMINACION DE LA MUJER-CUPO FEMENINO

TEXTO

Corresponde confirmar la Resolución 742/22 de la Inspección General de Justicia que ordenó al Jockey Club la incorporación de mujeres en su Comisión Directiva, puesto que no solo se ajusta a las facultades reglamentarias y legales conferidas al órgano estatal, sino que es coincidente con los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, que condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas. No es posible soslayar que el reconocimiento por parte de las autoridades de la institución de que, a lo largo de la historia del club, nunca hubo socias mujeres ni tampoco en la actualidad, a pesar de no existir formalmente restricciones al ingreso y contar con seis mil socios, permite suponer que el mecanismo de ingreso al club tiene, en los hechos, una barrera que impide el acceso de mujeres.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala M (María Isabel Benavente - Guillermo González Zurro - Carlos Alberto Calvo Costa)
Jockey Club Asociación Civil c/ IGJ Expte. 354552/9379 s/ recurso directo a cámara
SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2022

Sumario nro. A0082831

TEMA

VIOLENCIA DE GENERO-DISCRIMINACION DE LA MUJER-ACCESO A LA JUSTICIA

TEXTO

La ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo

que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia; dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por E. M. D. G. en la causa Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual - art. 119 3º párrafo y violación según párrafo 4to. art. 119 inc. e

SENTENCIA del 3 DE MARZO DE 2022

Sumario nro. E0024381

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-DESPIDO DISCRIMINATORIO-DESPIDO POR EMBARAZO-VIOLENCIA DE GENERO

TEXTO

Corresponde hacer lugar a la demanda por despido iniciada por la trabajadora, puesto que del expediente surge que el despido incausado dispuesto por la empresa fue discriminatorio y estuvo motivado por el estado de embarazo de la trabajadora. Cabe destacar que el despido de la persona trabajadora por el hecho de encontrarse embarazada constituye violencia de género, y un acto ilícito de discriminación contra la mujer producido en la esfera del empleo.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (María Cecilia Hockl - Gabriela Alejandra Vázquez)

L., E. A. c/ Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ despido

SENTENCIA del 22 DE FEBRERO DE 2022

Sumario nro. C2006498

TEMA

DISCRIMINACION-HOSTIGAMIENTO O MALTRATO-PUBLICACION DE FOTOGRAFIA

TEXTO

En el marco de una causa contravencional por discriminación, publicación sin autorización de imágenes íntimas y hostigamiento digital, procede condenar al periodista imputado a la pena de 25 días de arresto en suspeso, sujetando la condicionalidad por un año, a la asistencia a un Taller sobre prácticas discriminatorias dictado por el INADI, el compromiso voluntario de abstenerse de tomar contacto por cualquier medio y de nombrar a los damnificados en los medios de comunicación y notas de carácter periodísticas y en sitios webs, debiendo efectuar un pedido de disculpas públicas a los querellantes en el mismo portal donde se produjeron los hechos y quitar de circulación las noticias publicadas, toda vez que se ha acreditado la publicación de las noticias con un claro mensaje agravante, discriminatorio y con imágenes alusivas a distintas partes pudendas de la nombrada sin su consentimiento y se ha configurado el hostigamiento, pues cada vez que subió una noticia, permitió que se divulgue constantemente en el tiempo, y eso hace que sea mas grave.

FALLOS

JUZGADO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nro 6 , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Gonzalo Segundo Rua)

Sumario nro. A0080874

TEMA

LIBERTAD DE EXPRESION-PUBLICACION PERIODISTICA-REVISTA HUMORISTICA-CARICATURA HUMORISTICA-DISCRIMINACION DE LA MUJER-VIOLENCIA DE GENERO

TEXTO

A partir de una mirada atenta al contexto satírico en el que se sitúa la publicación, su estrecha relación con las concretas circunstancias fácticas que la antecedieron y motivaron su existencia, y considerando el "contrato de lectura" establecido entre el soporte y el lector comprensivo tanto del texto como de la imagen- no puede admitirse el planteo discriminatorio que la actora intentó enlazar al derecho al honor, por cuanto, en atención a esos factores dirimentes, no se advierte que las expresiones en este caso configuren claros insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 22 DE DICIEMBRE DE 2020

Sumario nro. U0014502

TEMA

ACCIDENTES DE TRABAJO-ACOSO LABORAL-DISCRIMINACION

TEXTO

Aplicar la perspectiva de género en cada decisión judicial debe convertirse en una práctica habitual y exigible. Hacer visibles las desigualdades naturalizadas socialmente constituye una forma de propender a la igualdad requerida por nuestro ordenamiento jurídico. Poner el foco en dichas desigualdades contribuye a conocer y modificar las circunstancias concretas que afectan a las mujeres en su vida cotidiana y permite la efectividad de un paradigma normativo ambicioso, que podría quedar en letra muerta si dejáramos pasar esas realidades. En definitiva, el Poder Judicial en su conjunto tiene la obligación de no perpetuar estereotipos discriminatorios en sus sentencias, pero además tiene la oportunidad histórica de ser un agente de cambio.

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA

Sala 02 (JOSÉ VIRGILIO VALERIO - OMAR ALEJANDRO PALERMO - MARIO DANIEL ADARO.)

K. I. A. EN Jº 12345 K. I. A. c/ La Caja ART S.A. s/ enfermedad profesional (12345) p/ recurso extraordinario provincial
SENTENCIA del 10 DE NOVIEMBRE DE 2020

Sumario nro. C2006454

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-CORONAVIRUS-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al GCBA que confiera a una enfermera de un hospital una licencia extraordinaria en los términos del artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020, a fin de que pueda cuidar de su hijo que sufre esquizofrenia de tipo paranoide, la cual se agravó con el aislamiento, toda vez que negarle la licencia atendiendo únicamente al lugar en que la actora presta tareas, sin considerar que se trata de una mujer

trabajadora a cargo de un hijo discapacitado en una familia monoparental importa un caso de discriminación indirecta por causa de género, por lo que resulta reprochable la intimación que el GCBA le cursara bajo apercibimiento de cesantía, en tanto configura una discriminación en la conservación del empleo por motivos de sexo, que se agrava porque la Constitución local impone al GCBA facilitar a las mujeres único sostén de hogar no sólo el acceso al empleo sino también a los sistemas de cobertura social.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto 147/2020 de Ciudad de Buenos Aires Art.6

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 23 , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Francisco Javier Ferrer)
Pérez Ramírez, Estela María c/ GCBA s/ medida cautelar autónoma
SENTENCIA del 7 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. U0014497

TEMA

DESPIDO INJUSTIFICADO-IGUAL REMUNERACION POR IGUAL TAREA-VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-DISCRIMINACION SALARIAL-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

Corresponde admitir la demanda por despido entablada por una gerenta de una empresa de transportes, habida cuenta que recibía un salario inferior al de los varones que se desempeñaban su mismo puesto, no percibía aumentos salariales y recibía casi la mitad de los ingresos que aquéllos, sin justificación alguna. Cabe destacar la manifiesta intencionalidad contra el género femenino subyacente en el accionar de la demandada, dado que mantuvo un trato evidentemente discriminatorio hacia la actora respecto de los demás compañeros hombres que cumplían idéntica función. En consecuencia, debe concluirse que quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función constituye violencia contra las mujeres en el ámbito laboral.

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA
(Mario Daniel Adaro - José V. Valerio - Omar Alejandro Palermo)
Montani Trivio, Daniela c/ Tramat S.A. y otros U.T.E. s/ despido s/ recurso extraordinario provincial
SENTENCIA del 13 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. E0021528

TEMA

ACCION DE AMPARO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

Arriba firme a la Alzada la verificación de un comportamiento discriminatorio por parte de las empresas demandadas, incompatible con el ordenamiento constitucional. 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 sobre los particulares. En el caso, el comportamiento de las empresas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes. Comprobada la conducta discriminatoria de las demandadas, cabe establecer un cupo equitativo y razonable de mujeres que se desempeñen como choferes de colectivos. Para ello cabe considerar analógicamente, la pauta objetiva establecida por el legislador en materia sindical en la ley 25674 que dispone un cupo del 30% de mujeres para integrar los cargos electivos y representativos en las

asociaciones sindicales. Cabe aclarar, que no basta con que la mujer cuente con la licencia correspondiente a la categoría para acceder al puesto de trabajo, sino que es clave la idoneidad (art. 16 C.N.). Puesto que la actora no peticionó que se condenara a las empresas accionadas a que la contrataran, sino que su pretensión estuvo dirigida a que aquéllas la tuvieran en cuenta en futuras búsquedas laborales para el puesto de chófer, las empresas demandadas deberán considerar la postulación de la accionante en la próxima vacante como chofer, evaluando su idoneidad al momento de aceptar o rechazar su postulación, con criterios ajenos a la discriminación por género. Las demandadas, por su parte, al presentar, tal como lo ordenara el juez de grado, el Protocolo de Buenas Prácticas, deberán enunciar un conjunto de principios básicos en materia de acceso y contratación para el puesto de chofer de colectivo que incluya cláusulas que garanticen el principio de igualdad y prohibición de discriminación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.16, LEY 25.674

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APPELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (González- Pirolo)
B. E. c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo
SENTENCIA del 11 DE OCTUBRE DE 2018

Sumario nro. C1007120

TEMA

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-DEBITO PROCESO-DEFENSA EN JUICIO-PODER LEGISLATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

Corresponde admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dado que se ha vulnerado el art. 13 CCBA -debido proceso y derecho de defensa- al fallar por fuera de los términos de la traba de la litis -imponiendo la condena a dar disculpas públicas por el alegado supuesto acto discriminatorio contra las mujeres- y efectuar una interpretación arbitraria de la ley 5261.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 1.472 Art.13, LEY A - N° 5.261

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Alicia Ruiz - Luis Lozano - Inés Weinberg)
Ministerio Público -Fiscalía de Cámara Norte de la CABA- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lo Tártaro, Antonio Vicente s/ art. 111, conducir con mayor cantidad de alcohol en sangre del permitido o bajo los efectos de estupefacientes, CC
SENTENCIA del 17 DE ABRIL DE 2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Lozano - De Langhe - Otamendi - Ruiz - Weinberg)
Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo
SENTENCIA del 11 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. C1007121

TEMA

REVCACION DE SENTENCIA-PODER LEGISLATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES-DISCRIMINACION DE LA MUJER-AMPARO COLECTIVO

TEXTO

Procede revocar la sentencia que condenó a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires a la reparación del daño colectivo mediante la emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado, pues resulta inexistente acto discriminatorio alguno en la designación del Auditor General, con respecto al cupo en razón de sexo previsto en el art. 36 de la Constitución local y art. 138 de la ley 70; máxime que las asociaciones actoras contaban con una vía institucional idónea y específicamente prevista para desencadenar el debate público en torno a la nominación, y sin embargo efectuada la publicidad y finalizado el período de impugnaciones, no se recibió ninguna observación a la propuesta antes dicha. El modo de designación de los auditores configura una facultad reservada del Poder Legislativo que no puede ser obstaculizada judicialmente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY E - NS 70 Art.138

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia Ruiz - Luis Lozano - Inés Weinberg)

Ministerio Público -Fiscalía de Cámara Norte de la CABA- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lo Tártaro, Antonio Vicente s/ art. 111, conducir con mayor cantidad de alcohol en sangre del permitido o bajo los efectos de estupefacientes, CC

SENTENCIA del 17 DE ABRIL DE 2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Lozano - De Langhe - Otamendi - Ruiz - Weinberg)

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo SENTENCIA del 11 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. H0004619

TEMA

ABUSO SEXUAL-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

Se advierte trato diferencial/discriminatorio en perjuicio de las víctimas y razonamientos basados en estereotipos, propios del modelo patriarcal y androcéntrico, en detrimento de las mismas. La teoría del caso de la defensa se asienta en estereotipos negativos de las víctimas. (del voto de la Dra. Florencia Martini).

FALLOS

TRIBUNAL DE IMPUGNACION , NEUQUEN, NEUQUEN

(Liliana Deiub-Florencia Martini-Richard Trincheri)

B., M. A. s/ dcia. abuso sexual

SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sumario nro. H0004623

TEMA

APLICACION DE LA LEY-DESPIDO-DISCRIMINACION DE LA MUJER-DAÑO MORAL-INDEMNIZACION

TEXTO

Por aplicación de la ley 23.592 y la Convención sobre toda discriminación de la mujer (ley 23179) corresponde condenar a la empleadora Y.P.F. por su accionar ilícito, al pago de indemnización a la actora por daño moral la que se justifica en el 80 % de la indemnización que le corresponde por antigüedad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

FALLOS

JUZGADO LABORAL Nro 3 , NEUQUEN, NEUQUEN
(TRANI)
F. M. N. E. c/ YPF S. A. s/ despido por causales genericas
SENTENCIA del 26 DE SETIEMBRE DE 2018

Sumario nro. H0004622

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-ABUSO SEXUAL

TEXTO

En tanto definidas por el derecho, las mujeres quedan atrapadas en el plano simbólico de la objetividad que no es otra cosa que el arbitrio del legislador y del juez, en una universalidad cuyo parámetro es masculino, en una serie de distinciones y jerarquizaciones que esconden las diferencias haciéndolas pasar por naturales (...) las mujeres atrapadas y tratadas en el derecho sólo tienen una posibilidad: ser mujeres de acuerdo al derecho para ser legítimas en una sociedad (Fries y Matus (1999) Género y Derecho, Santiago de Chile, Colección Contraseña, estudios de género, serie Casandra. pág. 160-161) (del voto de la Dra. Florencia Martini).

FALLOS

TRIBUNAL DE IMPUGNACION , NEUQUEN, NEUQUEN
(Liliana Deiub-Florencia Martini-Richard Trincheri)
B., M. A. s/ dcia. abuso sexual
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sumario nro. H0004620

TEMA

DECLARACION DE LA VICTIMA-ABUSO SEXUAL-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

En el análisis de los criterios de validación del relato de las víctimas se filtran estereotipos que desacreditan la voz de las víctimas frente a la "acreditación" del imputado, titular de la palabra autorizada, que se intercepta con estereotipos positivos de "clase" (prestigio socio-económico- profesional en oposición a la precaria situación socio-económica de las víctimas). (del voto de la Dra. Florencia Martini).

FALLOS

TRIBUNAL DE IMPUGNACION , NEUQUEN, NEUQUEN
(Liliana Deiub-Florencia Martini-Richard Trincheri)
B., M. A. s/ dcia. abuso sexual
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sumario nro. H0004621

TEMA

DISCRIMINACION DE LA MUJER-ABUSO SEXUAL-DECLARACION DE LA VICTIMA

TEXTO

La trama que teje el hilo de las relaciones de poder es evidenciable cuando se sustituyen las materias que regula el derecho por las personas en las que recaen las normas. El derecho penal se erige en un mecanismo reproductor de las desigualdades naturalizadas en el medio social. Los inconfesables motivos de las decisiones vienen revestidos de razones mediáticas, aparentemente jurídicas que impiden la abierta impugnación de las mismas. (del voto de la Dra. Florencia Martini).

FALLOS

TRIBUNAL DE IMPUGNACION , NEUQUEN, NEUQUEN
(Liliana Deiub-Florencia Martini-Richard Trincheri)
B., M. A. s/ dcia. abuso sexual
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2018

Identificación SAIJ : 3G000622

TEMA

APLICACION ERRONEA DE LA LEY-AGRAVANTES DE LA PENA-VIOLENCIA DE GENERO-POLITICA CRIMINAL-CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva al desechar la agravante prevista en el inc. 11º del art. 80 del Código Penal formulada por el tribunal de mérito -es decir que "el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género"-, pues de la literalidad de la norma se desprende que lejos de exigir asiduidad o aún la reiteración de la conducta, como postuló el a quo, autoriza a subsumir en sus términos también supuestos en los que se trate de un único episodio de violencia verificado. Es precisamente la reproducción la que se procura evitar, y esa regulación preventiva, tendiente a la erradicación de tales actos, como política criminal resulta coherente con las disposiciones legales y de orden constitucional que en la actualidad amparan a la mujer en la que aquélla se enmarca: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará")- ambas de jerarquía constitucional, cfr. art. 75, inc. 22, C.N.-, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, entre otras (voto del juez Morin).

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Sarrabayrouse - Morin - Días)
Mossutto, Ariel Ricardo s/ recurso de casación
SENTENCIA del 7 DE AGOSTO DE 2018
Nro.Fallo: 18810086

Identificación SAIJ : 33025235

TEMA

DENEGATORIA DEL RECURSO-ABUSO SEXUAL SIMPLE-APRECIACION DE LA PRUEBA-VIOLENCIA DE GENERO-CALIFICACION LEGAL-CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

Corresponde rechazar el recurso interpuesto por la defensa contra la condena impuesta al encausado por el delito de abuso sexual simple toda vez que la significación legal seleccionada por el a quo es consecuencia de una adecuada ponderación integral del plexo probatorio acumulado en la causa, confrontándolo de modo pormenorizado, y en particular, de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se perpetró el delito, y de las categóricas afirmaciones efectuadas por el a quo respecto de la convicción que le mereció la damnificada durante la audiencia, lo cual

permite confirmar que la intención del imputado no fue la de besarla en su mejilla, sino que tuvo un inequívoco propósito sexual, como se concluyó en la sentencia impugnada al señalar que el dolo en el actuar del imputado surgía a partir de que conocía los medios empleados, como ser su situación de preeminencia y violencia, el contenido sexual y que pese a la manifiesta resistencia ofrecida por la víctima, continuó con su propósito, demostrando de tal forma su deliberada intención de abusar sexualmente de aquélla. En consecuencia, frente al cuadro probatorio resultante de una visión conjunta de la totalidad de los elementos de prueba incorporados y producidos en la audiencia de debate, los planteos y críticas de la defensa sobre la valoración de la prueba y de la calificación legal seleccionada en el fallo impugnado, configura un mero disenso con las conclusiones a las que arribó el tribunal a partir del examen integral de los distintos elementos de convicción. Asimismo, debe advertirse que el hecho que es objeto de acusación en estos autos se vincula íntimamente con una de las temáticas más preocupantes del universo de los derechos humanos, cual es la violencia de género que desde el análisis de la cultura androcéntrica impone que deban tomarse las medidas judiciales adecuadas para evitar esos delitos, destacando que existen dos instrumentos internacionales aplicables al presente caso, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer -UN, 1979, ratificada por ley 23.179 BO 3/6/85- y la segunda la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belem do Pará, ratificada por la ley 24.632 B.O. 9/4/96-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.179, Ley 24.632

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Figueroa - Ledesma - Slokar.)
Sánchez, Julio Alberto
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2018
Nro.Fallo: 18260200

Identificación SAIJ : 33025236

TEMA

ABUSO SEXUAL SIMPLE-VIOLENCIA DE GENERO-CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-FUERZAS DE SEGURIDAD-CUMPLIMIENTO DE ORDENES E INSTRUCCIONES

El voto concurrente agregó que el hecho fue correctamente subsumido por los sentenciados como un acto de abuso sexual pues el encausado, aprovechando la relación jerárquica y de autoridad respecto de la damnificada, abusó sexualmente de ella, y si bien la defensa cuestiona el carácter sexual del acto, la situación fáctica en el caso concreto, el lugar en que aquéllos ocurrieron (oficina pública del imputado), y el contexto de ejecución de la acción típica, demuestran claramente su contenido sexual, tal como se encargó de remarcar la sentencia; se trató de un caso de violencia sexista ocurrida en el marco de una relación laboral, que como tal constituye una manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, en la cual las mujeres resultan más afectadas por su situación de discriminación y subordinación social, siendo los agresores mayoritariamente del sexo masculino, sumándose en este caso el hecho de que se produjo dentro de una fuerza de seguridad, donde rige un orden vertical, es decir que se trató de una situación de abuso de un superior jerárquico a una subordinada. Dres. Figueroa. Ledesma-según su voto- y Slokar.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Figueroa - Ledesma - Slokar.)
Sánchez, Julio Alberto
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2018
Nro.Fallo: 18260200

Identificación SAIJ : G0032462

TEMA

LESIONES LEVES-AMENAZAS AGRAVADAS-DISCRIMINACION DE LA MUJER
Se confirma el procesamiento del imputado en orden al delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, en concurso ideal con el de amenazas, toda vez que de las constancias de autos surge que la declaración de la mujer víctima de los hechos fue clara, concordante y precisa; como así también se ha constatado la existencia de las lesiones denunciadas y la situación de alto riesgo dictaminada por la perito en el informe socio-ambiental efectuado.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 06 (Mario Filozof - Alberto Seijas)
A., D. A. s/ PROCESAMIENTO
SENTENCIA del 18 DE FEBRERO DE 2016
Nro.Fallo: 16060000

Identificación SAIJ : F0084242

TEMA

VIOLENCIA DE GENERO-DISCRIMINACION DE LA MUJER:CONCEPTO;DEFINICION
"Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como .toda distinción, exclusión a 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/.
En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es .una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres/ y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO
Sala PENAL (MANSILLA-BAROTTO-CERDERA(Subrogante)(en abstención) (SIN
DISIDENCIA: MANSILLA: F0082601; F0082602; F0084230; F0084231; F0084232;
F0084233; F0084234; F0084235; F0084236; F0084237; F0084238; F0084239; F0084240;
F0084241; F0084242; F0084243; F0084244 y F0084245))
E., W. A. s/ Desobediencia a una orden judicial s/ Casación
SENTENCIA, 000000095 del 1 DE AGOSTO DE 2013
Nro.Fallo: 13052095

Identificación SAIJ : F0084243

TEMA

VIOLENCIA DE GENERO-DISCRIMINACION DE LA MUJER:CONCEPTO;DEFINICION
"El CEDAW Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [porque es mujer o] que la afecta en forma desproporcionada].

El CEDAW también ha señalado que .] la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre/.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO

Sala PENAL (MANSILLA-BAROTTO-CERDERA(Subrogante)(en abstención) (SIN DISIDENCIA: MANSILLA: F0082601; F0082602; F0084230; F0084231; F0084232; F0084233; F0084234; F0084235; F0084236; F0084237; F0084238; F0084239; F0084240; F0084241; F0084242; F0084243; F0084244 y F0084245))

E., W. A. s/ Desobediencia a una orden judicial s/ Casación

SENTENCIA, 000000095 del 1 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13052095

Identificación SAIJ : C1002430

SUMARIO

CASO CONSTITUCIONAL-DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER-DOCENTES

CONCURSOS DOCENTES

La recurrente logra articular un caso constitucional fundado en el principio de no discriminación (artículos 11 y 38 de la CCBA, 14 bis y 16 de la CN., 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) y en el derecho a la carrera en el régimen del empleo público en condiciones de igualdad (arts. 11 y 43 de la CCBA), pues al manifestar que la calificación de "jubilable" que le impuso el GCBA y las consecuencias que él le atribuye a esa denominación en el marco de los concursos de la carrera conllevan una discriminación en razón de la edad y el sexo la actora denuncia el empleo de clasificaciones "sospechosas" prohibidas por el art. 11 de la CCBA: edad y género. (Voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis

Constitución Nacional Art.16

LEY 26.486 Art.11

Ley 24.658 Art.7

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.11

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.38

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.43

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Luis F. Lozano)

Zdanevicius, Luisa Laimute c/ GCBA s/ amparo

SENTENCIA, 6749/09 del 25 DE NOVIEMBRE DE 2009

Identificación SAIJ: PE000128

SUMARIO

CARGOS ELECTIVOS-LISTA DE CANDIDATOS-CUPO FEMENINO

Las normas que rigen la materia tienen por finalidad efectivizar las acciones positivas a que hace referencia el artículo 37 de la Constitución Nacional con el objeto de asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos. Por ello, no basta que las listas estén compuestas por un mínimo de 30 por ciento de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que -con un grado razonable de probabilidad resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquél sólo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL

(RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZALEZ ROURA (Secretario).-)

Junta Electoral del Partido Nacionalista Constitucional s/ certificación de calidades de precandidatos y registro de listas oficializadas o proclamadas elección interna abierta del 7 de agosto de 2005

SENTENCIA del 6 DE SETIEMBRE DE 2005

Identificación SAIJ: F0025297

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL-TRATADOS INTERNACIONALES-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER-ACTOS DISCRIMINATORIOS-DISCRIMINACIÓN LABORAL

Conviene recordar que por Ley Nro. 23179 (B.O. del 3 de junio de 1985) la Rep. Argentina ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer a cuyo fundamento por brevedad nos remitimos, y en particular a lo dispuesto en la primera parte (arts. 1 a 6) de dicha Convención; y la Parte Segunda (arts. 7 a 9); y en la parte IV (arts. 15 y 16). Razón por la cual el alcance de la mencionada Ley Nro. 23592 no puede hacerse sino en el marco de la que le precede.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

Ley 23.179 Art.1 al 9

Ley 23.179 Art.15 al 16

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RÍO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (EN DISIDENCIA: LUTZ: F0024710; F0020534; F0024708; F0024595; F0025292; F0025293 y F0025294) (EN MAYORIA: SODERO NIEVAS Y

BALLADINI: F0023650; F0025295; F0025296; F0025297; F0025298; F0025299; F0025300; F0025301; F0025302; F0025303; F0025304; F0025305; F0025306; F0025307; F0025308 y F0025309))

M. M. P. s/ AMPARO s/ APELACIÓN

INTERLOCUTORIO, 000000090 del 16 DE AGOSTO DE 2005

Identificación SAIJ : F0032802

SUMARIO

FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS-DERECHO DE TRABAJAR-IGUAL REMUNERACIÓN POR IGUAL TAREA-CONSTITUCIÓN NACIONAL-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER-IGUALDAD DE TRATO-MEJOR REMUNERACIÓN-REDUCCIÓN SALARIAL —*IUS VARIANDI*— CAMBIO DE TAREAS

Es bien conocido el principio general de interpretación del art. 19 de la Const. Nac. sentado por la Corte en viejos precedentes (Fallos 270: 374; 271: 320; 273 211; 274: 334, etc.) en orden a la garantía de igualdad de trato en iguales circunstancias y al principio específico del art. 14 bis de la Const. Nac. de igual remuneración por igual tarea, pero es del caso señalar que en autos estos principios no se encuentran alterados, ni tampoco los que posteriormente estableció la ley 20.392 (igual valor de la mano femenina) ni la ley 23592 en orden a la prohibición de discriminar.

Es más, de lo dispuesto en el art. 81 de la LCT surge claramente que no se prohíbe pagar más a quien mejor desempeño tiene o mejor rendimiento acredita, sino que la prohibición gira en torno siempre de la disminución del salario.

En síntesis, en la presente causa no observo violación de las leyes antes citadas ni tampoco de las previsiones de los arts. 17 y 81 de la LCT, ni un ejercicio irracional o abusivo de las facultades de los arts. 65 y 66 de la LCT.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis

Constitución Nacional Art.19

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.65 al 66

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81

Ley 20.392

Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala LABORAL (SODERO NIEVAS-LUTZ-BALLADINI (SEGéN SU FUNDAMENTO: SODERO NIEVAS: F0014104, F0032800, F0032801, F0032802, F0032803 Y F0032804) (OPINION PERSONAL: LUTZ: F0014022, F0032805, F0032806, F0032807, F0032808, F0032809, F0032810, F0032811, F0032812, F0032813, F0032814, F0032815, F0032816, F0032817, F0032818, F0032819, F0032820, F0032821, F0032822, F0032823, F0032824, F0032825, F0032826, F0032827 Y F0032828))

D., R. B. c/ ENTRETENIMIENTO PATAGONIA S.A. s/ INAPLICABILIDAD DE LEY

SENTENCIA, 000000044 del 6 DE ABRIL DE 2005

Identificación SAIJ: PE000080

SUMARIO

LISTA DE CANDIDATOS-OFFICIALIZACIÓN DE LISTAS-CUPO FEMENINO-VACANCIA DE CARGOS ELECTIVOS

El Decreto 1246/00 reglamentario de la ley 24.012 en su art. 9 prevé el procedimiento a seguir para el caso de vacancia de una candidata mujer en una lista previamente oficializada antes de los comicios, disponiendo que será reemplazada por la candidata que le sigue en la lista respectiva. En consecuencia, es en la etapa previa a la realización de los comicios precisamente en el momento de la oficialización de listas- cuando los preceptos referidos al denominado “cupo femenino” resultan de aplicación efectiva.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO NACIONAL 1.246/2000 Art.9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL
María Elena Medel s/ solicita medida cautelar
-Declaración de nulidad (Partido Justicialista)
SENTENCIA, 3533/02 del 26 DE DICIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: C0401594

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, 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 libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala H
FUNDACION MUJERES EN IGUALDAD y otro c/ FREDDO S.A. s/ AMPARO
INTERLOCUTORIO del 16 DE DICIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: C0401575

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

La discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, en la conducta desplegada durante años al preferir la empresa la contratación de empleados del sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún, si se tiene presente la presunción de discriminación que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual -las mujeres- pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala H
FUNDACIÓN MUJERES EN IGUALDAD y otro c/ FREDDO S.A. s/ AMPARO
INTERLOCUTORIO del 16 DE DICIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: C0401593

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo y a los de mayor jerarquía por su condición, 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.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H

FUNDACION MUJERES EN IGUALDAD y otro c/ FREDDO S.A. s/ AMPARO

INTERLOCUTORIO del 16 DE DICIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: PE000016

SUMARIO

PARTIDOS POLITICOS-CUPO FEMENINO-AUTORIDADES DEL PARTIDO-CONSTITUCIÓN NACIONAL TRATADOS INTERNACIONALES

Del texto del art. 2º de la ley 8.901 de la provincia de Córdoba no surge la obligatoriedad para los partidos políticos de observar el principio de igualdad de representación de sexos respecto de la elección de cargos partidarios. Tampoco desprende de la Constitución Nacional, ni de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados a ella (art. 75 inc. 22), fundamento alguno que exija extender —sin miramientos— el alcance de las normas que instrumentan el denominado “cupo femenino”.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL Merciadri de Morini, María Teresa s/ impugnación listas en elecciones internas de la UCR

SENTENCIA, 3420/01 del 28 DE FEBRERO DE 2002.

Identificación SAIJ: PE000015

SUMARIO

PARTIDOS POLÍTICOS-ELECCIONES-IMPUGNACIÓN DE LA ELECCIÓN-LISTA DE CANDIDATOS CARGOS ELECTIVOS-CUPO FEMENINO-AUTORIDADES DEL PARTIDO

Corresponde revocar la sentencia apelada que hizo lugar a la impugnación de las listas de candidatos para ocupar cargos partidarios presentadas en las elecciones internas de un partido político, por entender que no respetaban el mínimo de la representación femenina establecida en la Constitución Nacional y la ley provincial N° 8901(Córdoba). Sin embargo, dicho artículo, establece que toda lista de candidatos a cargos electivos deberá contener porcentajes equivalentes de candidatos de ambos géneros, es decir, para la oferta de candidaturas a la ciudadanía destinada a ocupar cargos públicos; así está excluyendo, “a contrario sensu” a los cargos partidarios que se refieren a los órganos de representación y conducción de las organizaciones políticas, cuya forma y condiciones de elección se rigen por la carta orgánica correspondiente. Asimismo, En el caso, del cotejo de la lista de autoridades proclamada con la regulación interna vigente y aplicable al caso, surge que ella cumple con la representación femenina exigida. Pues es la Carta Orgánica del partido la norma fundamental a la que deben sujetar su accionar tanto los afiliados como las autoridades del mismo.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL Merciadri de Morini, María Teresa s/ impugnación listas en elecciones internas de la UCR
SENTENCIA, 3420/01 del 28 DE FEBRERO DE 2002

Identificación SAIJ: PE000127

SUMARIO

CARGOS ELECTIVOS-OFFICIALIZACIÓN DE LISTAS-CUPO FEMENINO

Es al momento de la presentación de las listas ante el juez, a los efectos de su oficialización, que las agrupaciones políticas deben acreditar haber satisfecho los pertinentes requisitos referidos al “cupo femenino”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL

(RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZÁLEZ ROURA (Secretario).

Estela Mary Funes s/ solicita Alianza Unión por Córdoba -HJEN

SENTENCIA del 28 DE DICIEMBRE DE 2001

Identificación SAIJ: PE000131

SUMARIO

LISTA DE CANDIDATOS-CUPO FEMENINO

El juez tiene la facultad de reordenar de oficio las listas de candidatos, para que observen las previsiones de cupo femenino, si la agrupación a la que pertenecen no cumple la intimación judicial para que proceda a la sustitución o reubicación que corresponda.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL

(RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZALEZ ROURA (Secretario).-)

Partido Acción por la República s/ Oficialización de listas de candidatos a senadores y diputados nacionales para la elección del 14 de octubre de 2001.

SENTENCIA del 28 DE SETIEMBRE DE 2001

Identificación SAIJ: PE000129

SUMARIO

CARGOS ELECTIVOS-LISTA DE CANDIDATOS-CUPO FEMENINO

Si bien es cierto que la ley 24.012 se sanciona en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres. Máxime a la luz del art. 37 de la Constitución Nacional, que garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL, CAPITAL FEDERAL

(RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZALEZ ROURA (Secretario))

Partido Acción por la República s/ Personería jurídico político - incidente Oficialización Candidatos
SENTENCIA del 25 DE SETIEMBRE DE 2001

Identificación SAIJ: A0055294

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: PROCEDENCIA-DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER-ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES-IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Los principios de igualdad y de no discriminación a las mujeres, garantizados por diversas normas constitucionales, resultan lesionados cuando se obstaculiza el acceso de aquéllas a la misma experiencia educativa que se ofrece a los varones, pues se impide así favorecer el enriquecimiento de la personalidad de los educandos de ambos性es mediante la coeducación y la convivencia. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (según su voto)- AUGUSTO C. BELLUSCIO - ENRIQUE S. PETRACCHI (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (según su voto)- GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (según su voto)- ADOLFO R. VAZQUEZ (según su voto).)

González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Recurso de Hecho
SENTENCIA del 19 DE SETIEMBRE DE 2000

IV | Discriminación por enfermedad

Identificación SAIJ : J0041565

TEMA

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA-DISCRIMINACION-INCAPACIDAD LABORAL-ENFERMEDAD PROFESIONAL

Corresponde admitir la presente queja, atento que el planteo de la compareciente -invocando haber sido despedido con discriminación por su situación de incapacidad laboral y como represalia a su reclamo por la reparación de la enfermedad profesional que padece- cuenta prima facie con asidero en las constancias de la causa, habilitando el franqueamiento del remedio extraordinario. (De la disidencia de la Dra. Gastaldi)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCO)

SCHMIDT, MARTIN LUIS c/ SODECAR S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16090001

Identificación SAIJ: N0014928

SUMARIO

DESPIDO DEL TRABAJADOR-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD-SIDA-DAÑO MORAL: PROCEDENCIA PRUEBA-CARGA DE LA PRUEBA

Cabe admitir la demanda por daño moral incoada contra la entidad fallida por supuesto trato discriminatorio, toda vez que ésta, habiendo afirmado que la única motivación del despido del incidentista, portador del virus “Hiv”, fue una cuestión de reorganización de la empresa, debió acreditar que su actitud frente al accionante fue idéntica que la que dispensó o hubiera dispensado a cualquier otro dependiente sano y que el motivo del despido respondió, efectivamente, a una decisión empresarial y que ninguna relación tuvo con la afección de su salud, aportando los elementos de juicio que pudieran acreditar, aunque sea someramente, esas circunstancias; ya que ella y solo ella puede demostrar esos extremos pretendidamente exculpatorios (cfr. resolución del Interventor del Inadi, Dr. Eugenio Zaffaroni, por remisión al dictamen de la asesora letrada); además, resultando la prueba de un acto discriminatorio, sumamente dificultosa pues, por lo general, quien se conduce de tal modo conoce la ilegitimidad de su actuar e intenta disimularlo o directamente, ocultarlo, se ha sostenido que teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (su protección emana de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales con similar jerarquía), cuando el trabajador se siente discriminado por alguna causa, el *onus probandi* pesa sobre el empleador; ya que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (cfr. Cnciv, Sala H, 4.900, “S., J. O. c/ Travel Club SA”, voto del Dr. Kiper, y sus citas, comentado por Mosset Iturraspe, JA 2001-470).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(RAMIREZ - SALA - ARECHA.)

BANCO GENERAL DE NEGOCIOS SA s/ LIQUIDACIÓN JUDICIAL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO (POR LIMA, ONOFRIO).

Identificación SAIJ: N0014927

SUMARIO

VERIFICACIÓN DE CREDITOS-CRÉDITO LABORAL-DAÑO MORAL-INDEMNIZACION-DISCRIMINACION LABORAL-DISCRIMINACION POR ENFERMEDAD-SIDA-CREDITO QUIROGRAFARIO-TASAS DE INTERES-TASA ACTIVA

Procede verificar el crédito por indemnización resarcitoria del daño moral ocasionado al incidentista por la entidad bancaria fallida, en su carácter de empleadora, como consecuencia del trato discriminatorio durante la relación laboral, en razón de ser este portador del virus "HIV"; la verificación se hará con carácter quirografario, de acuerdo al criterio mantenido con relación a las multas laborales, aplicable por analogía (cfr. 5.12.03, Asociación Israelita de Benef. y Soc. Mut. Ezrah s/ Conc. Prev. s/ inc. de rev. por Mac Donald, Ernesto"), por la suma de \$ 20000, más intereses desde la fecha del despido hasta el decreto de quiebra (ley 24522: 129) conforme la tasa activa que cobra el Banco Nación para operaciones de descuento de documentos a treinta días (Cncm, en pleno, 27.10.94, "SA La Razón").

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.522 Art.129

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(RAMIREZ - SALA - ARECHA.)

BANCO GENERAL DE NEGOCIOS SA s/ LIQUIDACIÓN JUDICIAL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO (POR LIMA, ONOFRIO).

SENTENCIA, 22092/07 del 5 DE JULIO DE 2007

Identificación SAIJ: N0014929

SUMARIO

DESPIDO DEL TRABAJADOR-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD SIDA-CARGA DE LA PRUEBA

Cabe admitir el reclamo de indemnización por daño moral ocasionado por la entidad fallida a uno de sus empleados, toda vez que ha quedado acreditado el trato discriminatorio de que este fue objeto; pues, probada la enfermedad por el trabajador, así como el despido, y en tanto toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus HIV no afecten, concretamente, las aptitudes laborales ni comprometan la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria (cfr. CSJN, 17.12.96, "B., R. E. c/ Policía Federal Argentina", Fallos 319:3040); era carga de la fallida demostrar que el despido respondió a la alegada reestructuración de la empresa y que, así como afectó al incidentista, pudo alcanzar a cualquier otro trabajador sano (arg. ley 20.744: 81); como esa carga no fue cumplida, el reclamo debe ser atendido, pues se encuentra configurada una trasgresión a las disposiciones de la CN: 16 y los tratados internacionales incorporados a ella y las leyes 23592 y 23798

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.16

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81

Ley 23.592

Ley 23.798

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(RAMIREZ - SALA - ARECHA.)

BANCO GENERAL DE NEGOCIOS SA s/ LIQUIDACIÓN JUDICIAL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN DE CRÉDITO (POR LIMA, ONOFRIO).

SENTENCIA, 22092/07 del 5 DE JULIO DE 2007

Identificación SAIJ: E0012689

SUMARIO

DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD-INDEMNIZACIÓN TARIFADA INDEMNIZACIÓN

En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, resultando procedente la reparación civil en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que justifique claramente que el empleador excedió las necesidades y límites impuestos por la LCT, configurándose un daño civilmente resarcible. Así, el despido del trabajador que padece un cáncer terminal supone una conducta discriminatoria por parte del empleador que debe cargar con las consecuencias extracontractuales que ocasionó su proceder.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (García Margalejo. Boutique.)

Rossi, Rodolfo Alejandro c/ Orígenes AFJP S.A. s/ Despido.

SENTENCIA, 17064/02 del 6 DE MAYO DE 2005.

Identificación SAIJ: E0012688

SUMARIO

DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD

El despido del actor es particularmente disvalioso por padecer de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la Constitución Nacional en sus arts. 14 bis y 16.

A su vez, tal conducta es repelida por la LCT —que en su art. 17 prohíbe cualquier tipo de “discriminación entre los trabajadores”— y por la ley 23.592-referida expresamente a los actos discriminatorios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis

Constitución Nacional Art.16

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17

Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (García Margalejo. Boutique.)

Rossi, Rodolfo Alejandro c/ Orígenes AFJP S.A. s/ Despido.

SENTENCIA, 17064/02 del 6 DE MAYO DE 2005

Identificación SAIJ: E0012157

SUMARIO

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA-SIDA-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD-INDEMNIZACIÓN AGRAVADA

Si la demandada conoció o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendía que éste último era portador positivo de HIV, y contemporáneamente con este hecho fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconoció el principio de no discriminación y procede consecuentemente la indemnización correspondiente (conf. Ley 23.592).

REFERENCIAS

Referencias Normativas:Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Moroni. Guthmann.)

O. E. O. c/ Falabella S.A. s/ despido.

SENTENCIA, 89902 del 30 DE AGOSTO DE 2004

Identificación SAIJ: C0402170

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DISCRIMINACION LABORAL-DISCRIMINACION POR ENFERMEDAD-SIDA

Toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus de inmuno deficiencia adquirida no afecten concretamente las aptitudes laborales ni comprometan la salud de terceros, constituye una actitud discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala E (CALATAYUD)

ROLDAN, Luis Fabián c/ TRENES DE BUENOS AIRES S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 30 DE SETIEMBRE DE 2003.

Identificación SAIJ: C0402171

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD-SIDA EXÁMEN PREOCUPACIONAL

El hecho de no formular ninguna oposición para la práctica del test de manera Alguna, implica el consentimiento para violar la confidencialidad dispuesta por el artículo 2º inc. c)del decreto reglamentario 1244/91 en tanto se probó debidamente que el resultado obraba en poder de la empresa demandada más allá de quien fuera el responsable de la filtración.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Nacional 1.244/91 Art.2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala E (CALATAYUD)

ROLDAN, Luis Fabián c/ TRENES DE BUENOS AIRES SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 30 DE SETIEMBRE DE 2003

Identificación SAIJ: Q0013060

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD

Quien se considera lesionado debe acreditar el acto o la omisión y las características que evidencian prima facie su carácter discriminatorio (verosimilitud de la injusticia de ese comportamiento).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT

Sala CIVIL (Raúl Vergara-Sergio Lucero-AC)

R., F.D. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Juicio Ordinario -Contencioso Administrativo-
SENTENCIA, 00029 del 18 DE OCTUBRE DE 2001

Identificación SAIJ: Q0013059

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD

Resulta muy difícil para el empleado probar que el empleador no lo tomó por ser portador, dado que las formas de discriminación existentes no son siempre abiertas ni explícitas y no se sustentan en ningún marco legal o formal.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT

Sala CIVIL (Raúl Vergara-Sergio Lucero-AC)

R., F.D. c/ Municipalidad de Puerto Madryn s/ Juicio Ordinario -Contencioso Administrativo-
SENTENCIA, 00029 del 18 DE OCTUBRE DE 2001

Identificación SAIJ: C0400064

SUMARIO

ACTOS DISCRIMINATORIOS:CONCEPTO; REGIMEN JURÍDICO-INGRESO AL TRABAJO -
DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD-DIABETES-DAÑOS Y PERJUICIOS: PROCEDENCIA

Dispone el art. 1 de la ley 23.592 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”. Más específicamente, establece el art. 2 de la ley 23.753 que “la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado”.

(Sumario confeccionado por el SAIJ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.1

Ley 23.753 Art.2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (MARCELO J. ACHAVAL (en disidencia)- CLAUDIO M. KIPER (según su voto)- ELSA H.G.R. DE GAUNA (según su voto))

Sendoya Josefina Ofelia c/ Travel Club S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA, 288.372 del 4 DE SETIEMBRE DE 2000

V | Discriminación por motivos ideológicos, políticos, gremiales

Sumario nro. JT000024

TEMA

SENTENCIA CONDENATORIA-PRISION-INHABILITACION ABSOLUTA-PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD-AMENAZAS-TORTURAS-PERSEGUIDO POLITICO-CONCURSO REAL-INHABILITACION PERPETUA

TEXTO

Corresponde condenar a German Raul Chartier como autor mediato de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada por el empleo de violencias y amenazas -11 hechos- y tormentos agravados por tratarse de perseguidos políticos en perjuicio -8 hechos-, todos en concurso real (art. 55, 144 bis inc. 1º en función del art. 142 inc. 1º y últ. párr., y art. 144 ter primer y segundo párr. del CP, conforme Ley 14616), a la pena de 16 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua y accesorias legales (arts. 12 y 19 del CP).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.12, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.19

FALLOS

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL , SANTA FE, SANTA FE
(José María Escobar Cello - María Ivón Vella - Luciano Homero Lauría)
Chartier, German Raúl y otros s/ Privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1)
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. JT000027

TEMA

SENTENCIA CONDENATORIA-PRISION-INHABILITACION ABSOLUTA-PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD-AMENAZAS-TORTURAS-PERSEGUIDO POLITICO-CONCURSO REAL-INHABILITACION PERPETUA

TEXTO

Corresponde condenar a Rubén Oscar Insaurrealde como autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada por el empleo de violencias y amenazas y tormentos agravados por tratarse de perseguidos políticos (art. 45, 144 bis inc. 1º en función del art. 142 inc. 1º y últ. párr., y 144 ter primer y segundo párr. del CP, conforme Ley 14616) y tormentos agravados por tratarse de perseguidos políticos en concurso real (art. 45, 55, 144 ter primer y segundo párr. del CP, conforme Ley 14616), a la pena de 6 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua y accesorias legales (arts. 12 y 19 del CP).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.12, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.19

FALLOS

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL , SANTA FE, SANTA FE
(José María Escobar Cello - María Ivón Vella - Luciano Homero Lauría)
Chartier, German Raúl y otros s/ Privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1)
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. JT000029

TEMA

SENTENCIA CONDENATORIA-PRISION-INHABILITACION ABSOLUTA-PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD-AMENAZAS-TORTURAS-PERSEGUIDO POLITICO-CONCURSO REAL-INHABILITACION PERPETUA

TEXTO

Corresponde condenar a Omar Epifanio Molina como autor penalmente responsable de los delitos de privación ilegal de la libertad agravada por el empleo de violencias y amenazas y tormentos agravados por tratarse de un perseguido político, en concurso real (art. 45, 55, 144 bis inc. 1º en función del art. 142 inc. 1º y últ. párr., y 144 ter primer y segundo párr. del CP, conforme Ley 14616), a la pena de 5 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua y accesorias legales (arts. 12 y 19 del CP).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84
Art.12, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.19

FALLOS

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL , SANTA FE, SANTA FE
(José María Escobar Cello - María Ivón Vella - Luciano Homero Lauría)
Chartier, German Raúl y otros s/ Privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1)
SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. J0048127

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-MERA DISCREPANCIA-DERECHO LABORAL-DESPIDO-DISCRIMINACION-LIBERTAD SINDICAL.TUTELA SINDICAL-FALTA DE PRUEBA-INDICIOS-VALORACION

TEXTO

La Alzada, en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, puso de relieve que el agravio del recurrente referido a la valoración probatoria en orden al carácter discriminatorio del despido y a la improcedencia del daño moral constituyan una mera reiteración de las postulaciones ya abordadas en la instancia revisora ordinaria y no lograban evidenciar el matiz constitucional que requieren los agravios para este tipo excepcional de instancia, explicando para ello, que tras analizar la prueba recabada en autos y aun teniendo en cuenta las situaciones mencionadas por los testigos, se había respetado siempre la libertad sindical del trabajador durante la vigencia de la tutela legal específica y que luego de resultar vencido en el último proceso eleccionario gremial, el actor no acreditó haber continuado ejerciendo actividades de dicha índole en forma contemporánea al despido, no pudiendo así identificar elementos probatorios que resulten conducentes en miras de demostrar indicios de la existencia de discriminación al momento de su despido; argumentación que no logra ser desvirtuada por la actora en su recurso directo, en el que no hace más que afirmar su desacuerdo con la valoración indiciaria realizada por la Alzada, mas sin poder acreditar de manera verosímil la hipótesis de discriminación sostenida.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA)
PITTON, FABIAN JUSTINO c/ INGENIERIA PLASTICA ROSARIO S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 1 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. J0048131

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-PRUEBA-INDICIOS-

TEXTO

La actora critica que la Sala a quo afirmara que los indicios aportados no resultaban suficientes para la prueba del acto discriminatorio alegado, mas omite hacerse cargo de lo referido al respecto por los sentenciados, quienes luego de analizar pormenorizadamente la prueba testimonial rendida en la causa, entendieron corroboradas ciertas situaciones que incomodaban a la empresa empleadora, pero que evidentemente no traspasaron el plano de una queja formal no generadora de medidas hostiles y/o persecutorias en concreto hacia el demandante; y así concluyeron que el cuadro indiciario en que se ampara el actor -con base sustancial exclusivamente en la cercanía temporal entre el despido y el vencimiento de la tutela de la representación gremial- no revela en condición suficientemente verosímil una apariencia lesiva de derechos fundamentales que conduzca objetivamente a inferir una conducta antisindical subyacente en la adopción de la decisión rupturista. (Del voto del Dr. Falistocco)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - FALISTOCO - ERBETTA)
PITTON, FABIAN JUSTINO c/ INGENIERIA PLASTICA ROSARIO S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 1 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. IN001832

TEMA

EXTREMA GRAVEDAD Y URGENCIA-COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-MEDIDAS CAUTELARES-CUBA-TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES-PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD-DISCRIMINACION POR MOTIVOS IDEOLOGICOS, POLITICOS O GREMIALES

TEXTO

Conforme ha constatado la Comisión Interamericana, existe contra defensores de derechos humanos en Cuba, un contexto caracterizado por un clima de hostilidad, persecución y hostigamiento -máxime para quienes manifiesten su oposición al gobierno-, recurriendo al empleo de detenciones arbitrarias, en ocasiones ejecutadas de manera violenta como un método más de amedrentamiento, quienes una vez privados de su libertad padecen agresiones, amenazas y malos tratos al interior de los establecimientos penitenciarios.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA
(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)
Resolución 16/2020 - Medida cautelar No. 1077-19 - Roilan Zárraga Ferrer y otros respecto de Cuba
SENTENCIA del 13 DE FEBRERO DE 2020

Identificación SAIJ : 33024875

TEMA

AGRAVANTES DE LA PENA-LEY VIGENTE-PERSEGUIDO POLITICO
Del confronte con la versión antigua de la norma surge que, si bien el art. 144 ter CP, según la ley 23.097, ha suprimido la circunstancia agravante de la persecución política que contenía la redacción antigua, un análisis conjunto pone en evidencia que la nueva versión es más gravosa que la anterior, ya que el tipo base del nuevo artículo está penado más severamente que el tipo agravado del viejo artículo 144 ter, conforme el texto de la ley 14.616 vigente a la época de los hechos y aplicado al caso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 14.616, Ley 23.097

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Ledesma - Slokar - Figueroa)
Céparo, Atilio Ricardo s/ recurso de casación
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2018
Nro.Fallo: 18260048

Identificación SAIJ : 33024885

TEMA

SENTENCIA ARBITRARIA-ALLANAMIENTO ILEGAL-TORTURAS-PERSEGUIDO POLITICO-VICTIMA MENOR DE EDAD-AGRAVANTES DE LA PENA

Es arbitraria la absolución respecto de los sucesos calificados como allanamiento ilegal -dos hechos- e imposición de tormentos agravados por ser la víctima perseguida política, si no se explicó debidamente cómo fue posible que una actividad (como la que se tuvo por probada en este caso) haya podido realizarse sin el conocimiento y autorización del jefe máximo de esa dependencia, si se tiene en cuenta el contexto en el que ocurrieron y la estructura verticalizada de las fuerzas armadas y de seguridad y, si bien el imputado aportó datos en sus declaraciones, el hecho de que no haya confesado esa parte de los hechos, no resulta óbice para el análisis de su intervención en dichos sucesos, teniendo en cuenta que consta en su legajo que tuvo participación destacada en la "lucha contra la subversión" asimismo, el tribunal oral no consideró que el acusador privado formuló acusación no sólo por la entrega de la víctima a grupo de interrogadores sino que también lo hizo sobre la acción inicial de los tormentos que se concretó cuando se la mantuvo dentro de la sede de la Prefectura de Campana (que manejaba el imputado) durante toda una madrugada sin dormir, sometida a interrogatorios amenazantes y agravado todo ello porque se trataba de una menor de 16 años.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Figueroa - Slokar - Ledesma)
Schaller, Carlos José Ramón s/ recurso de casación
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2018
Nro.Fallo: 18260051

Identificación SAIJ : 33024870

TEMA

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-AGRAVANTES DE LA PENA-PERSEGUIDO POLITICO-TORTURAS
Corresponde desestimar el planteo vinculado a la denunciada afectación al principio de congruencia, en cuanto a la alegada inclusión tardía de la agravante del delito de tormentos por ser la víctima perseguido político, conforme el art. 144 ter CP, primero y segundo párrafos, según ley 14.616, por no ser imputada esa figura en la indagatoria y en el requerimiento de instrucción, pues el recurrente insiste sobre una materia ya decidida en la instancia anterior y sus alegaciones no logran comover las razones que determinaron el rechazo a la cuestión y, asimismo, en el caso en las piezas acusatorias incorporadas en la etapa prevista por el art. 346 CPPN -que delimitan el objeto del debate-, puede observarse que los hechos y la calificación -que luego se respeta en la sentencia- fueron precisamente detallados con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, garantizándose así de forma efectiva la oportunidad de neutralizar las imputaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 14.616

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Ledesma - Slokar - Figueroa)

Céparo, Atilio Ricardo s/ recurso de casación

SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2018

Nro.Fallo: 18260048

Identificación SAIJ : IN001514

TEMA

NACIONES UNIDAS-DENUNCIA ANTE ORGANISMOS INTERNACIONALES-PERSEGUIDO POLITICO-DAÑO IRREPARABLE-DEFENSOR INTERAMERICANO

Conforme lo documentado durante la crisis post electoral acaecida en Honduras - diciembre de 2017-, por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Honduras -OACNUDH-, las amenazas y hostigamientos contra defensoras y defensores de derechos humanos que denunciaron presunto fraude electoral, se sucedieron ininterrumpidamente, agravándose en cantidad de afectados y métodos empleados para su intimidación, lo que exige la actuación protectoria inmediata de los organismos pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

Resolución 4/2018 - Medida cautelar No. 1018-17 - Joaquín Mejía Rivera y familia respecto de Honduras

SENTENCIA del 28 DE ENERO DE 2018

Nro.Fallo: 18570000

Identificación SAIJ : IN001513

TEMA

HONDURAS-DEFENSOR INTERAMERICANO-DERECHOS HUMANOS-PERSEGUIDO POLITICO

Numerosas organizaciones no gubernamentales solicitaron a la Comisión interamericana requiera al Estado Hondureño, la adopción de medidas de protección que garanticen la vida e integridad personal, como así también la de su familia, de quien reviste la calidad de defensor de derechos humanos. Habiendo representado una de las voces más críticas en el último proceso electoral de aquella nación, las autoridades estatales le negaron su solicitud de ingreso al Sistema Nacional de Protección de Defensores.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

Resolución 4/2018 - Medida cautelar No. 1018-17 - Joaquín Mejía Rivera y familia respecto de Honduras

SENTENCIA del 28 DE ENERO DE 2018

Nro.Fallo: 18570000

Identificación SAIJ : IN001515

TEMA

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS-DEFENSOR INTERAMERICANO-HONDURAS-AMENAZAS-HOSTIGAMIENTO-MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PROTECCION-DAÑO IRREPARABLE-PERSEGUIDO POLITICO

Tanto el Defensor de Derechos Humanos de Honduras, que representa a numerosas víctimas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como así también su familia, deben ser protegidos de forma urgente y efectiva por aquél Estado atento al riesgo de daño irreparable que corren su vida e integridad personal, pues debido a las labores por él realizada y su rol crítico en el proceso electoral finalizado en diciembre de 2017, han sido víctimas de hostigamiento y amenazas reiteradas.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)

Resolución 4/2018 - Medida cautelar No. 1018-17 - Joaquín Mejía Rivera y familia respecto de Honduras

SENTENCIA del 28 DE ENERO DE 2018

Nro.Fallo: 18570000

Identificación SAIJ : E0019902

TEMA

DERECHO DEL TRABAJO-DISCRIMINACION

La empresa adquirente del establecimiento en el cual laboraban los actores, debe responder por la negativa a la continuidad laboral de aquéllos, pues se ha demostrado que en la incorporación se priorizó a los trabajadores agremiados al sindicato, dejando fuera a los trabajadores que no estaban afiliados, lo cual importa una conducta discriminatoria de orden gremial que la ley prohíbe expresamente.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (LUIS A. RAFFAGHELLI, GRACIELA L. CRAIG)

PULICE CLAUDIO LEONARDO Y OTRO c/ AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. s/ COBRO DE SALARIOS

SENTENCIA del 6 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13040055

Identificación SAIJ : E0019904

TEMA

DERECHO DEL TRABAJO-DISCRIMINACION

La adquirente del establecimiento debe abonar a los trabajadores que no fueron incorporados por su condición gremial, la indemnización agravada que contempla la Ley de contrato de Trabajo para supuestos diferentes de

discriminación, consistente en un año de remuneraciones, pues existe un acto discriminatorio en el acceso al trabajo y está probado que ambos actores gestionaron su incorporación a la empresa absorbente del personal sin éxito y que uno de ellos recién figura con un alta laboral al año de su despido de ésta empresa.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 06 (LUIS A. RAFFAGHELLI, GRACIELA L. CRAIG)

PULICE CLAUDIO LEONARDO Y OTRO c/ AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. s/
COBRO DE SALARIOS

SENTENCIA del 6 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13040055

Identificación SAIJ : E0019727

TEMA

DISCRIMINACION-DIRIGENTE GREMIAL-REINSTALACION EN EL PUESTO DE TRABAJO

El empleador que despidió a un activista gremial luego de que éste se opusiera a un recorte salarial, debe reinstalarlo en su puesto habitual de trabajo, pues el distracto resulta nulo por discriminatorio por haberse originado en su condición gremial.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 07 (ESTELA MILAGROS FERREIRÓS, BEATRIZ INES FONTANA)

VELAZQUEZ VICENTE c/ SEALED AIR ARGENTINA S.A. s/ JUICIO SUMARÍSIMO
SENTENCIA del 15 DE ABRIL DE 2013

Nro.Fallo: 13040051

Sumario: LL009091

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN: IMPROCEDENCIA-CLUBES DEPORTIVOS

La discriminación realizada por un club deportivo a un socio, padre de un deportista, a quien se le requirió que abone un importe superior al resto de los participantes para realizar un viaje deportivo, no resulta arbitraria, pues el trato desigual no le fue impuesto en razón de sus opiniones sobre la política societaria o por su ideología en general, sino porque decidió no colaborar con las actividades sociales para recaudar los fondos para dicho viaje, lo que impidió que se le cobre el mismo importe que los demás.

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA. GENERAL PICO, LA PAMPA. (Pérez Ballester - Rodriguez)
Krivzov, Fabio Alejandro y otros c/ Club Sportivo Independiente de General Pico y otro s/ ordinario
SENTENCIA del 12 de Septiembre de 2012

Identificación SAIJ: E0015353

SUMARIO

DESPIDO-DAÑO MORAL-DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS
IDEOLÓGICOS, POLÍTICOS O GREMIALES

Ante la situación del trabajador que fue despedido por colocar en la puerta del baño del personal un papel donde constaban las escalas salariales —es decir lo que cada uno debía cobrar—, debe considerarse que la conducta de la demandada que lo despidió ha estado dirigida a coartar su actividad sindical. En este sentido, la protección referida al accionar sindical no se restringe a aquellos trabajadores que ostentan cargos electivos sino que extiende su manto protectorio a cada uno de los afiliados y militantes. Y en el caso, no cabe duda que el accionar del trabajador lo fue en cumplimiento de una actividad de colaboración con el sindicato al cual pertenece. Consecuentemente encuadra la situación bajo la luz del art. 47 ley 23.551 y de los arts. 5tión, Convenios 87, 98, 135, 101, 111 y 158 OIT, procediendo la indemnización por daño moral reclamada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.551 Art.47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 07 (Rodríguez Brunengo. Ferreiros.)

Sosa Evaristo c/ Furco SRL s/ despido.

SENTENCIA, 40732 del 29 DE FEBRERO DE 2008

Identificación SAIJ: A0068407

SUMARIO

EXTRADICIÓN-DELITO POLÍTICO-DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS, POLÍTICOS O GREMIALES: IMPROCEDENCIA-PRUEBA-FALTA DE PRUEBA

La acusación de que la extradición está motivada por una persecución política no puede prosperar si no se acompañan pruebas fehacientes que apuntalen la protesta de la defensa con aplicación a la concreta situación de los imputados, sin que puedan considerarse de igual forma meras conjeturas que no alcanzan para conmover la confianza que necesariamente depositan los estados contratantes en sus respectivos sistemas de gobierno y, particularmente en que los tribunales del país requirente aplicaron y han de aplicar con justicia la ley de la tierra.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Voto: Argibay. Disidencia: Lorenzetti.)

Crousillat Carreño, José Francisco s/ extradición.

SENTENCIA del 18 DE ABRIL DE 2006

VI | Discriminación por razones de sexo o género

Sumario nro. 3G001191

TEMA

SENTENCIA ABSOLUTORIA-RESISTENCIA A LA AUTORIDAD-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-ORDEN DE DETENCION-ACCIONAR POLICIAL

TEXTO

Corresponde absolver a la imputada que había sido condenada a la pena de un año de prisión en suspenso, en orden al delito de resistencia a la autoridad en concurso real con lesiones leves agravadas por tratarse la damnificada de personal policial, tras un episodio ocurrido en una estación de subterráneo cuando la imputada fue detenida por efectivos de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires, por estar besándose con su esposa y fumar en el lugar, dado que el accionar policial evidencia que fueron dejadas de lado las reglas de actuación establecidas por la Ley CABA 5.688 (art. 83, incs. 2, 3 y 4), en lo concerniente al principio de oportunidad, según el cual el personal policial cuenta con discrecionalidad para prescindir de la actuación funcional cuando de acuerdo con las circunstancias del caso, la injerencia resulta inapropiada. Asimismo, no se cumplió con el principio de proporcionalidad, según el cual toda injerencia en los derechos de las personas debe ser necesaria y no excesiva, en el sentido de ser la menos lesiva para el individuo y que no implique una lesión desproporcionada respecto del resultado perseguido, ni tampoco fue respetado el principio de gradualidad que manda al personal policial privilegiar el proceder disuasivo antes que el uso efectivo de la fuerza.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY Q - N° 5.688 Art.83

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Horacio Leonardo Días - Eugenio Sarrabayrouse - Daniel Morín)

Gómez, Mariana Solange s/ recurso de casación

SENTENCIA del 7 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. 3G001192

TEMA

SENTENCIA ABSOLUTORIA-RESISTENCIA A LA AUTORIDAD-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-ORDEN DE DETENCION-ACCIONAR POLICIAL

TEXTO

La orden recibida y rechazada por la imputada se trató de una orden de detención a causa de haber infringido la prohibición de fumar en espacios públicos y, en el contexto en el que ocurrió y por la forma en que el acto de comunicación estatal fue transmitido, ni lo actuado por el preventor puede ser visto como un ejercicio legítimo de la autoridad, ni tampoco la oposición de la destinataria constituye un injusto típico de resistencia a la autoridad en el sentido enunciado por el art. 239 del Código Penal, en tanto no se ha resistido en ese contexto a una orden legítima, y menos aún ha tenido el dolo de hacerlo. En el obrar de la encartada no aparecen tampoco razones preventivas que justifiquen otra solución, ya que fuera de esta situación excepcional, percibida por ella como selectiva y discriminatoria, no ha exhibido una actuación infiel al orden justo en tanto tal, ni tampoco la norma en cuestión ha resultado materialmente desestabilizada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84
Art.239

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Horacio Leonardo Días - Eugenio Sarrabayrouse - Daniel Morín)

Gómez, Mariana Solange s/ recurso de casación

SENTENCIA del 7 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. 3G001193

TEMA

SENTENCIA ABSOLUTORIA-RESISTENCIA A LA AUTORIDAD-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-ORDEN DE DETENCION-ACCIONAR POLICIAL

TEXTO

El caso presenta contornos lastimosos, que incluyen sospechas de un accionar policial selectivo, visto por las destinatarias como una represalia por su identidad de género, al exigirle sólo a la imputada el cumplimiento de reglas de convivencia en condiciones de desigualdad con el resto, a lo que luego se le añadieron imputaciones de un trato indigno y discriminatorio por parte de uno de los agentes, a quien le atribuyen negar la condición de mujer a una persona por motivo de su elección sexual, su forma de vestir y su manera de llevar el pelo. Y como corolario, un ejercicio de la fuerza totalmente desproporcionado, innecesario y verdaderamente excesivo para los fines perseguidos.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Horacio Leonardo Días - Eugenio Sarrabayrouse - Daniel Morín)

Gómez, Mariana Solange s/ recurso de casación

SENTENCIA del 7 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. J0045510

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA DEL RECURSO-PRUEBA-PRUEBA DECISIVA-DISCRIMINACION-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

TEXTO

La Corte Suprema de Justicia de Nación señaló que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable -de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja-, sino que 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; por ello en 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 de trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación; y sin duda alguna, la omisión de valorar la totalidad de la prueba incorporada a la causa a la luz de estos principios rectores y conforme a los términos en que se planteó la controversia, descalifica la conclusión arribada por la Cámara en cuanto a no tener por acreditada una discriminación por orientación sexual en base a fundamentos que resultan insuficientes para dar sustento constitucional a lo decidido. - CITAS: CSJN: Sisnero, del 20/5/2014; Pellicori, Fallos 334:1387. - Jurisprudencia concordante con S., AyS T 266, p 489, sumario J0041560.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)

DORTA, DIEGO RAUL c/ FRIMETAL S.A. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Identificación SAIJ : IN001474

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

Presentando opiniones divididas, el Tribunal Interamericano elaboró los estándares bajo los cuales los Estados Parte en la Convención Americana, deberán ajustar sus normas y procedimientos en respeto y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, atento los principios rectores de igualdad y no discriminación. Las obligaciones se vinculan al deber de reconocer y garantizar el derecho de cambio de nombre a partir de la identidad de género asumida y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001485

TEMA

DERECHOS PATRIMONIALES-IGUALDAD DE TRATO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION- DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar y del derecho a la protección de la familia, todo vínculo familiar que pueda derivar de una relación de una pareja del mismo sexo, debiendo protegerse, sin discriminación alguna respecto a las parejas heterosexuales, conforme el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación, todos los derechos patrimoniales derivados del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001477

TEMA

DIVERSIDAD SEXUAL-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

Las personas LGBTI - Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero e Intersex-, no sólo sufren discriminación materializada en su forma más extrema a través de situaciones de violencia física - asesinatos, palizas, agresiones sexuales-, y síquica -amenazas, coacción, privación arbitraria de la libertad y hasta el internamiento psiquiátrico forzado-, sino que además padecen discriminación oficial en forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad o les niegan empleos y acceso a los beneficios, estigmatizándolas al criminalizar, por ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo en privado, lo que resulta en un todo opuesto al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad, no discriminación, dignidad e integridad personal y a la vida privada.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001478

TEMA

PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS- DISCRIMINACION-CRITERIO DE RAZONABILIDAD-RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Corresponde precisar cual diferencia de trato es discriminatoria, siendo tal la que se base en criterios que no pueden ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, esto es cuando no se persigue un fin legítimo y no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, por lo que si el criterio diferenciador se corresponde con alguno de los protegidos por el artículo 1.1 del Pacto, a saber: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad, ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, el Estado está obrando arbitrariamente, incurriendo en violación a los derechos humanos.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA

(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Identificación SAIJ : IN001479

TEMA

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-ORGANISMOS ESPECIALIZADOS DE LAS NACIONES UNIDAS-CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN-IDENTIDAD DE GÉNERO-ORIENTACIÓN SEXUAL

Conforme los principios interpretativos aplicables, el de tutela más favorable a los derechos de la persona humana y pro persona, considerando las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comités de Naciones Unidas, cabe concluir que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana, quedando expresamente proscrita cualquier norma, acto o práctica que, basándose en la orientación sexual o identidad de género, discrimine a cualquier persona.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA

(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : PE000894

TEMA

ELECCIONES PRIMARIAS ABIERTAS SIMULTÁNEAS Y OBLIGATORIAS-LISTA DE PRECANDIDATOS-DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO O GÉNERO

Debe confirmarse la sentencia que había ordenado al apoderado de un partido político que presentó una lista de precandidatos a diputados nacionales integrada exclusivamente por mujeres, a presentar una nueva nómina compuesta por postulantes de ambos sexos, puesto que si bien es cierto que la ley 24.012 fue sancionada en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos, ello no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres, máxime cuando el art. 37 de la Constitución Nacional garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.37, Ley 24.012

FALLOS

CAMARA NACIONAL ELECTORAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Santiago H. Corcuera - Alberto Ricardo Dalla Vía - Martín Irurzun)

Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 - distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro 202 - distrito Santa Fe s/ elecciones primarias - elecciones 2017

SENTENCIA del 13 DE JULIO DE 2017

Identificación SAIJ : C0410407

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL
Corresponde hacer lugar a una demanda por daños y perjuicios derivados de un acto discriminatorio, por el cual se le impidió el ingreso a un hotel alojamiento a una pareja del mismo sexo, toda vez que a partir de la ratificación por parte del Estado Argentino de los instrumentos de derechos humanos y en especial a partir de la sanción de la ley 26.618, no queda espacio para reputar como justificada una decisión que implique una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.618

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala H (Fajre - Abreut de Begher - Kiper)
P.,D.N. c/ General Paz Hotel S.A. *419 s/ Daños y perjuicios
SENTENCIA del 16 DE DICIEMBRE DE 2016
Nro.Fallo: 16020019

Identificación SAIJ : Q0000901

TEMA

DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL
Corresponde disponer como medida preventiva urgente que la Asociación Amateur de Hockey sobre Césped y Pista del Valle de Chubut fiche a la actora, a quien se le había denegado la posibilidad de jugar en el club al que asiste desde que era adolescente por su condición de género, toda vez que tal negativa importa un acto discriminatorio, constitutivo de violencia institucional en los términos del art. 6, inc. b, de la Ley 26.485, por provenir de las autoridades de una organización deportiva que no cumple con su obligación de tratar a la denunciante con la identidad de género elegida por ella en el marco de su plan de vida, opción existencial en la que ni el Estado, ni los particulares, pueden entrometerse ni interferir (art. 19, Const. Nac.), en tanto que la Constitución Nacional garantiza un espacio vital donde imperan los valores del Estado Social y Democrático de Derecho, como el pluralismo, el respeto a la diferencia, y la inclusión de todos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19, LEY 26.485 Art.6

FALLOS

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA Nro 3 , RAWSON, CHUBUT
(Alesi)

J.M. s/ Violencia de género
SENTENCIA del 15 DE SETIEMBRE DE 2016
Nro.Fallo: 16150001

Identificación SAIJ : S0008394

TEMA

DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O GENERO-CUPO FEMENINO

Corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto contra la resolución que ordenó el cese inmediato de la discriminación por razones de género, y que estableció un cupo para la equitativa integración de género en el plantel de choferes de ómnibus, en tanto el Poder Judicial se encuentra obligado a adoptar decisiones que hagan efectivas las garantías y derechos establecidos en los tratados sobre derechos humanos, y el recurrente, con sus argumentaciones relativas a derecho común y cuestiones de hecho y prueba -pues centra su crítica en una pretendida falta de acreditación de conductas discriminatorias y ausencia de prueba del caso colectivo-, no logra rebatir todos y cada uno de los fundamentos que dan sustento a la decisión apelada, ni demuestra que medie una relación directa e inmediata entre las normas federales que invoca y lo debatido y resuelto en el caso, y que la decisión impugnada sea contraria al derecho invocado con fundamento en aquéllas.

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA

(Ernesto R. Samsón - Susana Graciela Kauffman de Martinelli - Marcelo Ramón Domínguez - José Gerardo Ruiz - Nelda del Milagro Villada Valdez)

Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica c/ Ahynarca S.A.; Tadelva y otros s/ piezas pertenecientes - amparo - recurso de apelación

SENTENCIA del 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15170042

Identificación SAIJ : J0041560

TEMA

PRUEBA DECISIVA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

La Corte Suprema de Justicia de Nación señaló que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable -de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja-, sino que 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; por ello en 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 de trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación; y sin duda alguna, la omisión de valorar la totalidad de la prueba incorporada a la causa a la luz de estos principios rectores y conforme a los términos en que se planteó la controversia, descalifica la conclusión arribada por la Cámara en cuanto a no tener por acreditada una discriminación por orientación sexual en base a fundamentos que resultan insuficientes para dar sustento constitucional a lo decidido.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)

S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16090000

Identificación SAIJ : J0041559

TEMA

DOCENTES-EMPLEADOS PUBLICOS-APTITUD PSICOFISICA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL

El recurso intentado ha de prosperar ya que, si bien el planteo de la compareciente remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho que en principio no autorizan la apertura de la instancia de excepción, la Cámara ha incurrido en arbitrariedad por omisión de valorar prueba que podía resultar conducente para arribar a una solución distinta del caso, desde que para afirmar que -contrariamente a lo propuesto por la recurrente- no consta que el inapto respecto a su aptitud psicofísica para ejercer la docencia haya comportado una discriminación por su orientación sexual ni que tal calificación haya albergado una desviación de poder, sólo se basó en la literalidad del documento que declaró su inaptitud y los documentos que le sirvieron de base, resultando tal conclusión dogmática e insuficiente al no reposar en un análisis completo de las constancias de la causa.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)

S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16090000

Identificación SAIJ : J0041561

TEMA

DOCENTES-APTITUD PSICOFISICA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL

La decisión de la Cámara luce inmotivada en tanto, al desestimar el reclamo indemnizatorio con fundamento en que no constaba que el certificado de inapto expedido por la Junta Médica hubiera comportado una discriminación por la orientación sexual de la recurrente o una desviación de poder, se desentendió -al analizar la legitimidad del obrar de las autoridades escolares- de las propias constancias de la causa donde en la instancia administrativa la docente inmediatamente de notificada de dicha certificación ofreció prueba de su parte que indicaba que no estaba afectada de dolencia o ineptitud alguna para el cargo. En tal contexto, para dilucidar la causal discriminatoria, se imponía analizar el puntual comportamiento de las autoridades en relación a la docente (durante el extenso período transcurrido) y si -en todo caso- habían omitido o no con razones valederas las diligencias para esclarecer la situación, como así también, los elementos probatorios aportados en la causa. (Del voto de la Dra. Gastaldi)

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)

S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16090000

Identificación SAIJ : S0008394

TEMA

DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O GENERO-CUPO FEMENINO

Corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto contra la resolución que ordenó el cese inmediato de la discriminación por razones de género, y que estableció un cupo para la equitativa integración de género en el plantel de choferes de ómnibus, en tanto el Poder Judicial se encuentra obligado a adoptar decisiones que hagan efectivas las garantías y derechos establecidos en los tratados sobre derechos humanos, y el recurrente, con sus argumentaciones relativas a derecho común y cuestiones de hecho y prueba -pues centra su crítica en una pretendida falta de acreditación de conductas discriminatorias y ausencia de prueba del caso colectivo-, no logra rebatir todos y cada uno de los fundamentos que dan sustento a la decisión apelada, ni demuestra que medie una relación directa e inmediata entre las normas federales que invoca y lo debatido y resuelto en el caso, y que la decisión impugnada sea contraria al derecho invocado con fundamento en aquéllas.

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA

(Ernesto R. Samsón - Susana Graciela Kauffman de Martinelli - Marcelo Ramón Domínguez - José Gerardo Ruiz - Nelda del Milagro Villada Valdez)

Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica c/ Ahynarca S.A.; Tadelva y otros s/ piezas pertenecientes - amparo - recurso de apelación

SENTENCIA del 23 DE NOVIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15170042

Identificación SAIJ : C2006151

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-PRUEBA-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL

Las personas trans no deben probar su condición de vulnerabilidad, ya que, por formar parte de un colectivo vulnerable, al solicitar tutela jurisdiccional y garantías de ser oídos, no tienen más carga que probar su pertenencia a dicho grupo.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)

G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)

SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015

Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006150

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-PRUEBA-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL

No debe ser objeto de controversia, por ser un hecho notorio, la existencia de violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género reales o percibidas de las personas y que ello constituye un patrón global y arraigado.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,

CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : A0076485

TEMA

ACTOS DISCRIMINATORIOS-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O GENERO-EMPRESA DE TRANSPORTE-TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS-VALORACION DE LA PRUEBA-CARGA DE LA PRUEBA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había admitido la demanda de amparo y había ordenado el cese de la discriminación por razones de género, disponiendo que las empresas de transporte público demandadas deberían contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, pues al concluir el a quo en que no se había acreditado un acto discriminatorio, no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, por lo 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 la actora en particular.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(LORENZETTI, HIGHTON, FAYT PETRACCHI, MAQUEDA)
Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14000071

Identificación SAIJ : A0076486

TEMA

ACTOS DISCRIMINATORIOS-PRUEBA

Para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los 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, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(LORENZETTI, HIGHTON, FAYT PETRACCHI, MAQUEDA)
Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14000071

Identificación SAIJ: C2005923

SUMARIO

DERECHO CIVIL-MATRIMONIO IGUALITARIO-DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO O GÉNERO-INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual (arts. 16 y 19, CN; art. 11, CCABA; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, entre otros, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sobre el Pacto ver especialmente la Observación General 20, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 22/05/09, que en su parte pertinente establece que: En 'cualquier otra condición social', tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto.").

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.172 al 188
Constitución Nacional Art.16 al 19

DATOS DEL FALLO

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADM. Y TRIB., CIUDAD DE BUENOS AIRES

(GABRIELA SEIJAS)

F., A. c/ GCBA s/ AMPARO

SENTENCIA del 10 DE NOVIEMBRE DE 2009

Identificación SAIJ: C0403481

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RELACIÓN DE DEPENDENCIA-DISCRIMINACIÓN LABORAL-DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO O GÉNERO

1- Uno de los problemas que presentan los actos discriminatorios emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria porque suele ser encubierta y disimulada y nunca en principio se hace en forma clara y expresa.

2- De tal manera si el actor acredito ser homosexual y portador de HTV —causas que generan actitudes discriminatorias— es la empleadora quien debe demostrar que hubo razones objetivas para que dejara de ascender y fuera trasladado a otra sucursal —por razones de mejor servicio— una vez que se hizo público su estado, y además que el empleado libre y voluntariamente extinguíó el vínculo laboral sin sentirse presionado a causa de la discriminación. Máxime cuando en el legajo hay constancia de anuales evaluaciones favorables que no fueron asentadas después que se conociera su enfermedad, lo que indica que algo varió en su carrera laboral. (Sumario Nº19125 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (KIPER, GIARDULLI, MAYO.)

M., M.J. c/ CITIBANK NA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

Identificación SAIJ: A0071251

SUMARIO

PARTIDOS POLÍTICOS-RECONOCIMIENTO DE PARTIDOS POLÍTICOS:IMPROCEDENCIA- ACTIVIDAD PROHIBIDA-DISCRIMINACION RACIAL O RELIGIOSA-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACIÓN SEXUAL

Corresponde confirmar la sentencia recurrida pues se observa que la decisión del tribunal de alzada de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO L. LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto)- ENRIQUE S. PETRACCHI - JUAN C. MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.)

Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal.

SENTENCIA del 17 DE MARZO DE 2009

Identificación SAIJ: C2000981

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO O GÉNERO: RÉGIMEN JURÍDICO ALCANCES-IGUALDAD ANTE LA LEY-IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-IGUALDAD DE TRATO

El Gobierno de la Ciudad no sólo debe abstenerse de incurrir en tratos discriminatorios, sino que está obligado, además, a desarrollar políticas activas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres y a modificar los patrones socioculturales estereotipados respecto de los papeles de masculino y femenino en todas las formas de enseñanza. (Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 10 inc. "c"; Constitución de la Ciudad, art. 38; Ley Nro. 474, art.7). En el subtile, el establecimiento educativo no ha cumplido con esa obligación legal, al destinar menos vacantes para las personas de sexo femenino por el simple hecho de existir menos aspirantes mujeres en los años precedentes. Asimismo, la política del Instituto consistente en asignar a las mujeres la práctica de ciertos deportes, excluyéndolas de otros tradicionalmente considerados "masculinos", trasunta una inadmisible discriminación que no se compadece con las obligaciones que la normativa aplicable impone. En este sentido, se manifiestan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 10 incisos b y g, y la Ley Nro. 474 artículo 13 incisos b y h. (Del voto de los Dres. Inés M-Weinberg de Roca y Carlos F-Balbín).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de Ciudad de Buenos Aires Art.38

LEY 474 Art.7

LEY 474 Art.13

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Weinberg de Roca y Balbín.)

Fundación Mujeres en Igualdad c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2000

VII | Discriminación racial o religiosa

Sumario nro. A0083110

TEMA

EDUCACION PUBLICA-LIBERTAD RELIGIOSA-FIESTAS RELIGIOSAS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-ACCION DE AMPARO-RECHAZO DE LA DEMANDA

TEXTO

Cabe rechazar la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resolución provincial que prevé en las escuelas públicas la conmemoración del "Día del Patrón Santiago" y del "Día de la Virgen del Carmen de Cuyo", pues las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición -a los alumnos y/o personal docente y no docente- de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación (Voto del juez Rosatti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti (según su voto))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo
SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2022

Sumario nro. A0083092

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-PRISION DOMICILIARIA-RESOLUCION DENEGATORIA-PROPAGANDA DISCRIMINATORIA

TEXTO

El recurso extraordinario deducido por la defensa del condenado por organizar y formar parte de una agrupación destinada a imponer sus ideas y combatir las ajenas por medio de la fuerza o el temor, y realizar propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión o grupo étnico, contra la resolución que le denegó el pedido de prisión domiciliaria, resulta inadmisible en razón de lo dispuesto en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosatti- Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Olea, Alan Emmanuel s/ incidente de recurso extraordinario
SENTENCIA del 12 DE AGOSTO DE 2022

Identificación SAIJ : A0078593

TEMA

IGUALDAD ANTE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

Una norma que no contiene una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparece como neutra porque no distingue entre grupos para dar o quitar derechos, puede, sin embargo, prima facie - aplicada en un contexto social- producir un impacto desproporcionado en un grupo determinado, en cuyo caso resulta necesario para analizar su constitucionalidad -ante el riesgo de una discriminación a ese grupo-

comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado justificando, en consecuencia, que el tribunal analice los efectos que su aplicación genera en la realidad.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078589

TEMA

IGUALDAD ANTE LA LEY-ACCIONES POSITIVAS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION
El principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinean categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.75

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078586

TEMA

CONSTITUCION PROVINCIAL-LIBERTAD RELIGIOSA-EDUCACION PUBLICA-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

El texto del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta que establece que "(.) los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones", replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia, y - entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas - en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual cabe afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación tal como

fue receptado en el art. 75, inciso 19 de la CN

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, CONSTITUCION PROVINCIAL Art.49

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078588

TEMA

EDUCACION RELIGIOSA-CONSTITUCION PROVINCIAL-EDUCACION PUBLICA-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

El inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta (que dispone que "son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (.) brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos") al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la autoridad religiosa, no solo favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante, sino que viola la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la CN

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19, LEY 7.546 Art.27

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078590

TEMA

IGUALDAD ANTE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo, considerando el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen. Todo lo cual conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más

estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078591

TEMA

IGUALDAD ANTE LA LEY-ACCIONES POSITIVAS-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION
Para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6º y sus citas).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo

SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : A0078592

TEMA

IGUALDAD ANTE LA LEY-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti (en disidencia parcial))

Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de

Salta s/ amparo
SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17000058

Identificación SAIJ : IN001498

TEMA

DICTAMEN PERICIAL-POBLACION INDIGENA-GENOCIDIO-GUATEMALA-DISCRIMINACION
Corresponde admitir el peritaje propuesto por la Comisión Interamericana, relativo a la situación de discriminación étnica padecida por poblaciones indígenas, antes, durante y después del conflicto armado en Guatemala -en el caso que se investiga la responsabilidad internacional del referido Estado por la masacre perpetrada por miembros de sus fuerzas armadas contra una veintena de personas pertenecientes a dichas poblaciones-, en tanto resultan involucradas cuestiones de orden público interamericano pues refleja los efectos del genocidio contra el pueblo indígena Maya durante dicho conflicto armado y la continuidad de la discriminación étnica subyacente a dicha situación.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA

(Sergio García Ramírez - Alirio Abreu Burelli Oliver Jackman - Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga - Manuel E. Ventura Robles - Francisco José Eguiguren Praeli)
Caso Coc Max y otros Vs Guatemala S/ Convocatoria a audiencia

SENTENCIA del 13 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570018

Identificación SAIJ : C2006332

TEMA

PROPAGANDA DISCRIMINATORIA
Corresponde ordenar el bloqueo del blog "La opinión prohibida" debido a que sus publicaciones incitan a la persecución o el odio contra la colectividad judía, pues el principio de libertad de expresión debe ceder frente a supuestos excepcionales como los que se verifican en la especie, no existiendo margen de duda sobre la ilicitud que ostentan las publicaciones referidas, no pudiendo invocarse una presunta restricción al proceso de difusión de ideas para mantener activas las agraviantes opiniones, pues no se advierte de qué modo enriquece a la opinión pública el uso de expresiones denigrantes como las que pueden advertirse de una simple lectura del portal.

FALLOS

JUZGADO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nro 2 , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Bentolilla)
La Opinión Prohibida, Blog s/ Art. 23592:3 Organización/Propaganda Discriminatoria - L.N. 23.592 (Penalización de Actos Discriminatorios)

SENTENCIA del 10 DE ABRIL DE 2017

Nro.Fallo: 17370006

Identificación SAIJ : 33022585

TEMA

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO-SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA-DISCRIMINACION RACIAL O RELIGIOSA-INEXISTENCIA DE CUESTION FEDERAL SUFICIENTE
No corresponde hacer lugar a la queja -y al RE interpuesto- al haberse rechazado el recurso de casación contra la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba si -tratándose de la imputación por el delito de realizar propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma y alentar o incitar a la persecución o el odio contra un grupo de personas a causa de su raza o religión, en calidad de autor (art. 45 CP, art. 3, primer y segundo párrafo, de la ley 23.592)- el a quo consideró debidamente fundada la oposición del MPF y no se demostró la existencia de cuestión federal alguna. (Dres. Figueroa, Borinsky y Hornos) .

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84
Art.45, Ley 23.592 Art.3*

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (ANA MARIA FIGUEROA - MARIANO HERNAN BORINSKY - GUSTAVO
MARCELO HORNOS)
García, Gaston Roberto s/ recurso extraordinario
SENTENCIA del 27 DE JUNIO DE 2016
Nro.Fallo: 16260267

Identificación SAIJ : 33022512

TEMA

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO-SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA-DISCRIMINACION RACIAL O RELIGIOSA-INEXISTENCIA DE CUESTION FEDERAL SUFICIENTE
No corresponde hacer lugar a la queja -y al RE interpuesto- al haberse rechazado el recurso de casación contra la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba si -tratándose de la imputación por el delito de realizar propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma y alentar o incitar a la persecución o el odio contra un grupo de personas a causa de su raza o religión, en calidad de autor (art. 45 CP, art. 3, primer y segundo párrafo, de la ley 23.592)- el a quo consideró debidamente fundada la oposición del MPF y no se demostró la existencia de cuestión federal alguna. (Dres. Figueroa, Borinsky y Hornos) .

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84
Art.45, Ley 23.592 Art.3*

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (ANA MARIA FIGUEROA - GUSTAVO MARCELO HORNOS - MARIANO
HERNAN BORINSKY)
García, Gaston Roberto s/ recurso de queja
SENTENCIA del 9 DE MAYO DE 2016
Nro.Fallo: 16260220

Identificación SAIJ: C1002650

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

La Cámara ha desconocido las observaciones sobre Argentina realizadas en el año 2004 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, donde exhortó al Estado Argentino a que aumente sus esfuerzos para mejorar las condiciones de protección y las salvaguardias en el caso de refugiados, en particular, facilitando servicios de interpretación (conf. punto 13). (Voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Luis F. Lozano)

Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

SENTENCIA, 6925/09 del 11 DE AGOSTO DE 2010 .

Identificación SAIJ: C1002537

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS-AMICUS CURIAE

La denuncia en estos autos acerca de la posible violación de derechos constitucionales por motivos racistas, satisface los requisitos mínimos en virtud de los cuales la figura del amicus curiae tuvo amplia recepción jurisprudencial. (Voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Mbaye, Ibrahima y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

SENTENCIA, 6448/09 del 1 DE JULIO DE 2009

Identificación SAIJ: A0071251

SUMARIO

PARTIDOS POLITICOS-RECONOCIMIENTO DE PARTIDOS POLITICOS: IMPROCEDENCIA- ACTIVIDAD PROHIBIDA-DISCRIMINACION RACIAL O RELIGIOSA-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL

Corresponde confirmar la sentencia recurrida pues se observa que la decisión del tribunal de alzada de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no

hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la ley nacional e internacional. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto)- ENRIQUE S. PETRACCHI - JUAN C. MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.)

Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal.

SENTENCIA del 17 DE MARZO DE 2009

Identificación SAIJ: 30007218

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA:CONFIGURACIÓN; REQUISITOS-DELITO DE PELIGRO

ABSTRACTO: ALCANCES

Se ha sostenido que "...la capacidad [para alentar o incitar a la persecución o al odio] debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir" (C.C.C. Fed. Sala II "Bonavota Liliana Graciela", c. nº 13.682, reg. 15.121, del 19/2/98). Así, expresiones tales como "El problema es el islam..., es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, Mahoma era un caudillo militar, viven con la glorificación de la espada....son militaristas de por sí....tienen un problema de convivencia con todas las demás religiones, donde están ellos hay problemas....adonde están ellos quieren matar...donde ellos son mayoría quieren matar a la minoría, donde son minoría quieren matar a la mayoría...son unos nazis de mierda, digamos la realidad, son unos nazis de mierda...y sabés lo que pienso? que con los nazis, como pasó en la segunda guerra mundial, no hay que negociar, hay que destruirlos, y sobre las cenizas hay que meter obligadamente la democracia liberal..., sino esto no tiene arreglo..." vertidas en un medio masivo de comunicación cinco días después de ocurrido un gravísimo atentado terrorista (11 de septiembre) atribuido al movimiento islámico talibán, cobran la aptitud requerida por el tipo penal para incitar o generar la persecución o el odio contra la comunidad islámica.

Es que tales palabras habrían fomentado la desvaloración del islamismo, generando un clima en el marco del cual los destinatarios de su discurso pudieron verse incitados a cometer actos de violencia o discriminación contra el grupo religioso en cuestión. Bien vale recordar, llegado el punto, que las características de la figura en análisis —específicamente, el hecho de que se trate de un tipo de peligro abstracto— requieren la corroboración de la aptitud o idoneidad de la conducta para generar el aliento o la incitación prohibida, no así la producción de un daño o peligro concreto.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Cavallo - Vigliani. J. 7. S. 14.) "CHERASNHY, G. s/ procesamiento".

SENTENCIA, 882 del 10 DE SETIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: 30007217

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LIMITES

Expresiones vertidas y difundidas en un medio masivo de comunicación tales como "el problema es el islam..., es una religión basada en el endiosamiento de la guerra, Mahoma era un caudillo militar, viven

con la glorificación de la espada....son militaristas de por sí....tienen un problema de convivencia con todas las demás religiones, donde están ellos hay problemas....adonde están ellos quieren matar...donde ellos son mayoría quieren matar a la minoría, donde son minoría quieren matar a la mayoría.. son unos nazis de mierda, digamos la realidad, son unos nazis de mierda.. y sabes lo que pienso? que con los nazis, como pasó en la segunda guerra mundial, no hay que negociar, hay que destruirlos, y sobre las cenizas hay que meter obligadamente la democracia liberal..., sino esto no tiene arreglo... no encuentran amparo en el derecho a emitir sus ideas libremente, en tanto por aplicación del test del peligro claro y actual al caso, condiciona la responsabilidad penal del imputado al hecho de que su discurso haya podido promover o incitar —en forma inminente— una acción ilegal —un mal sustancial que el Congreso se encuentra autorizado a impedir—.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Cavallo - Vigliani. J. 7. S. 14.) "CHERASNHY, G. s/ procesamiento".

SENTENCIA, 882 del 10 DE SETIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: 30007194

SUMARIO

CUESTIONES DE COMPETENCIA-ACTOS DISCRIMINATORIOS-DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA PRENSA-PUBLICACIÓN O REPRODUCCIÓN DE OFENSAS-COMPETENCIA POR EL TERRITORIO-COMPETENCIA FEDERAL
Es competente el juez federal de la localidad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, para intervenir en la causa tramitada por infracción a la Ley 23.592, si las expresiones discriminatorias, fueron vertidas en la Ciudad de Lujan, aún cuando las mismas hayan sido reproducidas en un diario de amplia difusión nacional editado en esta Ciudad de Buenos Aires.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Cattani - Luraschi - Irurzun. J. 10. S. 19.)

"Incd. de...DI MONTE, R. s/ infrac. Ley 23.592".

SENTENCIA, 22706 del 5 DE AGOSTO DE 2004

Identificación SAIJ: 30007092

SUMARIO

CUESTIONES DE COMPETENCIA-DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-FIGURA AGRAVADA COMPETENCIA FEDERAL: IMPROCEDENCIA

No es competente la Justicia Federal si los hechos que se investigan en la causa no van mas allá de una estricta motivación particular, sin perjuicio del agravamiento de la ley invocada.

Es que en esta clase de supuestos, en que las disposiciones de la Ley 23.592 sólo vienen a agravar un delito previsto por el Código Penal o en sus leyes complementarias, se advierte la necesidad de extremar los recaudos mediante un análisis más exhaustivo respecto de la efectiva concurrencia de un interés nacional en juego que permita fundar en el caso concreto la competencia de este fuero restrictivo y de excepción, para lo cual es preciso recurrir a las reglas contenidas en el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación. Tal es la doctrina de Fallos 290:362; 293:483; 300:940; 306:1391;

313:631 y 315:311. Entonces, no hallándose involucrado en el caso un funcionario nacional y pudiéndose descartar que el hecho investigado haya afectado de cualquier forma la seguridad de la Nación ni surge, además, otro extremo que la habilite, no es competente la justicia federal.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Cattani - Luraschi. J.4. S.8.)

“Incid. de incomp. de MIZRAJI, Carlos J.”. s/ .

SENTENCIA, 22216 del 23 DE MARZO DE 2004

Identificación SAIJ: 30007041

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-ARCHIVO DE LA CAUSA: EFECTOS-COSA JUZGADA

INEXISTENCIA DE DELITO-DELITO DE ACCIÓN PRIVADA-CALUMNIAS E INJURIAS

El archivo de la causa por no constituir la conducta denunciada el delito de discriminación social racial o religiosa, al no constituir cosa juzgada, no impide la prosecución de otra causa de acción privada, iniciada por el mismohecho y por calumnias o injurias.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala I (Cavallo - Vigliani. J. 12. S. 23.)

“GRONDONA, Julio H. s/ archivo”.

SENTENCIA, 79 del 24 DE FEBRERO DE 2004.

Identificación SAIJ: 30007042

SUMARIO

DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA: ALCANCES; ATIPICIDAD

Expresiones públicas tales como “...los judíos no llegan a ser árbitros de primera división en el fútbol argentino porque el mundo del fútbol es algo difícil, trabajoso. A los judíos no les gusta las cosas difíciles...”, no obstante resultar desafortunadas e incompatibles con cuanto importa el debido respeto y la armónica convivencia que debe existir entre las distintas razas y credos, y que se advierte como objetables desde lo ético y por lo tanto imposibles de ser compartidas, en modo alguno alcanzan aconformar un delito de acción pública. En particular, la ley 23.592 reprime a quien participe de una organización o realice propaganda orientada a la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa de cualquier forma, o a quien aliente o incite a la persecución o el odio (art. 3º), circunstancias que en modo alguno emergen de los hechos denunciados. En este sentido, y con relación a las acciones de alentar o incitar, adviértase que estos comportamientos no se configuran “...con un aislado comentario de corte discriminatorio, salvo que éste se hallara enderezado a animar, dar vigor, mover o estimular a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas...”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala I (Cavallo - Vigliani. J. 12. S. 23.)
“GRONDONA, Julio H. s/ archivo”.
SENTENCIA, 79 del 24 DE FEBRERO DE 2004

Identificación SAIJ: 30006901

SUMARIO

RECURSO DE APELACIÓN (PROCESAL)-DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA-
QUERELLANTE -CALIDAD DE PARTE-PROCEDENCIA DEL RECURSO

Quien ha sido legitimado procesalmente para actuar como querellante, exclusivamente respecto de la calificante del hecho principal —Ley 23.592, art. 2— posee aptitud recursiva, además, en lo tocante a dicho hecho.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art.2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Cattani - Luraschi - Irurzun)

BERAJA, Rubén E. s/ queja por apelación.

SENTENCIA, 19.566 del 3 DE DICIEMBRE DE 2002.

Identificación SAIJ: 30006946

SUMARIO

CALUMNIAS E INJURIAS: CONFIGURACIÓN-DISCRIMINACIÓN RACIAL O RELIGIOSA
COMPETENCIA FEDERAL

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la Ley 23.592 es de naturaleza federal por cuanto “reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad (Fallos 322:3578).

Por ello el hecho calificado por el fiscal como amenazas e injurias agravadas por las circunstancias previstas en el art. 2 de la Ley citada consistente en haberle expresado al custodio de una sinagoga “Que haces acá, vos quien sos.. judío de mierda...son todos unos judíos de mierda...Yo no te conozco, ahora bajo y te pego un tiro” constituye un hecho que debe ser investigado por la justicia federal y no la justicia común como lo propone dicho funcionario o por el Fuero Contravencional de la Ciudad Autónoma como lo resolvió el Magistrado de la instancia anterior.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.592 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Cavallo - Vigliani)

SEGAL, Luciano G. s/ incompetencia

SENTENCIA, 34.566 del 1 DE OCTUBRE DE 2002

DOCTRINA

La responsabilidad disciplinaria por violencia de género en el empleo público

SALGAN RUIZ, LEANDRO G.

Publicación: www.saij.gob.ar, 1 DE DICIEMBRE DE 2021

TEMA

EMPLEO PUBLICO-FUNCIONARIOS PUBLICOS-RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PUBLICO-RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-VIOLENCIA LABORAL-VIOLENCIA DE GENERO-MOBMING-DISCRIMINACION DE LA MUJER

TEXTO

I.- INTRODUCCIÓN.

La violencia laboral representa un fenómeno que impactó en la legislación laboral de Francia, Italia, España y Perú que visibilizó la necesidad de un procedimiento expedito y rápido que brinde una respuesta a la víctima(2).

El mobbing consiste en una conducta sistemática, reiterada y prolongada en la que el agresor tiene como objetivo el daño al trabajador lo que genera reparación económica en el fuero laboral entre otras consecuencias(3).

En nuestro país el inciso c) del artículo 32 de la Ley N° 25.164 lo incorporó expresamente dentro de la prohibición referida a valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas ajenas a la función pública lo que constituye una falta grave(4).

Sus consecuencias negativas se proyectaron no sólo sobre los derechos fundamentales de la víctima sino que se extiende sobre el ambiente de las relaciones laborales(5).

Una de las derivaciones se concretó en el síndrome de desgaste profesional que ya se trata de una patología que exige un tratamiento de enfermedad profesional a través de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo(6).

Más allá de que el mobbing configura una injuria laboral que extingue la relación de empleo del trabajador afectado se observó la carencia en el ámbito público de herramientas efectivas para la implementación de la legislación nacional en la materia debido a la parcialidad del sumario disciplinario sumado a la exclusión del régimen disciplinario del personal jerárquico y terceros.

Aunque la jurisprudencia y la legislación avanzaron en la protección del trabajador lo cierto es que en la actualidad persiste la dificultad de su prueba lo que ofreció dificultades para su plena vigencia.

Ciertamente la jurisprudencia muestra que la prueba indiciaria, testimonial y pericial hoy aparecen como medios idóneos para acreditar de modo suficiente el nexo de causalidad adecuado entre el hecho esencial y el daño producido(7).

Frente a la acción repetida de acoso y discriminación a la mujer del funcionario público el deber del Estado no se agota sólo en prevención y erradicación de la violencia de género en el ámbito público sino que especialmente consiste en la aplicación de sanciones disciplinarias(8).

Así aparece la necesidad de determinar la responsabilidad disciplinaria por conductas de violencia en el ámbito público como el "acoso laboral" y "violencia de género" descriptas que inciden en la observancia de los deberes y prohibiciones del régimen disciplinario.

II.- DESARROLLO.

2.1- Mandato convencional de enfoque de derechos.

Para que el procedimiento administrativo especial proteja un derecho fundamental inherente a los sujetos protegidos por la Constitución Nacional deviene necesario un juicio de ponderación atenuado por la Administración Pública.

Por un lado, el inciso 22 del artículo 75 CN incorporó Tratados(9) y Declaraciones(10) de derechos humanos con jerarquía constitucional. Desde la redacción original se incorporó un nuevo instrumento de protección de derechos

humanos.

Forma parte del derecho federal cuyo procedimiento formal de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico requiere de un acto federal complejo donde interviene el Poder Ejecutivo y el Congreso. Los instrumentos de protección de derechos humanos son compatibles con los principios de derecho público.

A nivel internacional nuestro país adhirió a la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU), de Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (11), Convención de Belém do Pará (12) (OEA) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Por un lado, la Convención Interamericana Belém do Pará (13) define a la violencia contra la mujer a: "(...) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (...)" la que se puede dar: "(...) por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra (...)".

Por el otro, el artículo 2º de la Convención CEDAW: "(...) discriminación contra la mujer" "...denotará 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 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" (...)".

La Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer: "(...) Los Estados partes son responsables de prevenir tales actos u omisiones de sus propios órganos y agentes mediante (...) la aplicación de sanciones legales o disciplinarias adecuadas, así como de la concesión de reparación, en todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer (...).

En esta dirección, el inciso 23 del artículo 75 CN impone un mandato positivo de actuación (14) para que los poderes públicos dentro de su órbita de actuación promuevan y fomenten un trato igualitario para las mujeres.

Se enfoca sobre los derechos fundamentales de las mujeres reconocidos por la legislación. Aunque el legislador ha sancionado diversas normas (15) lo cierto es que nos vamos a detener en algunas de enorme actualidad y con impacto directo en nuestra disciplina. A nivel nacional la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales (16).

El artículo 4º prescribe: "(...) toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal (...)".

En materia de ofrecimiento, control y producción de la prueba en el procedimiento, las leyes N° 26.485 (17) y N° 27.499 hace necesario que desde el Poder Ejecutivo se diseñe un enfoque convencional del régimen disciplinario de empleo público.

Ello así toda vez que ese cauce primario se integra hoy con la CEDAW y Convención de Belém do Pará que exige modulaciones en los medios de prueba, acreditación el hecho y no revictimización de la denunciante (18).

2.2.- Pautas para el tratamiento y análisis de la denuncia.

Desde el año 1999 el Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA) incorporó la presencialidad para las audiencias en la sustanciación de las informaciones sumarias y sumarios disciplinarios. Esa regla se extendió a las declaraciones que el Instructor recibe del denunciante.

Para determinar la responsabilidad disciplinaria en la órbita de la Administración Pública Nacional el órgano de investigación sustancia audiencias presenciales durante el sumario o información sumaria.

En efecto, el RIA (19) habilitó al Instructor Sumariante (20) para que impulse y conduzca el trámite del procedimiento. Así a través de los medios probatorios alcanza la verdad material respecto a la materialidad del hecho sujeto a investigación.

Ciertamente el Decreto N° 467/99 consagra el deber jurídico del abogado del Estado de fijar y dirigir las audiencias de prueba (21). Este letrado de

planta permanente(22) de la Oficina de Sumarios recibe personalmente la declaración del denunciante(23). Cuando el funcionario recibe una denuncia(24) y promueve un sumario o información sumaria en esa jurisdicción, el Instructor citará al denunciante para su ratificación o ampliación(25).

El Máximo Tribunal tiene dicho que: "(...) si el denunciante en un procedimiento sumarial pretende hacer efectiva la responsabilidad civil de los agentes públicos o del Estado, en virtud de haber sufrido algún daño, deberá actuar por la vía correspondiente y no demandar intervenciones improcedentes de la Corte en materia de Superintendencia (...)"(26).

Dicho esto, el artículo 16 de la Ley N° 26.485 prescribe: "(...) los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías (...)".

Asimismo el inciso k) precisa la necesidad de: "(...) contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades (...)".

Podemos apreciar una modificación sustancial de las facultades que posee el simple denunciante en un procedimiento administrativo que difiere de la jurisprudencia.

En consonancia con el artículo 16 de la Ley N° 26.485 la denunciante deberá ser escuchada personalmente por el órgano de investigación siempre que así lo requiera y su opinión deberá ser tenida en cuenta.

2.3.- Patrocinio letrado especializado, gratuito y obligatorio.

El inciso a) del artículo 16 de la Ley N° 26.485 reconoce el derecho a un: "(...) patrocinio jurídico preferentemente especializado (...)".

Se advierte que el legislador prioriza la protección de la presunta víctima de violencia de género y permite que un tercero ajeno al expediente conozca las actuaciones sin ser parte en el procedimiento sumarial.

A través de la Ley N° 27.210 se creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género cuya función consiste: "(...) Difundir los servicios de patrocinio jurídico y asesoramiento legal integral en las diferentes jurisdicciones, organismos, entes y dependencias de la Administración Pública Nacional (...)".

Actualmente a través del Decreto N° 744/2021 dicho Cuerpo pasó al ámbito de las funciones en el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Así se garantiza la especificidad e integralidad en la intervención, mayor dinamismo y mejores condiciones para un abordaje integral de las personas en situación de violencias por motivos de género.

En consecuencia, para la realización de tales actos podrá designar un abogado de su confianza. Podrá solicitar se le designe patrocinio letrado gratuito. La persona denunciante tendrá derecho a ser acompañada por una persona de su confianza, con fines exclusivos de contención, en cualquier acto, pericia o audiencia que requiera su presencia.

2.4.- La amplitud de los medios y fuentes de prueba.

Cuando se requiere un esclarecimiento del hecho que motivó el sumario o la información sumaria, el Sumariante citará al testigo(27) para ser interrogado sobre sus circunstancias bajo juramento de decir verdad(28).

La regla de la presencialidad de las audiencias durante el desarrollo de una investigación administrativa obedece a la inmediación y cercanía con el hecho principal que el Instructor investiga y la necesidad de su constatación para definir la responsabilidad disciplinaria del agente público.

El inciso i) del artículo 16 de la Ley N° 26.485 consagra una: "(...) la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos (...)".

Coherentemente el artículo 31 dispone que rige: "(...) el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica", y cuya aplicación pondrá :"(...) las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes

(...)".

Se podrá recibir declaraciones del agente público(29) en carácter de sospechado(30), sumariado(31) o testigo(32).

A estas audiencias adicionamos otros medios probatorios de cargo tales como la confesional(33), instrumental(34), informativa(35) y la inspección ocular(36) con sus formalidades esenciales respectivas. Por aplicación del principio de no revictimización se considera inapropiado el careo(37) y la prueba pericial(38).

Así se impone hoy al órgano de investigación de la Administración que deberá articular un procedimiento que permita la amplitud probatoria dados la característica de los hechos denunciados.

2.5- La tipificación de la falta grave y carga de la prueba del acto discriminatorio.

La presunción de inocencia implica un estado de culpabilidad del funcionario público que sólo cederá ante una falta administrativa que se constata durante el desarrollo de la etapa de investigación del sumario administrativo. La carga de la prueba de su tipificación recae exclusivamente sobre el órgano de investigación que lo conduce.

Ello se concreta en un cargo administrativo que se materializa dentro plazo de prescripción de la acción disciplinaria y respetando la congruencia del hecho principal fijado en la orden de sumario.

La tipicidad de la falta disciplinaria requiere que concurran de modo simultáneo los siguientes elementos: materialidad del hecho punible, conducta violatoria del funcionario público por acción y/o omisión, dolo o culpa en su factor de atribución subjetivo y finalmente el grado real de afectación a un bien jurídico tutelado en el caso concreto.

En cuanto a la materialidad del hecho rige el principio de verdad material. En efecto, el artículo 30 de la Ley N° 26.485 precisa que toda medida de prueba ordenada: "(...) para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material (...)".

En cuanto a la conducta violatoria el inciso e) del artículo 32 de la Ley N° 25.164 prescribe: "(...) toda acción, omisión, segregación o exclusión realizada en forma reiterada por un agente que manifieste abuso de la autoridad que le confieren sus funciones, cargo o jerarquía, influencia o apariencia de influencia, que tenga por objeto o efecto la degradación de las condiciones de trabajo susceptibles de afectar los derechos, la dignidad, de los trabajadores, de alterar su salud física y mental y/o comprometer su futuro laboral; o al consentimiento de dichas conductas en el personal a su cargo sin hacerlas cesar; pudiendo ser estas acciones de naturaleza sexual o moral, para beneficio propio o de un tercero, bajo las posibles formas de maltrato físico, psíquico o social, acoso u hostigamiento moral, acoso sexual, homofóbico o discriminación por género (...).

Finalmente la comisión de esta falta se considera: "(...) falta grave en los términos del artículo 32 inciso e) del Anexo a la Ley N° 25.164, en virtud de lo previsto en el artículo 37 inciso i) del presente. De manera similar se procederá en los casos del personal comprendido por la Ley de Contrato de Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 de dicha norma o la que la sustituya (...)".

Para acreditar el hecho denunciado se requiere modulaciones en la carga de la prueba(39). Ello siguiendo las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Pellicori"(40) y "Sisnero"(41) respectivamente.

Por un lado, resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia.

Por el otro, del lado del denunciado le 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.

Así se impone hoy al órgano de investigación de la Administración que tipifica la falta que deberá invertir parcialmente la carga de la prueba para probar el hecho discriminatorio dados la dificultad que presenta.

2.6.- Modulaciones del acto conclusivo.

El inciso d) del artículo 16 de la Ley N° 26.485 dispone que: "(...) su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte (...)" y asimismo el b) le asegura el derecho: "(...) obtener una respuesta oportuna y efectiva (...)".

La medida consiste en la supresión de toda práctica y norma de cualquier naturaleza que agrave la situación jurídica del afectado durante el proceso. En materia de estilo la democracia lectora impone un lenguaje claro para las decisiones de la Administración Pública.

Por un lado, el Decreto N° 336/17 estableció los lineamientos de estilo para que redactemos una Comunicación Oficial, Dictamen, Disposición, expediente electrónico, informe, mensaje, providencia, proyecto de decisión administrativa, proyecto de decreto y resolución.

Cada documento -producido o digitalizado- por el GDE con firma digital tiene el carácter de original y puede ser reproducido en soporte papel conservando esa condición.

Por el otro, el Decreto N° 891/17 aprobó las Buenas Prácticas en materia de simplificación. Especialmente nos interesa la comunicación eficiente, clara y precisa tanto hacia dentro como fuera del ámbito de las jurisdicciones del Sector Público Nacional (42).

Creo que ofrece un mensaje simplificado y accesible para el ciudadano y con él la posibilidad de ejercer adecuadamente derechos fundamentales ante el Estado reduciendo tiempo y esfuerzos económicos.

Dicho esto, a cada sanción disciplinaria le corresponde su respectivo supuesto de aplicación (43). La configuración y clasificación de cada hecho se ajusta a su respectivo estatuto (44). Tratándose de una falta grave procede la cesantía por incumplimiento (45) de los deberes (46) y prohibiciones (47) reseñados.

Si se trata de una cesantía (48) corresponde en el nivel central al Secretario de Estado y en el nivel descentralizado o desconcentrado a su titular (49). Se podrá sustanciar los procedimientos de sanción directa o sumario disciplinario.

La finalidad perseguida por la Constitución Nacional consiste en promover la igualdad estructural de los derechos fundamentales del individuo como integrante de un grupo de desventajados (50). El trámite del cauce primario hace necesario que avancemos hacia un examen de adecuación de su procedimiento administrativo. Ciertamente el Decreto N° 467/99 configura un medio técnicamente idóneo para promover ese fin constitucional ya que su objeto crea una situación jurídica activa inalterable como respuesta específica y diferenciada en sede administrativa.

Adecuado a su finalidad del Constituyente culminaremos con su examen de proporcionalidad en sentido estricto. Desde el principio de proporcionalidad opera el juicio de ponderación donde produce un análisis de las consecuencias. Ello conduce a que se examine la dimensión de peso de la decisión adoptada desde el grado de intensidad de afectación al derecho fundamental en juego.

Nuestro punto de partida para analizar la proporcionalidad comienza con el reconocimiento del Poder Ejecutivo Nacional de la situación de vulnerabilidad estructural y económica de ciertos colectivos (51).

A partir de esta vulnerabilidad visibilizada por la Administración Pública se impone un primer examen respecto a la idoneidad del acto favorable. Indudablemente ello nos conduce a confrontar la finalidad del acto con el propósito perseguido por el Constituyente en la reforma de 1994.

Así se impone hoy al órgano con facultades decisorias para dictar el acto conclusivo que deberá tener en cuenta la opinión de la denunciante.

III.- CONCLUSIONES.

Para asegurar un trato igualitario y no discriminatorio en el empleo público el legislador consagró deberes y prohibiciones en el régimen disciplinario.

En virtud del artículo 124 de ese Convenio Colectivo N° 214/2006 la comisión de cualquier acto de violencia laboral configura falta grave en los términos del artículos 32 inciso e) y 37 inciso i) del Anexo a la Ley N° 25.164.

Asimismo lo extiende para el personal que se rige por la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 que procederá de acuerdo al artículo 242 de dicha norma.

Este trabajo indagó acerca de las estrategias y técnica procesales para investigar cuando la conducta cometida por el funcionario configura una falta administrativa cuya tipificación incumbe al Instructor Sumariante durante la

etapa de investigación del sumario disciplinario y que por su gravedad conduce a la aplicación de sanciones disciplinarias.

En materia de ofrecimiento, control y producción de la prueba en el procedimiento, las leyes N° 26.485 y N° 27.499 hacen necesario que desde el Poder Ejecutivo se diseñe un enfoque convencional del régimen disciplinario de empleo público.

Ello así toda vez que ese cauce primario se integra hoy con la CEDAW y Convención de Belém do Pará que exige modulaciones en los medios de prueba, acreditación del hecho y no revictimización de la denunciante(52).

Notas al pie:

1)Leandro G. Salgan Ruiz, Doctorando en Derecho (Universidad Kennedy). Magister en Abogacía del Estado (UNTREF). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Especialista en Contratos Administrativos (ECAE). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE). Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado (ECAE). Abogado (UBA). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con actividad docente de grado y postgrado. Autor de artículos publicados en revistas especializadas. Expositor en jornadas, congresos, diplomaturas, cursos y seminarios. Docente Investigador (UBA) integrante de los Proyectos de Investigación DECYT y del Seminario Permanente de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de la Procuración del Tesoro de la Nación.

2)Cfr. AGURTO GONZÁLES, Carlos - TAMAYO MELGAR, Christian (2009); "El fenómeno mobbing y su impacto en el mundo jurídico contemporáneo: algunas breves reflexiones"; IJ Editores - Argentina IJ-XXXVI-380.

3)Cfr. ALENA, Víctor (2008); "Acoso laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo: "Mobbing". Síndrome de desgaste profesional: "Burnout" o "estar quemado"; IJ Editores - Argentina IJ-XXXI-107.

4)Cfr. GONZÁLEZ DE LELLIS, María Carolina (2002); "Semejanzas y diferencias entre el nuevo y el antiguo régimen de empleo público"; RAP N° 294; pp. 195-205.

5)Cfr. DALLO, Francisco G. (2014)- Zurbriggen, Andrea V.; "Mobbing"; Revista Jurídica del Litoral - Número 2 - Diciembre 2014 IJ-LXXV-173.

6)Cfr. COLLADO, Julia (2011); "Extinción del vínculo por la causal de "violencia laboral"; IJ Editores - Argentina IJ-XLII-652.

7)Cfr. BABUGIA, Marinés (2016); "Evolución jurisprudencial para los casos de acoso laboral"; Revista de Derecho del Trabajo de Mendoza - Número 6 - Diciembre 2016; IJ-CCXIX-88.

8)Cfr. IVANEGA, Miriam M. (2016); "Respuesta positiva a la violencia de género en el empleo público"; RAP N° 451; pp. 69-78.

9)Ver Convención Americana de Derechos Humanos (Ley N° 23.054); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N° 23.313); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley N° 23.313); Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio (Decreto Ley 6286/1956); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley N° 17.722); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley N° 23.179); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles Inhumanos o Degradantes (Ley N° 23.338) y Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 23.849).

10)Ver Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos.

11)Ver Ley N° 24.632.

12)Ver inc. 22 art. 75 CN.

13)Ver Ley N° 24.632.

14)Ver inc. 23 del art. 75 CN.

15)Ver Leyes N° 25.673, N° 25.808, N° 25.929, N° 26.061, N° 26.364, N° 26.150, N° 26.130, N° 26.618, N° 26.743, N° 27.234, N° 26.862, N° 26.791, N° 27.412, N° 27.452, N° 27.533 y 27.455.

16)Cfr. SILVA, Cristina Isabel (2009); "La Ley Nro. 26.485 sobre "Protección Integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"; elDial DC10D1.

17)Cfr. ZANNONI, Eduardo A. (2009); "Reflexiones a propósito de la Ley N° 26.485 y las perspectivas de género, la no discriminación y el discurso jurídico"; Revista Jurídica (UCES) - Número 13 - 2009 IJ-LXV-543.

18)Cfr. CNCAF, Sala III "Nievas, Eduardo Saturnino c/ E.N. - M° Seguridad -

GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg. " (Causa N° 48.074/15) sentencia del 28 de mayo de 2021.

- 19)Ver Dto. 467/99.
- 20)Ver el Anexo I art. 10 Dto. 467/99.
- 21)Ver inc. c) art. 10 Dto. 467/99.
- 22)Ver art. 6° Dto. 467/99.
- 23)Ver art. 33 Dto. 467/99.
- 24)Ver art. 32 Dto. 467/99.
- 25)Ver art. 33 Dto. 467/99.
- 26)CS, Fallo 1037: 319.
- 27)Ver arts. 75 y 76 Dto. 467/99.
- 28)Ver art. 82 Dto. 467/99.
- 29)Ver el art. 5° Dto. N° 467/99.
- 30)Ver el art. 62 Dto. N° 467/99.
- 31)Ver el art. 61 Dto. N° 467/99.
- 32)Ver el art. 76 Dto. N° 467/99.
- 33)Ver el art. 94 Dto. N° 467/99.
- 34)Ver el art. 103 Dto. N° 467/99.
- 35)Ver el art. 105 Dto. N° 467/99.
- 36)Ver el art. 106 Dto. N° 467/99.
- 37)Ver el art. 90 Dto. N° 467/99.
- 38)Ver el art. 95 Dto. N° 467/99.
- 39)Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2019); "Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y las discriminaciones encubiertas- Comentario al fallo "Sisnero, Mirtha G. y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo" de la CSJN"; elDial DC1D05.
- 40)Cfr. CS; Fallos 334:1387.
- 41)Cfr. CS; Fallos 337:611.
- 42)Ver art. 11 Dto. N° 891/16.
- 43)Ver el art. 27 de la Ley N° 25.164.
- 44)Cfr. CS; Fallos 259:266.
- 45)Ver inc. e) art. 32 Ley N° 25.164.
- 46)Ver art. 23 Ley N° 25.164.
- 47)Ver art. 24 Ley N° 25.164.
- 48)Ver art. 32 Ley N° 25.164.
- 49)Ver art. 38 Decreto N° 1421/2002.
- 50)Cfr. CSJN; Fallos 340:1795; Consid. 18.
- 51)Ver art. 2° Resol. N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.
- 52)Cfr. CNCAF, Sala III "Nievias, Eduardo Saturnino c/ E.N. - M° Seguridad - GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg. " (Causa N° 48.074/15) sentencia del 28 de mayo de 2021.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 1 DE DICIEMBRE DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 744/2021, Constitución de la Nación Argentina Art.75, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.242, LEY 25164 Art.32, LEY 26.485 Art.16, LEY 26.485 Art.30, LEY 26.485 Art.31, LEY 26.485, LEY 27.210, LEY 27.499, DECRETO NACIONAL 336/2017, DECRETO NACIONAL 467/1999, DECRETO NACIONAL 891/2017

REF. BIBLIOGRAFICAS

- ACOSTA DE ARCHIMBAL, María Liliana (2019); "Violencia laboral. Visibilizar lo invisible"; Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado N° 2.
- ASENSIO, Raquel (2019); "Breves comentarios sobre la Ley N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales"; elDial DC1211.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2019); "Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y las discriminaciones encubiertas- Comentario al fallo "Sisnero, Mirtha G. y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo" de la CSJN"; elDial DC1D05.
- SILVA, Cristina Isabel; BELLO Silvia Rita; SALGADO María Cristina (2019);

"La licencia por violencia de género: un paso más en pos de la ampliación de derechos de las mujeres en situación de violencia. El rol de las asociaciones sindicales"; elDial DC2231.

-YUBA, Gabriela (2018); "Acerca de la Ley Nacional 27.452 sobre el "Régimen de reparación económica para las niñas, niños y adolescentes"; elDial DC259C.

-LEIVA, Paula A. - BILLONE, María F. (2018); "Violencia de género"; Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal - Número 1 - Noviembre 2018; IJ-DXXXVIII-119.

-COPPOLA, Nicolás D. (2018); "Hacia un concepto amplio de violencia de género"; Revista Jurídica de San Luis - Número 3 - Abril 2018; IJ-DXXXIII-978.

-ILLESCA, Cristian D. (2018); "La responsabilidad del Estado y del funcionario ante la violencia familiar y de género"; IJ Editores - Argentina IJ-DXXXVIII-838.

-BABUGIA, Marinés (2016); "Evolución jurisprudencial para los casos de acoso laboral"; Revista de Derecho del Trabajo de Mendoza - Número 6 - Diciembre 2016; IJ-CCXIX-88.

-IVANEGA, Miriam M. (2016); Respuesta positiva a la violencia de género en el empleo público"; Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 451; pp. 69-78.

-DALLO, Francisco G. (2014)- Zurbriggen, Andrea V.; "Mobbing"; Revista Jurídica del Litoral - Número 2 - Diciembre 2014 IJ-LXXV-173.

-PICÓN, Liliana Noemí (2014); "La horizontalidad de los derechos fundamentales y la carga probatoria en los reclamos por discriminación"; elDial DC1CD2.

-IVANEGA, Miriam M. (2013); "La discriminación, el acoso en el empleo público y la afectación de la igualdad"; Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 418; pp. 245-254.

-LOTURCO, Carlos A (2013); "La nueva reglamentación del Empleo Público". Procuración del Tesoro de la Nación. Jornada Taller"; Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 294; pp. 27-30.

-COLLADO, Julia (2011); "Extinción del vínculo por la causal de "violencia laboral"; IJ Editores - Argentina IJ-XLII-652.

-BRODSKY DE PETRIC, Marta B. y FISOLO (2011), Matías; "La violencia laboral"; elDial DC1666.

-BIRGIN, Haydee (2009); "Algunos comentarios sobre la ley nro. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres"; elDial DC10FA.

-ZANNONI, Eduardo A. (2009); "Reflexiones a propósito de la Ley N° 26.485 y las perspectivas de género, la no discriminación y el discurso jurídico"; Revista Jurídica (UCES) - Número 13 - 2009 IJ-LXV-543.

-SILVA, Cristina Isabel (2009); "La Ley Nro. 26.485 sobre "Protección Integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"; elDial DC10D1.

-AGURTO GONZÁLES, Carlos - TAMAYO MELGAR, Christian (2009); "El fenómeno mobbing y su impacto en el mundo jurídico contemporáneo: algunas breves reflexiones"; IJ Editores - Argentina IJ-XXXVI-380.

-ALENA, Víctor (2008); "Acoso laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo: "Mobbing". Síndrome de desgaste profesional: "Burnout" o "estar quemado"; IJ Editores - Argentina IJ-XXXI-107.

-GONZÁLEZ DE LELLIS, María Carolina (2002); "Semejanzas y diferencias entre el nuevo y el antiguo régimen de empleo público"; Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 294; pp. 195-205.

Los ejes de la perspectiva de género y el lenguaje claro en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires

HERRÁN, MAITE

Publicación: LA LEY, RCCyC, AR/DOC/2963, 15 DE NOVIEMBRE DE 2021

TEMA

DERECHOS HUMANOS-PROTECCION DE LA MUJER-DISCRIMINACION DE LA MUJER-VIOLENCIA DE GENERO-DERECHOS DE LA MUJER-PERSPECTIVA DE GENERO-RESOLUCIONES JUDICIALES- LENGUAJE CLARO-CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL-PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TEXTO

I. Introducción.

Por las presentes líneas pretendemos discurrir en un preliminar y breve análisis del proyecto de Código de rito que se encuentra en plena etapa germinal, con especial relación a las pautas nodales mencionadas en el título del presente.

Inicialmente cabe señalar que, con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, la modificación procesal que lo acompañe devenía imperiosa, pues los procedimientos se convirtieron incluso en ajenos en algunos casos a la constitucionalización del derecho de familia que nos rige hoy.

La Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), declara la convicción de que las familias, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Luego de la reforma constitucional, el art. 75, inciso 23 impone que el Estado debe asumir la concreción de 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.

En otro orden de ideas, como efecto de la pandemia COVID-19 se produjeron innumerables avances en la modernización del servicio de justicia en la provincia de Buenos Aires, que ameritan ser receptados de manera normativa para superar la creación pretoriana y/o doctrinaria y recibir asilo legislativo.

En esta línea tendiente a modernizar el servicio de justicia, el expediente digital también adquiere un papel central. Seguramente, esta iniciativa podría haber generado alguna resistencia prepandemia, pero, a raíz de ella, si algo positivo se ha podido rescatar de este contexto extraordinario casi de ciencia ficción, es la importancia de lo digital para optimizar el desarrollo de los procesos y, junto a ello, acortar los tiempos que constituye una de las grandes claves en términos de tutela judicial efectiva (1).

En las siguientes líneas nos ocuparemos de algunos puntos del proyecto que han convocado nuestra atención.

II. Interpretar, conciliar y juzgar con perspectiva de géneros.

El proyecto impone como deber de juezas y jueces tal mirada, lo cual no podemos sino aplaudir.

La violencia contra las mujeres constituye un problema mundial con proporciones de epidemia. Las estadísticas demuestran que, en todo el mundo, una de cada tres mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida (2).

El concepto de violencia de género permite advertir que las relaciones entre hombres y mujeres no son igualitarias y que en la sociedad persiste una imagen desvalorizada de las mujeres. También que, a diferencia de otras formas de agresión, el factor de riesgo o vulnerabilidad es el hecho de ser mujer.

En años recientes, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha

ampliado de manera progresiva sus formas de intervención y, en particular, ha dirigido su mirada hacia la situación de distintos grupos afectados por discriminación y violencia, entre ellos las mujeres y los colectivos LGBTI.

Los avances del derecho en la satisfacción de las necesidades y demandas de ciertos grupos no son producto del azar, la casualidad o el accidente, sino que a menudo responden a la activa labor política de los propios excluidos. Los movimientos de mujeres y feministas tuvieron un rol muy particular en los procesos de interpelación y reforma legal. También lo han tenido otros activismos sociales antidiscriminación, tales como aquellos que denuncian el racismo, el etnocentrismo y la heteronormatividad (3).

Las críticas feministas se enfocaron en la exclusión y/o subrepresentación de las mujeres en el temprano proceso de diseño y aplicación del DIDH; en el lenguaje androcéntrico a través del cual los tratados generales de derechos humanos usualmente se expresan; en la centralidad de la dicotomía público/privado en el reconocimiento de los derechos y en la determinación de los alcances de las obligaciones estatales; y en la invisibilidad o minimización de ciertas problemáticas que impactan de manera diferencial y desproporcionada según el género(4).

También se detuvieron en los límites de las miradas occidentalizadas y en su impermeabilidad a la heterogeneidad de modalidades de dominación de género existentes, que no afectan a todas las mujeres por igual, ni a las mujeres únicamente.

Entre las estrategias desplegadas para abordar estos cuestionamientos, hay por lo menos dos que parecen haber tenido una particular relevancia en el campo legal. Una de ellas, la de releer los instrumentos internacionales generales de derechos humanos en clave de "diversidad", a efectos de develar el restrictivo ideal de "persona" que instituyeron las interpretaciones tradicionales de sus disposiciones, resignificarlas y extender así sus protecciones hacia colectivos sociales excluidos.

Otra, la de generar normativa de protección específica, orientada a la protección de estos colectivos o a la atención de situaciones, demandas y exigencias que prevalecen en sus comunidades.

En relación con las víctimas de discriminación y de violencia de género, una muestra de la primera puede verse en la acción de distintos organismos internacionales, que a través de recomendaciones generales, informes temáticos, opiniones consultivas o resolución de casos contenciosos han reinterpretado cláusulas de tratados generales de Derechos Humanos para honrar en mayor medida su promesa de universalidad y progresividad.

Una muestra de la segunda, a su vez, puede identificarse en la sanción de normas tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y su Protocolo Facultativo (1999); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994); y en la labor de sus órganos de monitoreo, que fueron especificando con mayor detalle sus disposiciones y las obligaciones que implican para los Estados.

En general, el derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades masculinas. Por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres. Estas circunstancias hacen que el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas, incluidas entre ellas, la necesidad de procesar las denuncias de hechos de violencia contra las mujeres con una perspectiva de género.

Si bien cada instancia y materia tiene sus propias particularidades procesales y sustantivas, es posible hacer una abstracción del proceso mediante la cual se llega a una resolución o sentencia y verificar que, en todas sus etapas, es posible aplicar la perspectiva de género. Para lograr esta tarea se deben tener en cuenta estas premisas(5):

a) El fin del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

b) El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.

c) El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia, un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho.

Juzgar con perspectiva de género, implica un esfuerzo intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre mujeres y hombres para visualizar allí las situaciones de opresión de un género sobre otras basadas en una relación de desigualdad. La violencia de género es una problemática multicausal, por lo tanto, debe ser abordada desde un enfoque interdisciplinario con el objetivo de minimizar el riesgo que implica y sus efectos. De lo contrario, se corre el peligro de juzgar desde una mirada sesgada sin considerar el contexto y las características que tienen las personas que padecen violencia.

Juzgar con perspectiva de género transmite a toda la sociedad el mensaje de que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas y deben ser reparadas.

Por mandato constitucional y convencional debemos intervenir y juzgar con perspectiva de género: este será el único modo de realmente hacer justicia y permitir el logro efectivo de la igualdad.

La transversalización de la perspectiva de género requiere de la interseccionalidad.

Descolocar al hombre varón como modelo de lo humano es central a la transversalización de la perspectiva de género porque su objetivo principal es lograr la igualdad de géneros. Para lograr esta igualdad se requiere no solo transformar las estructuras mentales, sociales e institucionales desiguales en estructuras iguales y justas para hombres y mujeres y basadas en la igual valoración de lo asociado con lo masculino y lo femenino, sino que se requiere además de la transformación de todas las estructuras e instituciones que mantienen todas las otras desigualdades y discriminaciones basadas en la etnia, clase social y económica, edad, discapacidad, orientación sexual, entre otras.

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo.

La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres.

Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del art. 4º de la Convención y la Recomendación General 25 (6).

III. Lenguaje claro y justicia abierta (7).

El proyecto menciona como otro de los deberes de los jueces y las juezas la manda de "utilizar un lenguaje claro, sencillo y conciso en toda actuación oral o escrita, y adecuar razonablemente el lenguaje de las decisiones y comunicaciones judiciales en función de las destinatarias y destinatarios".

Una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información.

El lenguaje claro propone técnicas para comunicar a los destinatarios de la información lo que necesitan saber de una forma directa y sencilla, con una estructura gramatical simple.

El lenguaje claro simplifica la forma, pero no su contenido. Es decir, redactar en lenguaje claro no supone una simplificación en sentido negativo ni una actitud condescendiente hacia el receptor. Implica claridad y precisión, pero no pérdida de contenido.

El lenguaje claro en el ámbito de la actividad judicial se presenta como una manera de comunicación, destinada a que los usuarios del servicio de justicia comprendan integralmente las decisiones judiciales, a través de una información precisa, útil y de fácil comprensión.

Se pretende garantizar, de esta manera, una participación ciudadana,

tendiente no solo en asegurar dar intervención, sino también brindar la información adecuada para que esa participación no sea vulnerada con una información incompleta, o poco comprensible, recargada de tecnicismo jurídico o de ambigüedades, las cuales dificultan el entendimiento y consecuentemente a ello, al ejercicio de los derechos u obligaciones de las personas.

En materia judicial y sus prácticas, no se puede hablar de tutela judicial efectiva, garantía de defensa en juicio, debido proceso constitucional, acceso a la justicia y/o derecho a ser escuchado; si no nos aseguramos previamente de que los verdaderos protagonistas hayan comprendido de lo que se gestiona, tramita y decide en un caso judicial.

Por eso decimos que el lenguaje claro enaltece el "derecho a entender", pues es a partir de ese derecho que se permite el ejercicio de los otros: como el respeto a la familia, a la educación, la cultura, el acceso a la justicia, la libertad, salud, bienestar, entre otros, implicando para en el caso de este sector vulnerable, una garantía de Tutela Judicial efectiva, el que se toma en serio su participación, haciéndola inclusiva a partir de una información adecuada a su receptor (niños, niñas, adolescentes y jóvenes).

Un estudio que realizó una ONG en 2015 muestra que un 17% de la población forma parte de la administración pública tanto a nivel nacional como provincial. La gran mayoría son personas que han cursado la carrera de derecho y que están acostumbradas a escribir o hablar con un lenguaje técnico y de difícil comprensión para un ciudadano común. Pero si la gran mayoría de la población no habla de esta manera, (por qué no nos comunicamos de forma clara y sencilla para que todos entiendan lo que decimos? Una justicia moderna es una justicia que puede ser comprendida y ejercida por toda la ciudadanía (8).

El lenguaje no solo debe ser claro, sencillo, sino también inclusivo y accesible, lo que implica tener en cuenta las personas con discapacidad, las diferencias interculturales, etarias y de género, con lo cual -remarcaron- "se necesita incorporar a los grupos o colectivos en las distintas instancias de elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas que aborden estas temáticas".

La propuesta del lenguaje claro tiene por objetivo una comunicación más eficaz y democrática. Por ese motivo, incorporar esta perspectiva al trabajo diario supone un beneficio tanto para quien participa como para la organización en la que se desempeña.

La sentencia es uno de los escritos más relevantes del proceso judicial, dada la trascendencia que conlleva tanto para el ciudadano afectado en la causa como para toda la comunidad amparada bajo el mismo régimen jurídico. Por otra parte, es uno de los géneros más complejos, puesto que incluye fragmentos de otros textos y discursos de diverso origen (demandas, declaraciones de testigos, informes periciales, leyes y normas, etcétera).

Hoy la ciudadanía demanda que, al igual que otros documentos de carácter público, las decisiones judiciales estén expresadas en un lenguaje transparente y comprensible.

La claridad en la comunicación con los ciudadanos genera confianza, inclusión, aumenta la legitimidad democrática y consolida el compromiso con la norma y el buen funcionamiento de la sociedad.

El lenguaje claro es la puerta de entrada a la democracia: significa comprender la comunicación. Un documento o mensaje en lenguaje claro privilegia un léxico, sintaxis y contenidos apropiados al lector, tiene un diseño que permite ubicar lo importante enseguida, se entiende con una lectura y, además, cumple con los requisitos legales; en definitiva, es comprensible.

IV. Conclusión.

En el plano internacional existe un nutrido desarrollo de estándares que emarcan la violencia de género como una violación de derechos humanos y que describen los deberes que se desprenden de las obligaciones de respetar, garantizar el goce y prevenir las violaciones de estos derechos.

El tránsito de las promesas jurídicas de igualdad formal entre los sexos hacia el ideario de la igualdad sustantiva, interpretada según el principio antidiscriminación o, con más exigencia, como mandato contra la subordinación estructural basada en el género, ha caracterizado las luchas del feminismo a partir de mediados del siglo XX y del movimiento por la diversidad sexual desde las últimas décadas del siglo pasado.

En ese trayecto, se ha producido una enorme expansión de las normas

nacionales e internacionales que exigen la igualdad y prohíben los tratos inequitativos por género, ya sea en la forma de las prohibiciones generales de discriminación por sexo adoptadas en constituciones o tratados de derechos humanos, o a través de marcos regulatorios específicos sobre violencia, discriminación laboral o salud sexual, por citar solo algunos.

Si se tiene un compromiso vital con la igualdad de los géneros, se puede incorporar una perspectiva de género en la interpretación judicial, sin que por ello se vulnere la imparcialidad o independencia del juez o jueza, más bien todo lo contrario, si no se interpreta con una perspectiva de género, no se es imparcial ni independiente porque sin la incorporación de esta perspectiva se cae necesariamente en la parcialidad hacia los hombres y en la dependencia de estereotipos y prejuicios construidos sobre la creencia de que el varón es el modelo de lo humano.

En forma concomitante con esta densificación de los marcos normativos que promueven la equidad de género han ido surgiendo también nuevas generaciones de reflexiones feministas sobre las políticas públicas y la juridicidad (9).

Luego de la reforma de la legislación civil y comercial por el nuevo Código Civil y Comercial y la implementación de la llamada oralidad en los procesos de conocimiento del fuero civil y comercial de la provincia de Buenos Aires a partir del 1º de agosto de 2016, se imponía una revisión de las normas procesales que regulan estos procesos en el ámbito de la provincia.

La imagen negativa con la que cuenta el Poder Judicial, debido, entre otras cosas, a la demora en la tramitación de los procesos, generaba la necesidad de introducir cambios en el modo de gestionarlos para hacer operativos los principios de celeridad, economía procesal e inmediación (10).

El Código se enrola tanto la igualdad como la perspectiva de géneros integran la noción de derechos humanos.

El abordaje del problema de la violencia de género es inseparable de la situación de discriminación de las mujeres.

Se ha señalado al respecto que la discriminación por razones de género que subsiste en nuestras sociedades influye tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes de género, y en la forma en que responden las autoridades a cargo de procesar tales denuncias. Esas respuestas ineficientes y actitudes indiferentes también permiten la perpetuación de la violencia contra las mujeres (11).

La segunda matriz rectora gira en torno a otra temática que en los últimos tiempos ha alcanzado un lugar preponderante como lo es el lenguaje claro y sencillo.

No se trata solo del lenguaje sino de repensar nuestros comportamientos y nuestras prácticas, nuestra forma de comunicarnos tanto de manera oral como escrita con las personas que acuden a nuestra ayuda para resolver sus problemas.

El lenguaje claro es una corriente que privilegia los contenidos concisos y ordenados pensando en el destinatario del mensaje. Busca simplificar la lectura y facilitar la comprensión de los textos, para garantizar el derecho a entender.

El lenguaje claro es clave para mejorar nuestra justicia, pues aboga por una gestión transparente y abierta.

La sociedad nos interpela a nuevas formas de respuestas que deben tener como horizonte la apuesta a la construcción de más y mejores derechos para la progresividad de los derechos humanos.

Los dos ejes temáticos desarrollados en este comentario que se incorporan a la legislación procesal se encuentran fundados en valores constitucionales, convencionales, democráticos y republicanos por los que debemos abogar.

Notas al pie:

(*)Maite Herrán, Jueza de Familia N° 5 del Departamento Judicial La Matanza.

1) HERRERA, Marisa, "Un anteproyecto que viene a revivir viejas y adoradas épocas: Debatir códigos, repensar procesos, reformar la justicia", cita on line: TR LALEY AR/DOC/2603/2021.

2) PNUD, Podemos vivir sin violencia. La acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la violencia hacia las mujeres en Argentina, abril 2009.

3) FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, "Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana" Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 17 (marzo de 2017). Universidad Torcuato Di Tella.

4) CHARLESWORTH, Hilary, "(Qué son los "derechos internacionales de la

mujer"?", en Cook, Rebecca (Ed.), Derechos Humanos de la Mujer, Ed. Profamilia, 1997; CHARLESWORTH, Hilary, "Feminists critiques of International Law and their critiques", en Third World Legal Studies, Vol. 13, Article 1, 1995; FRIES, Lorena y LACRAMPETTE, Nicole, "Feminismos, género y derecho", en Lacrampette, Nicole (Ed.), Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, entre otros.

5) REARTE, Pamela, HERRÁN, Maite, "Sin perspectiva de género, no hay justicia" elDial DC2B69.

6) Comité CEDAW, Recomendación General No 28 relativa al artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, del 16 de diciembre de 2010.

7) International Plain Language Federation.

8) <https://www.infobae.com/opinion/2020/10/13/el-lenguaje-claro-es-clave-para-mejorar-nuestra-justicia/?outputType=amp-type#:~:text=Juan%20Bautista-Mahiques,-13%20de%20Octubre>.

9) BERGALLO, Paola (coord. gral.) ALUMINÉ MORENO; "Hacia políticas judiciales de género" prefacio de Diana Maffia, Jusbaires, Buenos Aires, 2017. Libro digital, pdf.

10) VAL, Marcos "El proceso ordinario de conocimiento en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Cita online: TR LALEY AR/DOC/1669/2020.

11) Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero"), 16/11/2009. Serie C No. 205, párr. 164.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: LA LEY, RCCyC, AR/DOC/2963

Fecha: 15 DE NOVIEMBRE DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 23.179, Ley 24.632

A propósito del fallo "Montani" de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza: un escrutinio de la doctrina de la Drittewirkung Der Grundrechte según los aportes de Jürgen Habermas

ZAPPINO VULCANO, VICTORIA

Publicación: www.saij.gob.ar, 9 DE ABRIL DE 2021

TEMA

DESPIDO-IGUALDAD DE GENERO-TRATO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-DERECHOS FUNDAMENTALES

TEXTO

I) Sucinto introito a la propuesta:.

En la etapa naciente del año 2020, el Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza dictó un pronunciamiento que incorpora un peldaño de incontrovertible trascendencia para contribuir a la extrapolación, hacia el terreno laboral, de la igualdad de género formalmente reconocida en el ordenamiento jurídico. Al entender en el marco de las actuaciones "Montani, Tribio Daniela c/ Tramat S.A. y otro p/ Despido" (2) merced a los recursos extraordinarios locales deducidos por sendos contradictores, la Suprema Corte local admitió la pretensión formulada por la demandante en aras de lograr una equiparación salarial con sus colegas varones que, tal como ella, desempeñaban funciones en calidad de gerentes de las empresas patronales.

Las singulares características de dicha contienda, cuyo quid giró en torno a la ilicitud del comportamiento desplegado por las empleadoras al retribuir a la accionante mediante haberes inferiores a los abonados a sus homólogos varones, representan una ocasión nada desdeñable para rememorar la influencia y utilidad que la doctrina alemana de la Drittewirkung Der Grundrechte ("DDG") ha proyectado como andamiaje teórico para garantir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interprivados. Si bien la elaboración aludida acusa más de seis décadas de existencia al momento de trazar las presentes líneas, lo cierto es que el repertorio de vulneraciones al acervo de derechos y garantías de máxima jerarquía jurídica se renueva con insistencia en la praxis material. Esa porfiada lógica reaviva también la vigencia del tópico y las interpelaciones dirigidas a los operadores jurídicos enrolados en tal tesis, con una tácita -pero estridente- invitación a que redoblen sus esfuerzos cavilatorios para continuar forjando respuestas verdaderamente superadoras; robustas en términos de dogmática jurídica, a la par que fecundas en la faz práctica.

Con esa vocación procederemos a efectuar una breve reseña de las singularidades del pronunciamiento bajo estudio, para luego desplazar el foco hacia el estudio de la doctrina DDG bajo el prisma de las aportaciones político-jurídicas que Habermas ofrece al reflexionar sobre los paradigmas del Derecho, las transformaciones sufridas por la matriz normativa durante el tránsito del Estado liberal hacia el Estado Social y, asimismo, sobre la dignidad como componente ingénito de los derechos humanos.

II) Plataforma fáctica, temperamentos iniciales y cimientos argumentativos del caso "Montani":.

Con relación a las facetas del litigio que merecen señalamiento a los fines del presente ensayo, resulta pertinente destacar que la accionante habíase desempeñado en calidad de "gerenta del área de legales" al sucesivo favor de las sociedades demandadas desde el 2006 hasta el ocaso del nexo contractual, concretado en 2014. Conforme expuso en tren de conferir sustrato fáctico a sus pretensiones, durante el discurrir de tal relación sus empleadoras le propiciaron un trato manifiestamente discriminatorio respecto del extendido al resto de trabajadores varones que ostentaban idéntica categoría profesional, materializado a instancias de una gestualidad conductual nutrida. Entre los

diversos que aquella reprocha, emergieron con singular impacto una triada de distinciones, los cuales luego devendrían determinantes para que los magistrados intervenientes resuelvan del modo anticipado:.

- a) el desconocimiento formal de su status profesional como gerenta, enmascarado en los recibos de haberes a la zaga del eufemismo "jefe";.
- b) el abono de haberes ostensiblemente inferiores a los percibidos por los referidos colegas masculinos;.
- c) su marginación de los incrementos salariales reconocidos a tales pares;.
- d) la rebaja arbitraria e injustificada de sus remuneraciones;.
- e) el abono de haberes en forma fraccionada, hasta en cuatro (4) cuotas mensuales.

Tales diferenciaciones fueron fehacientemente constatadas mediante el repertorio evidenciario recabado en la causa, sin que -según emana de la literalidad del decisorio- la patronal haya siquiera ensayado pretextos o justificación alguna, cimentados sobre circunstancias objetivas o motivos organizativos relevantes y funcionales, que permitan otorgar cariz de legalidad a dicho proceder. El escenario descripto, signado por un patente menoscenso profesional y remuneratorio en detrimento de la pretensor -única subordinada mujer que desempeñaba dicho rol-, motivó que los magistrados intervenientes consideren diáfana la "intencionalidad contra el género femenino que subyació en el accionar de la demandada cuando mantuvo un trato evidentemente discriminatorio hacia la actora respecto de los demás compañeros hombres que cumplían idéntica función". Esto es, una conducta prohibida - tanto en sus móviles como en sus efectos- por el frondoso plexo normativo citado (3) y -en particular- por imperio de la directriz universal de igualdad y no discriminación.

Con puntal en esos relevamientos fácticos, adquiere incuestionable pertinencia el desarrollo en el que se embarca la Suprema Corte mendocina para suministrar contenido específico al principio igualitario ante hipótesis en las que, como ocurría en el caso, el trato segregatorio dispensado no constituya un fenómeno aislado, sino -antes bien- la manifestación de un contexto de discriminación estructural. Allende de las críticas que puedan formularse contra las técnicas argumentativas explotadas por los magistrados para edificar los cimientos del decisorio y los cauces silogísticos por los que fluye el pronunciamiento (4), no puede desconocerse que los aportes allí ofrecidos alcanzan para ilustrar cómo esa coyuntura segregacionista impacta en una doble vertiente. Esto es, en tanto génesis y en tanto explicación de las desigualdades de jure y de facto que menoscaban a ciertos colectivos, como resultado de una situación de exclusión social, vulnerabilización, sometimiento histórico y sistemático, apuntalada sobre complejas prácticas sociales, prejuicios identitarios⁵ y afianzadas creencias.

Las substanciosas dimensiones que la sentencia explora con respecto a la discriminación por razones de género probablemente invisibilicen la relevancia de las temáticas que aquí se procura abordar. Empero, como se desprende de la reseña volcada supra, la atribución de eficacia de los derechos fundamentales vis-à-vis terceros constituye uno de los ejes medulares de la decisión adoptada, a pesar de que los judicantes intervenientes hayan eludido detenerse en su análisis, en lo que acaso podría decodificarse como una saludable distracción, representativa del afianzamiento de la doctrina en el ámbito vernáculo.

Como reiteradamente ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expedirse sobre los amplios alcances del art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica (6), la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Frente a ella es incompatible toda situación que conduzca a tratar con privilegio a determinado grupo por considerarlo superior o que, a la inversa, propicie un trato hostil por calificarlo inferior, segregándolo del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no lucirían incursos en tal situación. En la etapa contemporánea de la evolución del derecho internacional, el principio señero de igualdad y no discriminación luce asentado, definitivamente y sin cortapisas, en el dominio del jus cogens. Sobre aquel descansa el andamiaje jurídico del orden público vernáculo e internacional; su esencia impregna cada faceta, peldaño y dimensión del esquema normativo imperante (7).

Inserto por fin en un corpus positivo (arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y despojado así de las suspicacias que cuestionaban su existencia merced a la falta de recepción expresa en una

estructura jurídica global, el jus cogens alcanza pleno impacto como aquella la expresión de un movimiento intelectual de moralización del Derecho, que tiende a preservar los principales valores del sistema internacional, a fijar límites más concretos a la autonomía de la voluntad de los Estados y -en definitiva- a obtener garantías de que las normas fundamentales nunca más serán violadas impunemente (8). Su emergencia y consolidación en el régimen normativo contemporáneo da contenido a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento legal mundial, erigido sobre estribos en donde se entreteje el componente jurídico con el imperativo ético-moral(9). El designio del jus cogens reposa, por tanto, en tender un manto de tutela tanto sobre los Estados como asimismo sobre los ciudadanos de la aldea global individualmente considerados, que los proteja de conductas y acuerdos celebrados en vulneración de los valores e intereses generales de la comunidad internacional; resguardo imprescindible para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede, a la postre, afectar la esencia misma del sistema (10).

III) La metamorfosis histórica de los derechos fundamentales.

Si bien las restricciones espaciales apremian un abordaje inmediato del estado actual del debate, sacrificar la realización de un bosquejo histórico en el altar de la brevedad reduciría la presente propuesta a un incomprensible acopio de concepciones huérfanas de toda identidad coyuntural témporo-espacial que les confiera sentido. De allí que resulte ineludible rememorar, cuanto menos, algunos hitos decisivos en el largo periplo que decantó en el reconocimiento de la vigencia erga omnes de los derechos fundamentales, con el objetivo de articular adecuadamente la evolución de la herramienta teórica aquí examinada, símbolo antonomástico del constitucionalismo moderno.

III).a. Repertorio conceptual habermasiano: sociedad, praxis histórica, construcciones jurídicas y paradigmas del Derecho.

Desde las grandes codificaciones, las proposiciones del ordenamiento positivo hallan como designio medular comunicar a sus destinatarios qué normas han de considerarse vigentes, mensaje orientado a proveer los cimientos que utilizaría la dogmática jurídica en su labor exegética del Derecho. Mientras que la teoría del Derecho, una de sus dimensiones doctrinarias, luce encaminada a la formulación de abstracciones generalizadoras entre el precepto abstracto y el caso particular, la historia del Derecho dirige su mirada hacia los contextos sociales en los que está inserto el Derecho como dispositivo de control conductual y de los que también se nutren, naturalmente, los supuestos básicos que implícitamente escoltan la a la administración de justicia y la práctica legisferante. A entender de Habermas, emergen así profundos enlaces de mutua interdependencia, soterrados pero latentes con vivacidad para los implicados, a través de los cuales se influyen objetivamente el sistema jurídico vigente y el entorno social circundante, pero también subjetivamente mediante el retrato que los juristas formulan de tales contextos y la imagen que el resto de los interlocutores sociales se formulan sobre aquellos¹¹. La emergencia -motu proprio o coactiva- de tales relaciones permite divisar un incontestable rasgo de la dialéctica jurídica: los expertos no sólo decodifican el significado de los heterogéneos dispositivos normativos bajo el tamiz contextual que esas proposiciones observan en el corpus del Derecho, sino que también lo hacen desde el horizonte de una comprensión predefinida de la sociedad contemporánea, brújula capital que guía cada paso del proceso hermenéutico. Ello conduce al autor a postular que, en esta lógica, la interpretación del Derecho será siempre y ante todo una réplica a los desafíos inherentes a un determinado estadio social, percibido de una determinada manera.

Según lo dicho, una de las cardinales faenas del historiador jurídico consistirá en decodificar las gravitaciones concretas que las perspectivas dominantes proyectan en la configuración de la semántica jurisprudencial y, a raíz de ello, en la anhelada materialización del plexo normativo. Su objeto de estudio persigue arrojar diafanidad al modelo social de un orden jurídico dado, iluminar su esmerilada morfología y exponer bajo la refulgencia del día aquella traza oculta, imperceptible a primera vista por permanecer escondida bajo el manto de la continuidad literaria, humanista y literal de la tradición científica (12).

No obstante tal labor, existen algunos pasajes cruciales del texto legal que

delatan un diagnóstico implícito del presente, y los segmentos de las Cartas Políticas destinados a introducir derechos humanos son, sin margen para el titubeo, la representación antonomástica de ello. A diferencia del Derecho técnicamente preconfigurado para la praxis por los juristas, los derechos fundamentales anúncianse cual enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas reaccionarias contra experiencias concretas de vulneración a la dignidad humana. Parafraseando a nuestro autor de cabecera, resuena en su interior el eco de la injusticia padecida que, a instancias de la flamante directriz jurídica, pasa a ser negada palabra por palabra. El pensamiento que rige las preocupaciones, el accionar y el norte de los revolucionarios hacedores de cada Constitución habitúa a perpetuarse indeleble en sus términos, exhibiéndose abiertamente para todo operador jurídico que pretenda descifrarlos, pues su vocación primera reside en modular el horizonte de expectativa del futuro que se posee a la época de su confección. Unir la memoria del acto fundacional encarnado y bosquejar el sistema de derechos que pretende heredarse a favor de las nuevas generaciones, exige que sus autores desplieguen significativos esfuerzos para lograr que el texto acuñado goce de una claridad idónea para alumbrar e informar los senderos de la sociedad futura, formando un eslabón determinante en nuestra comprensión paradigmática del Derecho.

Al referirse a las expresiones acuñadas con el objeto de desentrañar qué noción paradigmática que una determinada época social posee sobre el Derecho ("ideal social", "modelo social" o "visión social"), Habermas explica que -con prescindencia de ciertos matices- en todos los casos dichas locuciones aluden esas imágenes implícitas de la propia sociedad, que ofrecen una perspectiva para la producción legisferante y la aplicación del andamiaje jurídico. Esto es, en otra terminología, el otorgamiento de un perfil determinado a la realización de aquella unión de integrantes libres e iguales que, según el ideal abrazado, constituye la "comunidad jurídica". Descendiendo a través de dicha concepción universal y con apoyatura en la visión que Kübler construye sobre la base de la fenomenología social, un paradigma jurídico alude a la "construcción social de la realidad" que subyace en el discurso jurídico sobre los hechos; es decir, en la descripción y valoración de los derroteros fácticos y modos de funcionamiento de los regímenes sociales de acción: "los 'hechos' son expectativas de comportamiento y motivaciones del comportamiento, referidas recíprocamente las unas a las otras, interacciones humanas, pequeñas partículas de la gran corriente de recursos sociales trabados de múltiples modos unos con otros. O dicho más exactamente: no son estos recursos mismos, sino las representaciones que el tribunal se hace de esos recursos" (13).

Con similar orientación, Habermas también incorpora la perspectiva de Steiner, bajo cuya óptica la "visión social" aparece representada por aquellas concepciones implícitas de los jueces sobre la configuración social pasada, presente y futura, que se erige como coyuntura sobre la cual, en oportunidad de fundamentar sus decisiones, bosquejan los hechos y extrapolan la norma general al caso particular. Constituye una percepción jurídica común acerca de la sociedad (v.gr. estructuras socioeconómicas, patrones de interacción, objetivos morales, ideologías políticas, etc.), de los agentes sociales que la integran (e.g. el carácter de su conducta, sus aptitudes, etc.) y de los incidentes acaecidos (i.a. sus causas, volumen y repercusiones). Tales elementos serán correspondidos no sólo por un determinado conjunto de observaciones empíricas, sino además por un cierto repertorio de caracterizaciones valorativas y, abrazadas a ellas, sentimientos de censura o aprobación, que habrán de integrarse holísticamente para operar como mar de fondo de los pronunciamientos jurisdiccionales (14).

En función de lo dicho hasta aquí, algunas conclusiones decantan por su propio peso. La interpretación del plexo normativo, inclusive de los dispositivos que ostentan la más alta raigambre jurídica, pueden sufrir fluctuaciones hermenéuticas al compás de los distintos contextos sociales que vayan cediéndose entre sí la plaza de vigencia. Si la decodificación de los derechos luce sujeta a tal volatilidad, parece justo sostener que la luz que arroja dicho proceso sobre los escenarios sociales se refracta formando un espectro representativo, a la sazón, de los paradigmas jurídicos históricamente cambiantes. Toda praxis, cualquiera sea su naturaleza y sus aristas insitas, viene situada en cierto esquema histórico; en consecuencia, los agentes sociales que efectivamente procuren dilucidar los significados que esa praxis posee desde una concepción universal, harían bien en inaugurar sus exámenes de la realidad a partir de la forma histórica concreta que esa praxis

posee para ellos mismos (15).

III).b. Del derecho formal burgués hacia el modelo social.

Tradicionalmente, las declaraciones de derechos han emergido como rebeliones libertarias contra el Estado absolutista (luego renovado con la pátina liberal), a fin de dotar a los agentes privados de instrumentos jurídicos que les confieran amparo ante los abusos provenientes de los poderes públicos (16). Los rasgos ingénitos a ese período permiten comprender el hincapié que los primitivos manifiestos de tutela legal volcaron hacia los derechos de libertad, seguridad personal y propiedad privada, esferas que ahora estribaban sobre el poder político-administrativo de un novedoso modo bífrente: en forma negativa, imponiendo el deber de no interferir en el ejercicio libre del derecho, y en forma positiva, traduciéndose en la obligación de garantizar el efectivo goce de las libertades naturales. En tal clave, la noción de igualdad gravitaba sobre la conciencia general únicamente desde un contenido formal, como instrumento para garantizar una cierta seguridad jurídica que se abastecía en la praxis a partir de un absoluto respeto de las clasificaciones personales recogidas por las normas, de la previsibilidad e invariabilidad de los criterios exegéticos empleados para extrapolar a la práctica los dispositivos universales del ordenamiento jurídico y asimismo, en relación inferencial con tales premisas, de la inalterabilidad de los parámetros fácticos sobre los que se erigían los contratos celebrados.

Huelga decir que la vocación de neutralizar el factor nobiliario -de anclaje estatal- en los procesos de reparto de privilegios de los agentes privados motivó, colateralmente, la emergencia de nuevas jerarquías sociales y una redistribución concentrada de los recursos productivos existentes. A partir de allí, la riqueza devendría reasignada a favor de las incipientes clases dominantes, fruto de un desplazamiento de los objetos y sujetos que digitaban la actividad legisferante, ahora íntegramente orquestada por sectores de rasgos socioeconómicos, étnicos, culturales y de clase muy definidos (en particular, derivadas del eurocentrismo, el depredatorio colonialismo y las formas de organización patriarcales) (17). De tal modo logra cristalizarse la idea de un "individuo" como titular de derechos subjetivos, en una interacción de parangón igualitario ideal con quienes emergían como sus "pares" y que únicamente halla valladar frente al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la égida del poder público(18).

Sin embargo, el derecho privado burgués, con su ámbito nuclear de derechos restringidos a las libertades clásicas de acción y poseedor de una despótica supremacía sobre el régimen normativo público o constitucional, comenzó a sufrir embates al compás del surgimiento de diversos fenómenos que -desde un plano ontológico de abstracción- pueden asemejarse mejor cual concatenación de acciones y reacciones mutuamente retroalimentadas. Destáquese, primero, el progresivo desencantamiento popular con una economía que se regía bajo el dogma del libre mercado de trabajo-capital-bienes, sistema de producción que el modelo jurídico tradicional fue llamado a hermetizar, encontrando en tal esquema su razón de ser y -en definitiva- su propia génesis. Trastocados los basamentos de dicho régimen productivo, aunque sin profundidad raigal ni alcances perennes, la investidura reglamentaria que cristalizó su institucionalización no hizo sino volver cada vez más visible su impotencia teórica para ofrecer respuestas ante los nuevos desafíos postulados por la ciudadanía. El modelo del derecho formal burgués, encorsetado por la pétrea noción del contrato social, catalizó vertiginosamente las prácticas reformistas enderezadas menos en desplazar las premisas normativas para darles lugar a nuevos preceptos, y más en teñirlas con una pátina de abstracción que permita ampliar las dimensiones hermenéuticas y su margen de aplicabilidad. Como una irremisible secuela de ello, comenzó a desmantelarse aquella falacia, hasta entonces anclada con robustez desde los estrados del poder hegemónico, que identificaba al Estado como único actor capaz de amenazar los derechos y libertades consagrados en el ordenamiento jurídico; ergo, como único receptor del repertorio de obligaciones reflejas que dimanaban, cual natural reflejo, de tal plexo.

Impreciso resulta rescatar, a su vez, que el agotamiento del paradigma jurídico liberal ha proyectado serias implicancias para la cohesión armónica del Derecho, ensombreciendo la tradicional labor de los jurisperitos con el objetivo atraer sus producciones exegéticas hacia un estadio vinculado a los modelos sociales. Frente a semejante desafío, la dogmática jurídica ensayó intentos para zanjar tal disyuntiva mediante el diseño de enlaces entre ambos

esquemas, a partir de los cuales pueda instituirse un nuevo constructo jurídico, de naturaleza híbrida y nutrido a partir de una comprensión contemplativa de las Cartas Políticas. La nueva realidad histórica que circundaba tal escenario interpelaba a los actores participantes, de quienes se exigía una activa reflexión sobre cómo materializar eficazmente el contenido normativo del Estado democrático de Derecho en el horizonte de las estructuras sociales y de las tendencias evolutivas a cuyo desarrollo asisten. Conforme revela Habermas con lucidez, las disputas en torno a la correcta comprensión y recomprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo raigal una contienda netamente política (19).

En el marco de regímenes de corte democrático, esta disputa ataña a la totalidad de la ciudadanía imbuida por sus efectos, de modo que la liza donde se desenvolverá no confina su extensión tan sólo a los espacios reservados para el expertise jurídico, ni tampoco lucirá restringida en su formalidad a las herméticas representaciones que caracterizan al discurso docto. Pese a la privilegiada plaza que ocupan, naturalmente, la justicia y la dogmática jurídica en dicho debate hermenéutico debido a los conocimientos técnicos que les resultan inherentes, aquellas no pueden esgrimir su autoridad científica para adoctrinar al público general una determinada comprensión de la Constitución; la recepción y establecimiento de una nueva perspectiva, o -lo que es igual- la coronación de un nuevo paradigma, sólo puede hallar legitimidad con base en un único cimiento: el convencimiento que recoja por parte de la ciudadanía (20).

III).c. Los derechos fundamentales y su eficacia frente a terceros: esbozos de una génesis.

Prosiguiendo con el derrotero histórico emprendido, hemos de señalar que los discursos acuñados en pro de ofrecer salvataje al reinado del derecho privado clásico fueron tan numerosos como heterogéneos. No obstante, baste una superficial mirada retrospectiva a fin de advertir la incompetencia que exhibieron para aplacar el clamor colectivo por una nueva matriz estatal, orientada a bregar por el postergado ideal de la justicia social y su antropocéntrica piedra angular: la dignidad humana. Desde esta nueva perspectiva quedó en evidencia la necesidad de modular la semántica originaria del derecho privado a través del tamiz de los cánones humanitarios, en una lógica según la cual el principio de libertad jurídica pasaba a depender implícitamente de una presunción ficcional que partía de la existencia de condiciones no discriminatorias para la concreta efectivización de los derechos que el ordenamiento confería. Y ello pues, instituida la nueva dinámica arquitectónica del derecho, la prerrogativa de idénticas libertades subjetivas ya no podía asegurarse únicamente por intermedio de la asignación de un status negativo a los agentes jurídicos. En cambio, se tornó ya ineludible la demanda de especificar en clave social el contenido de las normas tradicionales del derecho privado burgués e introducir, a modo de engarce fundacional, una inédita categoría de derechos fundamentales que oficiaren de basamento jurídico a -exempli gratia- dos pretensiones, igual de novedosas: la obtención de un reparto distributivo más justo de la riqueza socialmente producida y una tutela más eficaz frente a los riesgos desigualitarios producidos por la sociedad (21).

De conformidad con tal modelo, mediante el deslinde de la órbita de la libertad individual habría de establecerse asimismo el designio de la justicia social, expectativa que hallaba anclaje en el estrecho entrelazamiento que imbricaba, en términos cada vez más tangibles, a la directriz de autonomía jurídica con la garantía genérica de igualdad. Se trataba de una premisa que en el presente estadio histórico brota más bien intuitiva, por hallarse raigalmente inserta en el imaginario jurídico colectivo: el derecho abstracto que compete a cada uno de poder accionar o abstenerse de hacerlo en un estricto marco de atinencia a las leyes, sólo puede concretizarse bajo la conditio sine qua non de que esas mismas normas garanticen la igualdad de trato a todos los agentes, en el sentido de equidad jurídico-material. Dígase también, en terminología de Habermas: "para que a libertad del "poder tener y adquirir" cumpla expectativas de justicia, tiene que darse también una igualdad en la capacidad de ejercer las propias capacidades jurídicas" (22).

Ese giro social del derecho fue percibido y decodificado como un proceso durante cuyo decurso la concepción meramente instrumental del plexo jurídico

logró recubrir, desplazar y a la postre relevar en forma definitiva al modelo liberal del derecho. La nueva configuración representó una radical subversión del orden y cometido que la tradición científica veladamente atribuía a la disciplina; dicho corpus institucional abandonaría su rol como factor preconfigurativo de un orden social determinado y, por tanto, como revestimiento superficial sentenciado a matizar sus estelas, para ahora recuperar su genuina función en cuanto medio para alcanzar los designios pactados por los integrantes de determinada comunidad (23).

A partir de tal etapa, identificable en código histórico con el establecimiento de la República de Weimar pero de heterogénea cronología en las diversas latitudes, resultó tácitamente interdictada la posibilidad de oponer el derecho privado (reino de la libertad individual), al derecho público (campo de la actuación coercitiva del Estado), disolviéndose así todo rastro de imperium del plexo burgués sobre el monumento normativo constitucional (Grundgesetz), flamante rector del arquetipo jurídico a estrenar (24). A su vez, la primacía del repertorio constitucional trajo consigo una reconfiguración del tejido legal. En adelante, además de impregnar todos y cada uno de sus recovecos, la esencia de los derechos fundamentales habría de desarrollarse a instancias de un órgano parlamentario activo dentro del propio campo privado, a quien, al legislar en tal ámbito, "le viene asignada por el derecho constitucional la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, diferenciándolo y concretizándolo, en derecho inmediatamente vinculante para los implicados en una relación de derecho privado" (25).

Conforme la fisonomía aquí descripta, el derecho privado debía prolongarse allende del aseguramiento de la autodeterminación individual, reformulando su núcleo objetivo para tributar a la realización de la justicia social. Desde una formulación léxica sin ambages, tal pauta traducía que la garantía de una existencia digna para todos los miembros de la comunidad jurídica y la especial tutela del integrante en situación de debilidad gozaba de un rango mayor de trascendencia que la indiscriminada persecución de los intereses particulares, incluso también en el terreno -a la sazón impenetrable- del derecho privado (26). Consideradas las cosas bajo el prisma aludido, puntos de vista de ética social comenzaron a penetrar avivadamente en ámbitos jurídicos que hasta entonces sólo podían ensamblarse como un todo desde el punto de vista de la garantía de la autonomía privada; y exigen, para armonizar las propias directrices enarboladas por el régimen jurídico burgués, insertar una "interpretación diferenciadora de relaciones jurídicas formalmente iguales, pero materialmente distintas, interpretación y relaciones en las que unas mismas instituciones jurídicas cumplen diversas funciones sociales" (27).

En oportunidad de escrutar el acogimiento que tales concepciones lograron en la elaboración jurisprudencial constitucional de su país de origen (28), Habermas vierte especial atención a lo que identifica -con remisión a otros autores- como una dogmática implícita de los derechos fundamentales, erguida sobre la novedad de que dicho abanico jurídico ya no pueda garantizarse presuponiendo como base una sociedad emancipada. En cambio, ha de tornarse efectiva a través de las diligentes operaciones y acciones garantizadoras de un Estado que monitoree su observancia en términos celosamente reflexivos; que alce las infraestructuras necesarias para propiciar el cumplimiento y resguardo de tales garantías; que regule, posibilite y compense (29). Asimismo, en el singular marco de sociedades que subyazcan articuladas mediante subsistemas jurídicos difusos, concatenados horizontal y verticalmente, no basta con que la eficacia de los derechos fundamentales empape sólo al poder administrativo, ni tampoco con materializar sus axiomas en mera clave negativa. Por el contrario, resulta imprescindible que sus proyecciones alcancen a envolver a la totalidad de los integrantes de la comunidad, derramando su operatividad también sobre los nexos celebrados entre particulares y mediante una configuración activa, por intermedio de pretensiones trasladables a garantías positivas.

Con una tónica argumentativa análoga, el Tribunal Constitucional germánico clasificó a los derechos humanos como principios de un orden jurídico global, cuyo contenido estructura e impregna al sistema de reglas en conjunto. En tal orden de ideas el tribunal consideró que, si bien tal acervo de derechos emergieron primitivamente destinados a "asegurar la esfera de libertad del particular frente a las intervenciones del poder público", resulta incontrovertible que la Ley Fundamental "no quiere ser un orden neutral de

valores"; muy por el contrario, pretende establecer un rumbo axiológico centrado "en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad", el cual "debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho... y evidentemente también en el derecho civil", enfatizando que ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas según su espíritu (30). A su vez, con puntapié en tales nociones, la dogmática alemana se ocupó de elaborar la "irradiación" (Aaustrahlung) de los derechos fundamentales sobre las diversas interfaces públicas-privadas del derecho; el "efecto horizontal sobre terceros" (Drittewirkung) de los deberes y facultades allí contenidas, de las obligaciones de diligente protección estatal que cabe deducir de la naturaleza objetiva que dicha colección de derechos presenta como máximas elementales del andamiaje jurídico, y -finalmente- de la "protección dinámica de los derechos fundamentales" (dynamischer Grundrechtsschutz).

IV). La noción moral de dignidad como piedra fundacional de los derechos humanos.

Si procuramos aprehender adecuadamente el marco conceptual que Habermas erige en torno a la idea de los derechos fundamentales, todavía deberemos reparar en una faceta adicional de su tesis: el intenso engarce que los vincula con la noción moral de dignidad humana. Enfrentado a temperamentos apáticos e incluso a discursos que, so pretexto de resolver la tensión dialéctica existente en el seno de las sociedades modernas, esterilizan la fuerza radical de los derechos elementales, el autor propugna que la concepción de la dignidad humana dista de constituir una expresión destinada a suministrar una receta semántica vacua y meramente clasificatoria, un prototipo de parámetro genérico cuyo único designio reposa en agrupar una multiplicidad de fenómenos heterogéneos. Por el contrario, desde su perspectiva cabe entronizarla como aquella fuente moral de la que todos los derechos humanos derivan su sustento y, a la postre, como el factor cohesivo que fundamenta la indivisibilidad de todas las categorías y generaciones de tal tipología de derechos (31).

Para inaugurar la argumentación de sendas posturas, aquel emprende una reconstrucción histórica sobre las nociones antes referenciadas, con el objetivo de detectar los motivos que explican el pronunciado desfasaje cronológico que existió entre la reificación legal de los derechos fundamentales y la emergencia del discurso secular de la dignidad humana. Mientras que el primer repertorio aludido logró cristalizarse en la cosmogonía jurídica global en las declaraciones clásicas de derechos acuñadas durante el siglo XVIII y las codificaciones vernáculas que datan del siglo XIX, el concepto de dignidad humana acusa una llamativa lozanía jurídica (32), cuanto menos al examinar su consagración según el prominente parangón antedicho.

En pos de desactivar las estrategias deflacionarias que procuran empuñar la discontinuidad temporal de ambos conceptos como factor erosivo, el filósofo alemán alega que la dignidad humana -o, en honor a la rigurosidad léxica, la violación de dicho afecto- es el sustrato básico de los derechos fundamentales; la materia prima con la que dicho repertorio elemental de garantías se nutre, enriquece y vigoriza. La indignación de los humillados frente a los avances depredatorios contra la condición humana ha operado, históricamente, cual viento en las velas de los derechos elementales. Nadie podría pronunciar los venerables preceptos que deifican a la persona, por su mera condición de tal, sin escuchar en ellos el clamor de la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación, del inconmensurable elenco de humanos ultrajados, torturados y asesinados (33). Consecuentemente, si tal elemento configura su substancia y dies ad quem histórico, idéntica presencia debería atribuirse a los vestigios del vínculo conceptual entre la dignidad humana y el catálogo esencial de derechos, desde los inicios del desarrollo del Derecho como disciplina científica (Recht).

Afincados, pues, sobre el basamento construido supra, decantan con mayor naturalidad los fundamentos ensayados por Habermas en lo que aparece susceptible de identificarse bajo la nomenclatura teoría moral de la dignidad como fuente de los derechos humanos. Desde su prisma, al que no puede sino adscribirse convencida y vigorosamente, las condiciones históricas mutables (se reitera, praxis históricas determinadas) simplemente han logrado que adquiramos un juicio reflexivo sobre algo que ya estaba tallado en el subconsciente colectivo desde los pasos primitivos del discurso jurídico-

humanístico: el sustrato normativo de la igual dignidad que compete a cada ser humano, y que el muestrario de derechos fundamentales únicamente se limitan a precisar con más detalle. Ello permite explicar, entre otros fenómenos, que la experiencia de las vulneraciones a la dignidad humana haya desempeñado -y actualmente desempeñe- una doble función creativa y heurística: bajo la luz de cada quebrantamiento, de la noción inmutable de la dignidad humana brotan una plétora de implicancias sobre lo que significa ser humillado, mancillado moralmente y herido en lo más recóndito de nuestro ser.

Se delinea, entonces, un distingo capital entre los conceptos que imperan el presente análisis. El afecto de la dignidad humana emerge inalterable y universal, impertérito a toda variación escenográfica y, por tanto, gozante de una vigencia metajurídica. Los derechos fundamentales, en cambio, aparecen como un producto relativamente contingente, derivado del contraste entre el valor antedicho y la coyuntura social imperante en determinada plataforma histórica, con particular hincapié en las violaciones de la dignidad que se verifiquen en ese recorte témporo-espacial. Ambos factores, dignidad humana y las modalidades concretas de vulneración constatadas en cierto contexto, se funden en un crisol del que decantan los derechos fundamentales de cada época: de mayor o menor prominencia, menos flexibles o más indulgentes ante los abusos, enteramente novedosos o ya existentes; en todos los casos representan especificaciones de los derechos para cada caso y época particular, desactivando transitoriamente su carácter abstracto. Por intermedio de este proceso la intuición subyacente de la humillación labra su camino antes que nada en la conciencia de los individuos maltratados y recién a posteriori en la fría letra del plexo normativo, donde encuentra su articulación solidificada y elaboración conceptual (34).

Eludiendo perspectivas complacientes que obturen todo análisis retrospectivo con rigor crítico, justo es reconocer que doscientos años de historia constitucional moderna no fueron en vano. El acervo cognoscitivo-experiencial recabado nos suministró los recursos fundamentales para entender lo que distinguió ese desarrollo desde sus primeros pasos: la dignidad humana constituye el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho, aquel pivot teórico que enlaza la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de modo tal que la interacción -a veces armónica, a veces disonante- entre ambos elementos pueda dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos (35). Al decir de Habermas, cuyas palabras en este punto me abstendré de trasladar en resguardo de su extraordinaria capacidad explicativa:

"En virtud de que la promesa moral de igual respeto a todo ser humano debe ser cambiada a una moneda legal, los derechos humanos exhiben un rostro que, como el de Jano, observa simultáneamente la moral y el derecho. A pesar de su contenido exclusivamente moral, los derechos humanos tienen la forma de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser traducidos en términos concretos en la legislación democrática; para ser especificados, caso por caso, en las decisiones judiciales, y para hacerlos valer en casos de violación. De modo que los derechos humanos se circunscriben de manera precisa sólo en aquella parte de la moral que puede ser traducida al ámbito de la ley coercitiva y transformarse en una realidad política mediante la fórmula robusta de derechos civiles efectivos" (36).

V) A modo de colofón: la doctrina de la Drittewirkung Der Grundrechte como mecanismo para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales.

Aunque no exenta de álgidos debates, principalmente impulsados por incorrectos silogismos que equiparaban su tétesis a la abolición -vía oblicuado de la autonomía de la voluntad, la doctrina de la Drittewirkung Der Grundrecht ha logrado permear los esquemas jurídicos imperantes en la órbita nacional (37), interamericana (38) y europea (39), entre muchos otros ámbitos regionales. Al examinar críticamente tales censuras, Bilbao Ubillos reconoce que "a nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de personas... libres y responsables, con una capacidad real de auto-determinarse", de modo que lo trascendente en este contexto, desde un punto de vista eminentemente orientado hacia la practicidad, será determinar "hasta dónde llegar esa capacidad de auto-organizarse que proviene del reconocimiento de que todos somos libres y responsables, y hasta dónde llega la vinculación

del texto constitucional respecto a los particulares" (40).

Si bien numerosas son las virtudes que pueden enlistarse en tren de explicar tal conquista, el decisario reseñado al inaugurar las presentes líneas apunta, con singular elocuencia, a su eficacia como mecanismo para garantizar que los derechos encumbrados en los regímenes constitucionales gocen de vigorosa eficacia en las diversas facetas que canalizan el pleno desarrollo de la personalidad humana. A diferencia de la coyuntura que atestiguó el nacimiento del derecho liberal, las sociedades modernas aparecen condicionadas por los múltiples poderes privados que operan en su seno y que no limitan su actividad a habitar plazas trascendentas en la esfera de las vinculaciones entre particulares, sino que -antes bien- extienden su ascendencia incluso sobre decisiones de estirpe político (41). Lúcidamente describió Habermas tal fenómeno, al denunciar que "la norma jurídica liberal... antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no solo impide llevar a cabo las realizaciones propias del estado social, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer su influencia sobre los órganos del Estado y condicionar su actuación. El poder social es hoy ea ipsa poder político" (42).

Pero aun soslayando tales hipótesis, existen un sinnúmero de interacciones ordinarias en donde los derechos fundamentales devendrían reducidos a una promisoria antología de valores jurídicos si se prescindiera de andamiajes destinados a garantizar su efectividad vis-à-vis. Su vigencia pendería únicamente de la buena voluntad de los agentes, materializándose así como un espejo cóncavo que, consciente de su nula autoridad sobre la gramática real, desfigura satíricamente la dignidad de su titular frente a sus propios ojos. La dimensión del trabajo subordinado constituye, pues, el ejemplo antonomástico de las relaciones interindividuales que penden de una proyección erga omnes de los derechos humanos para que su contenido adquiera, cuanto menos, algún grado de eficacia. Sólo mediante la imputación directa al empleador privado de las obligaciones de respeto y garantía a dicho plexo fundamental puede, siquiera concebirse, que el dependiente no resulte implícitamente compelido a desarroparse de los derechos inherentes que le competen como ceremonia prologal de toda jornada de trabajo, de la que participará sin mayores resistencias por encontrarse en disputa el ingreso económico que garantiza la supervivencia de él y su núcleo familiar. Bajo el paradigma del modelo social, el examen sobre la capacidad de autodeterminación que los sujetos vinculados exhiban, en la coyuntura específica de un nexo preciso, no puede descartarse como un definitorio elemento de ponderación para conciliar las resistencias aún formuladas por quienes se niegan a reconocer la imposibilidad de que un orden normativo pueda subyugar el plexo constitucional, pues la asimetría estructural equivale a una genuina dominación de facto que trastoca el principio de igualdad legitimante del libre arbitrio como pauta conductual.

En las agudas palabras de Norberto Bobbio, quien logró desbrozar la maleza que ocultaba la sustancia de la cuestión, "no importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la no-libertad, como sujeción al poder del principio, hay una no-libertad más profunda... y más difícilmente extirpable: la no-libertad como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil. Afecta, no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social".

Parece evidente, entonces, que una eficaz política tutelar de los derechos humanos mal podría restringir su plan de acción únicamente a los comportamientos dimanantes de los poderes públicos, so riesgo de fracasar en la augusta misión de transmutar a la praxis fáctica aquellas robustas garantías jurídicas que instituye el ordenamiento vigente. De tal proceso traslativo, aún pendiente de perfeccionamiento y culminación, depende la vigencia material de una inmensa porción de los derechos laborales consagrados en el plexo positivo.

Notas al pie:.

1) Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de Derecho

del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Diplomada en "Igualdad y no discriminación" (UBA). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Católica Argentina (tesis en confección). Doctoranda en Derecho por la Universidad de Palermo.

2) Sentencia definitiva del 13/03/20, dictada en la causa n°13-03668755-4/1. 3) Entre otros, los arts. 14, 14 bis, 16 y 75 inc. 23 de la Ley Fundamental; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en la lengua anglosajona; art. 11, inc. 1) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará; art. 8), ambas de raigambre constitucional en virtud de la inserción efectuada mediante el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna; los Convenios n°111 y n°156 de la Organización Internacional del Trabajo ("OIT"), relativos a la discriminación en materia de empleo y ocupación y a los trabajadores con responsabilidades familiares, respectivamente, de jerarquía supralegal; la leyes n°23.592 de "Ejercicio de Derechos y Garantías Constitucionales y Medidas contra Actos Discriminatorios" y n°26.485 de "Protección Integral de las Mujeres", esta última con su Decreto reglamentario n°1011/20; y los arts. 17 y 81 de la ley n°27.400 de Contrato de Trabajo. A tan frondoso inventario cabe añadir, asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 7 y 23 inc. 2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, inc. 2) y su semejante en materia de Derechos Civiles y Políticos (art. 26), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica; arts. 1 y 24), todos ellos integrantes de la máxima constelación normativa local; y finalmente el Convenio n°100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, con la respectiva Recomendación n°90, que complementa su contenido en clave no imperativa.

4) A nuestro juicio, puede detectarse una excesiva apelación al formalismo mágico, técnica hermenéutica decodificable como aquella según la cual se considera que la mera invocación del principio igualitario, cita de dispositivos jurídicos o simple remisión a pronunciamientos de tribunales que gozan de prestigio en materia de equidad de género, importa y garantiza la aplicación, tan adecuada como efectiva, del Derecho con perspectiva de género, con prescindencia de todo esfuerzo de interacción entre las abstracciones imperativas (dígase también, el ordenamiento jurídico) y el conflicto específico bajo examen. Conforme explica Pou Giménez, uno de los mayores riesgos de dicha práctica reside en que la cita irreflexiva de preceptos jurídicos identificados como "políticamente correctos" desincentive la provisión de razones por parte de quienes juzgan y asimismo, a raíz de ello, su escrutinio crítico por parte de la comunidad jurídica, lo que a la postre conduciría al dictado de resoluciones jurisdiccionales endebles, que gozarían de una justificación más vigorosa si carecieran de las mencionadas remisiones. En palabras de la autora, "el peligro es, entonces, que las y los jueces piensen que invocar esas hermosas "normas paragua", como por arte de magia, basta para convertir sus decisiones en sentencias dictadas con perspectiva de género"; Pou Giménez, Francisca, "Argumentación judicial y perspectiva de género" en "Interpretación y argumentación jurídica en México", V.V.A.A., Fontamara, 2014, Ciudad de México; cit. por la Suprema Corte de Justicia de México en la elaboración del "Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad".

5) No puedo ahora ocuparme de explicar los alcances de dicha locución, pero he experimentado un intento en tal sentido, vía interpretación de las construcciones que la filósofa británica Miranda Fricker elabora en torno a la noción de injusticia testimonial, en Zappino Vulcano, Victoria, "Epistemicidio latinoamericano como garante atemporal de la dominación: análisis desde la teoría crítica decolonial y alternativas hermenéuticas emancipadoras", La Ley, en prensa.

6) Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A. No. 4, párr. 55; Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A. No. 18, párr. 101 y opinión pto. 3v. (cit. por la SCJ de Mendoza); Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas., Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C. No. 239, párr. 79.

7) Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit. supra, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de

2010, Serie C No. 214, párr. 269.

8) Roucounas, Emmanuel, "Engagements parallèles et contradictoires", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, T. 206, 1987, págs. 72/73 ; cit. por Gialdino, Rolando, "La emergencia del ius standi de la persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el ius cogens superveniens y la 'materia odiosa'", en *Jurisprudencia argentina*, Fascículo 12, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, págs. 62/63.

9) Cançado Trindade, Antônio A., "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium. General Course on Public International Law", Martinus Nijhoff Publishers, 2& Ed. Revisada, 2013, Leiden, pág. 292.

10) Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, 3& Ed., Oxford, 1985, pág. 512/514; y CSJN in re "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", sentencia del 2/11/95, Fallos: 318:2148; replicado en "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio calificado y asociación ilícita y otros", pronunciamiento del 24/08/04, Fallos: 327:3312.

11) Habermas, Jürgen, "Facticidad y Validez", Trotta, Madrid, 2005, pág. 469.

12) Ibídem, pág. 470 y su cita a Wieacker, Franz, "Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsge setzbücher Und Die Entwicklung der Modernen Gesellschaft" en idem, "Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung", Scriptor Verlag Kronberg, Göttingen, 1974, pág. 5

13) Ibíd., págs. 473/475.

14) Steiner, Henry J., "Moral Argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law", University of Wisconsin Press, Madison 1987, pág. 92.

15) Habermas, Jürgen, óp. cit., pág. 468.

16) Carbonell, Miguel, "Una historia de los derechos fundamentales", Porrúa - Comisión Nacional de los Derechos Humanos (UNAM) Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, págs. 59/ss.

17) Habermas, Jürgen, "Historia y crítica de la opinión pública", Gustavo Gili, 2& Ed., 1981, Barcelona, págs. 47/ss.

18) Frankenberg, Günter, "Remarks on the philosophy of public law", en Legal Studies, nº 2 - Vol. nº 18, 1998; cit. en Aldao, Martín y Clérigo, Laura, "La igualdad en el constitucionalismo social: el proyecto constitucional de 1949", en Benente, Mauro (C), "La constitución maldita: estudios sobre la reforma de 1949", Edunpaz, Buenos Aires, 2019, pág. 183.

19) Habermas, Jürgen, "Facticidad y Validez", óp. cit., págs. 477.

20) Ibídem.

21) Ídem, págs. 484/ss.

22) Ibídem.

23) Ibíd., págs. 465/467 y su cita a Wieacker, Franz, "Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsge setzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft", en "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit", C.F. Müller, Frankfurt, 1953, págs. 5 y 30.

24) Ibídem, págs. 477/478.

25) Hesse, Konrad, "Derecho constitucional y derecho privado", Civitas, Madrid, 2016, pág. 64.

26) Ibíd., pág. 73.

27) Habermas, Jürgen, "Facticidad y Validez", óp. cit., págs. 480.

28) Tal análisis, valga aclarar, sin perjuicio de las reservas que el autor plantea acerca de la legitimidad asignada al acervo de producciones jurisdiccionales emanadas del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) como último intérprete jurídicamente autorizado de la Constitución.

29) Habermas, Jürgen, "Facticidad y validez", óp. cit., pág. 320, y sus citas a -exempli gratia- Huber, Hans, "Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen", en VV.AA., Bern, 1955; Häberle, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", De Gruyter, Berlin, 1972; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", en "Neue-Juristische Wochenschrift", 1974, Vol. 27.

30) Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), Sentencia BVerfGE 7, 198; caso "Lüth" del 15/01/1958.

31) Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", Revista Diánoia, Volumen LV - N° 64, mayo 2010, págs. 3/25.

32) El puntapié inicial puede situarse en la Carta Magna de la República de Weimar (1919), precursora -aunque posterior a la Constitución de Querétaro

(1917) - en el reconocimiento de los derechos sociales, instrumentos que mediante su art. 151 concibe la vocación de "alcanzar una vida digna para todas las personas". La Declaración de Filadelfia (1944) adoptada por la Organización Internacional del Trabajo ocupa el siguiente peldaño, al instituir, motorizada por el convencimiento de que "la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social", que "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (ap. II, ac. "a"). El tercer escalón, siempre en clave cronológica, es ocupado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento enderezado a insertar garantías mínimas en el goce de derechos económicos, sociales y culturales, mediante un articulado signado a fuego por una sólida retórica de la dignidad humana, que se inaugura -sin demoras- a través del Preámbulo y cuyos ecos resuenan en el resto de los preceptos (v. arts. 1, 22 y 23).

33) Habermas, Jürgen, "El concepto de la dignidad humana...", óp. cit., pág. 6.

34) Ibíd., pág. 8.

35) Ibíd., pág. 10.

36) Ibíd., pág. 11.

37) Ver, en particular: CSJN, "Samuel, Kot S.R.L.", Fallos: 241:291, pronunciamiento del 5/09/58; "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", Fallos: 333:2306, sentencia del 07/12/2010; "Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva S.R.L. y otros s/ Amparo", Fallos: 337:611, fallo del 20/05/2014.

38) Corte IDH, Blake vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 24 de enero de 1998, y Sentencia de Reparaciones, 22 de enero de 1999, voto razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade, n° 20 a 29 y 24 a 27; Las Palmeras vs. Colombia, Sentencia de Excepciones Preliminares, 4 de febrero de 2000, voto razonado del Juez Cançado Trindade, n° 7; entre otros votos luego adoptados por el resto de los judicantes en Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia, Resoluciones sobre medidas provisionales, 28 de junio de 2002 y 17 de noviembre de 2004, n° 11 y 13. Luego ampliado en los casos Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia, Resolución sobre medidas provisionales, 6 de marzo de 2013, n° 11; Pueblo indígena de Kankuamo vs. Colombia, Resolución sobre medidas provisionales, 5 de julio de 2004, n° 11 y Pueblo indígena de Sarayaku vs. Ecuador, Resolución sobre medidas provisionales, 6 de julio de 2004, n° 10. Y finalmente revigorizado, con expresa referencia a la teoría bajo examen, mediante el ejercicio de funciones informativas a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos en: Opinión Consultiva OC 18/03 del 17 de septiembre de 2017, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Serie A, n° 140 y ss.

39) STEDH, Caso X e Y contra Países Bajos, 26 de marzo de 1985, Serie A - N° 91, ap. 23; STEDH, Caso Costello-Roberts contra Reino Unido, 25 de marzo de 1993, Serie A - N° 247-C, ap. 27, entre muchas otras sentencias.

40) Bilbao Ubillos, Juan M., "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit. por Carbonell, Miguel, "El derecho a no ser discriminado entre particulares. La no discriminación en el texto de la Constitución mexicana", Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México D.F., 2005, págs. 31/ss.).

41) De Vega García, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (La problemática de la Drittewirkung der Grundrechte)", en "Responda Iurisperitorum Digesta" - Vol. V, Aquilafuente - Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, Salamanca, pág. 54.

42) Ibídem, págs. 33/34.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 9 DE ABRIL DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 23.592, LEY 26.485, LEY 27.400, Ley 23.054 Art.24, Ley

23.179, Ley 23.313, Ley 24.632, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10**, **128.TRA I 023782 1990 05 10** Art.53, **128.TRA I 023782 1990 05 10** Art.64
Ref. Jurisprudenciales: "Montani Trivio, Daniela c/ Tramat S.A. y otros U.T.E. s/ despido s/ recurso extraordinario provincial", Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 13/03/2020.

La obesidad y el discurso de odio

MALAVOLTA, VÍCTOR A.|PULVIRENTI, ORLANDO
Publicación: www.saij.gob.ar, 4 DE FEBRERO DE 2021

TEMA

SALUD PUBLICA-ENFERMEDADES-OBESIDAD-DISCRIMINACION-LIBERTAD DE EXPRESION

TEXTO

1. Introducción.

En anterior artículo hemos abordado la discusión jurídica respecto de la posibilidad de que la estigmatización de la persona con sobre peso o el uso de términos vinculados a esa posible situación corporal, constituyan conductas discriminatorias. Pero en este punto queremos ir un poco más allá en este análisis, preguntándonos si es posible que, bajo ciertas características, las expresiones que se vierten puedan ser tipificadas como discurso de odio. Y las consecuencias jurídicas, para el supuesto de que así lo constituyeran, no devendrían menores.

En efecto, sabemos que el derecho a la libertad de expresión se ubica entre aquellos que son centrales para la plena vigencia de la democracia. Tan es así que a los fines de salvaguardar los pilares de esa forma de Gobierno, no sólo la Constitución Nacional en su artículo 32 directamente prohibió todo tipo de regulación federal en la materia; sino que además los tratados internacionales de Derechos Humanos, son absolutamente cuidadosos en brindar garantías que asigna en esa extensión, a pocos otros(1).

Dicho esto; sin embargo, no es menos cierto que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de Derechos Civiles y Políticos, establece algunas pocas excepciones que permiten de una manera muy restrictiva, a los Estados miembros legislar sobre ciertas expresiones, o cuanto menos, establecer sanciones ulteriores por su manifestación. Entre ellas se encuentra el denominado discurso de odio. Adicionalmente, siendo que los desarrollos de las comunicaciones, han multiplicado los canales y vías para que los mismos se propaguen prácticamente sin límites, aparecen las propias limitaciones que los proveedores de internet o de servicios de redes sociales, han ido incorporando en el tiempo(2).

A la luz pues, de que tanto por regulaciones estaduales, como por vía de las políticas que podrían establecer los mismos prestadores de servicios en red, de la cual podrían derivar restricciones en un Derecho, que tal como hemos afirmado se considera vital para la plena vigencia de muchos otros, es que debe intentar precisarse ese alcance. Y en el caso particular, determinar en qué momento, lo que pueden ser comentarios de mal gusto o condenables moralmente, no alcanzan a pesar de ello, el umbral necesario para impedirlos o eventualmente sancionarlos con ulterioridad.

En un reciente documento la Organización de Naciones Unidas reconoce que no existe una definición jurídica internacional de qué constituye incitar al odio, y que la caracterización de lo que es "odioso" es controvertido y discutido.

En forma genérica se entiende que el término discurso de odio, implica cualquier tipo de comunicación en el habla, la escritura o el comportamiento, que ataque o utiliza lenguaje peyorativo o discriminatorio con referencia a una persona o un grupo sobre la base de quiénes son, en otras palabras, basados en su religión, etnia, nacionalidad, raza, color, descenso, género u otro factor de identidad.

Advierte por cierto que ese mecanismo a menudo está arraigado, generando intolerancia y odio y, en ciertos contextos, puede ser degradante y divisivo. En lugar de prohibir la incitación al odio como tal, el derecho internacional prohíbe la incitación, discriminación, hostilidad y violencia (denominado aquí "incitación"). Por su parte, la incitación se conceptualiza como una forma muy peligrosa de hablar, porque explícita y deliberadamente tiene como

objetivo desencadenar discriminación, hostilidad y violencia, que también puede conducir o incluir terrorismo o crímenes atroces.

El discurso de odio que no alcanza el umbral de incitación, tal como mencionamos precedentemente, no es algo que el derecho internacional exige que los Estados prohíban. Aún es así necesario destacar que incluso cuando no esté prohibido en concreto con ese alcance, el discurso de odio puede ser perjudicial(3).

Ahora bien, los límites a la tolerancia de lo que puede o no decirse, también responde a cada cultura. En Alemania, dado su pasado y en particular el período del Nacional Socialismo en el poder, las leyes prohíben la incitación al odio de una forma muy extensa; así puede ser objeto de procedimientos judiciales, cualquiera que publique o reproduzca contenidos de dicha naturaleza en línea. Por el contrario, en Estados Unidos, incluso los tipos de discurso más viles, están protegidos legalmente por la Constitución de Estados Unidos.

Las personas que viven en el mismo país, o inclusive que son vecinos, a menudo tienen diferentes niveles de tolerancia al hablar sobre características protegidas. Para algunos, el humor crudo sobre un líder religioso puede considerarse tanto una blasfemia como un discurso de odio contra todos los seguidores de esa fe. Para otros, una batalla de insultos basados en el género, o en ciertas condiciones, como se puede observar en concursos de Rap y de Trap puede ser una forma mutuamente aceptable de compartir críticas. (Está bien que una persona publique cosas negativas sobre personas de una determinada nacionalidad siempre que comparten esa misma nacionalidad? (Qué pasa si un joven que se refiere a un grupo étnico usando un insulto racial está citando la letra de una canción?.

Como puede observarse el problema tiene límites muy confusos en cuanto a qué es qué. Y en ese contexto, aparece lo que se ha denominado en llamar gordofobia, un sesgo por el cual se discrimina y menosprecia, consciente y a veces inconscientemente a las personas por su peso corporal.

En tal sentido se ha dicho que "La gordofobia podría definirse como un sentimiento de repulsión hacia quienes sufren exceso de peso y se apartan de los patrones estéticos establecidos"(4).

Tal como hemos señalado en nuestro anterior artículo, además de la forma en que se retrata a las personas con sobrepeso en los medios, la ausencia de representación, o la subrepresentación como grupo en los medios de comunicación constituye una "aniquilación simbólica"(5).

Esta aniquilación simbólica se divide en tres aspectos: omisión, banalización y condena. Es así que en principio no se ven personajes con sobrepeso u obesidad en la misma proporción que se ven en sociedad. Tal como destaca Simmons(6), se estima que hasta el 60% de la población adulta tiene sobrepeso, sin embargo, solo el 25% de hombres y menos del 10% de las mujeres en la pantalla tienen un peso normal o superior. Pero además, cuando aparecen individuos obesos no resultan objeto de interés amoroso o romántico, y si lo son, generalmente es solo para otras personas con sobrepeso, lo que indica que nadie de tamaño "normal" desearía tener una relación sentimental con alguien que tiene sobrepeso u obesidad.

Nótese que el acto de discriminación, por acción u omisión, destinado a estigmatizar a la persona con sobrepeso, es de por sí condenable; pero debe existir un plus para que sea considerado además discurso de odio. En tal sentido, pareciera necesario que exista una intención directa, pensada, establecida de causar un daño, que sea más o menos posible de realización, respecto de la persona que a criterio del agresor encuadra bajo sus parámetros bajo los cuales aparece el deseo de aniquilación del otro.

2. (Pueden los comentarios en favor de un peso adecuado ser discurso de odio?.

Ahora bien, aunque parezca un supuesto extraño, lo cierto es que anticipamos que uno de los aspectos más complicados que presenta el problema, es

establecer al menos en abstracto, en qué punto se transgrede una línea entre el ejercicio de la libertad de expresión y el discurso de odio.

Una particular situación, que puede ser ejemplificada con diversos casos se ha ido dando en distintos lugares del mundo y posiblemente nos sirven para realizar algunas reflexiones sobre el particular.

Entre ellos ocurrió cuando frente a una nota que presentaba a una mujer excedida en peso como una "mujer real", otra persona que se encontraba dentro de las tablas de peso e índice corporal prevista en materia de salud, se sintió ofendida. Sostuvo, que ella también era una "mujer real".

Sin embargo, sus comentarios fueron censurados por Facebook alegando que importaban una estigmatización y eran ofensivos hacia personas que no estaban en su peso. En su defensa sostuvo que lejos estaba ese de ser su cometido, sino el de señalar que con más o menos peso, todas eran "mujeres", pero adicionó que tampoco se podían alentar conductas poco saludables en cuanto al mantenimiento del peso(7).

Esta situación advierte sobre las dificultades para establecer líneas o estándares abstractos, con el riesgo de caer en el otro posible vicio que es someter cada supuesto al criterio subjetivo que una vez expresó un Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, que dijo, no se cómo definir qué es obsceno, pero se que algo lo es, cuando lo veo(8). Evidentemente, tal pauta es claramente maleable bajo la escala de valores de cada observador y como tal desecharlo como criterio jurídico aplicable. Y ello exige extremar los análisis en búsqueda de estándares objetivos.

3. Conclusiones.

Conforme a los distintos estudios médicos que se conocen es imposible negar que el peso que excede del estipulado como normal, según los mismos parámetros científicos, acarrean potenciales perjuicios para la salud. Desde ese punto de vista, es adecuado que los Gobiernos mismos desarrollen políticas destinadas a evitar que el mismo se convierta en un problema sanitario.

Pero ese cometido, en modo alguno implica justificar que la manera de aproximarse al tema, sea estigmatizando, o asumiendo y vinculando el sobrepeso a ciertas conductas y valores negativos. Es que el problema, no es tal como se expresa una cuestión de "voluntad", es la conjunción de factores genéticos, sociales, económicos, conductuales, entre otros. En cualquier circunstancia; sin embargo es claro que la agresión, la mofa, el convertir a la persona en objeto de burlas, lejos de mejorar el cuadro de situación, genera un cuadro mucho más grave.

Ahora bien, cuando esa circunstancia se utiliza para agredir y generar un trato desigual a una persona, ya hemos visto puede asumir el carácter de una conducta discriminatoria y en consecuencia, ser objeto de reproche por parte del sistema jurídico. Pero existe un paso posible más, que resulta de la incorporación de ese grupo como un colectivo, respecto del cual se destila discurso de odio, incitando directamente a su condena, persecución o agresión.

Bajo esos parámetros entendemos que es posible que lo que de inicio pueda suponer expresiones discriminatorias, puedan devenir en una modalidad aún más peligrosa, que es el discurso de odio.

El ordenamiento jurídico nacional e internacional se encuentra claramente preocupado frente a este tipo de manifestaciones, que haciendo un ejercicio abusivo de la libertad de expresión; sin acercar ningún elemento positivo en la construcción social, antes bien están destinados a generar un odio colectivo frente a quienes presentan un sobrepeso.

Sin ser posible hacer una conclusión en abstracto o en forma genérica, ya que razonablemente debería analizarse cada supuesto, nada impide estimar que expresiones dirigidas en ese sentido, bien podrían hallarse encuadradas bajo el concepto de discurso de odio y consecuentemente ser sujetas a censura o a responsabilidades ulteriores luego de su difusión.

Notas al pie:

- 1) Recomendamos la lectura de las Opiniones Consultivas 5 y 7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2) Por cierto sobre el mismo cierre de este artículo, llama la atención internacionalmente el cierre de la cuenta oficial de la red social Twitter del propio Presidente en ejercicio de los Estados Unidos, Donald Trump. Ello así, por cuanto aún cuando se pueda compartir el desatino o lo infundado de muchas de sus posiciones, no dejar de ser el Presidente de una Nación sometido a un grado de censura por parte de un proveedor de un medio utilizado para la comunicación.
- 3) United Nations, Strategy and Action on Hate Speech, Antony Guerres, UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech 18 June SYNOPSIS.pdf.
- 4) Néstor Benítez, dietista-nutricionista especializado en tratar trastornos alimentarios y profesor del Grado en Nutrición Humana y Dietética de la Universidad Isabel I (Burgos), Orti, Antonio, Gordofobia: (qué hay detrás del odio a las curvas? | BuenaVida | EL PAÍS (elpais.com)).
- 5) George Gerbner & Larry Gross, Living with Television: The Violence Profile, 26:2 J. COMMUNICATION 172, 182 (Spring 1976).
- 6) Simmons, Jacqulyne, Media Representations of Obesity: First Amendment Friendly Approach to Addressing Hate Speech in the Media, Setton Hall University, 13-05-2013.
- 7) Kang, Maria, Fit Pride Isn't 'Hate Speech', Revista Time, 13/03/2013., en <https://ideas.time.com/2013/12/03/fit-women-are-real-women-too/>.
- 8) "Miller vs. California", 413 U.S. 15.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 4 DE FEBRERO DE 2021
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.32, Ley 23.054

Derecho a la vida y a la salud en el caso de la obesidad

MALAVOLTA, VÍCTOR A.|PULVIRENTI, ORLANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE AGOSTO DE 2020

TEMA

SALUD PUBLICA-DERECHO A LA SALUD-DERECHO A LA VIDA-OBESIDAD-DISCRIMINACION-OBRAS SOCIALES-MEDICINA PREPAGA-COBERTURA MEDICA

TEXTO

1. Introducción.

Nos hemos referido con profundidad en un reciente artículo sobre el efecto en términos de discriminación que produce el sobrepeso en las personas(1). Sin embargo, reflexionando sobre el fenómeno, entendimos necesario ahondar - lo que tratamos de hacer en este trabajo - sobre las dificultades que presenta acceder a un tratamiento efectivo de la obesidad. Asistencia que tiene múltiples dimensiones, que transcurren desde revisar la manera en que la sociedad promueve conductas poco saludables, hasta el momento en que requeridas prestaciones sanitarias, las mismas son denegadas requiriendo que sea la Justicia la que asegure las mismas.

Partimos en esta lectura de dos breves observaciones sobre la realidad: 1. El sobrepeso se presenta hoy como un problema general y por ende de salud pública, en la mayor parte de las sociedades occidentales; 2. Los modelos y medios para atender el problema, quedan en muchos casos sujetos a las reglas siempre cambiantes - y propias de su lógica - del mercado, lo que requiere una intervención importante del Estado en el ejercicio de todas sus funciones, entre las cuales se halla necesariamente la judicial.

Pero también partimos de una premisa jurídica: el Derecho a la Vida es el pilar sustancial de todo sistema en tanto preserva el valor supremo de todo orden jurídico, y esa potestad no se puede asegurar, sino desde el resguardo de otro Derecho Humano sustancialmente vinculado a él: el Derecho a la Salud. Y la obesidad, desde un punto de vista biológico, lo afecta gravemente.

Es que múltiples estudios médicos y científicos publicados de a cientos en numerosas páginas, pero también señalado por los organismos rectores en la materia tanto internacional(2) como localmente, que el exceso de lípidos en el ser humano resulta perjudicial para su estado de bienestar general. Bajo estos parámetros es claro que se propicia la existencia de un peso adecuado.

Respecto de la cuestión sanitaria pública, la página web del Ministerio de Salud de la Nación señala que: "Más del 50% de la población en Argentina tiene exceso de peso. Esto aumenta el riesgo de tener más de 200 problemas de salud, como por ejemplo: diabetes, hipertensión arterial (presión alta), enfermedades respiratorias crónicas, enfermedad de los riñones, del hígado y algunos tipos de cáncer"(3).

Ahora bien, este es un problema que con variaciones afecta sustancialmente al mundo occidental. Existen múltiples publicaciones y documentales que advierten que eso responde en gran medida a la propagación de pautas de alimentación poco saludables que alentaron el consumo de comida rápida hipercalórica. Curiosamente el mismo modelo genera otro mecanismo de mercado para contrarrestar ello, las dietas; y entre ellas, las que mediante el pago de una suma de dinero, prometen ser "milagrosas"(4).

Dicho esto, el problema que han afrontado los Tribunales se extienden desde la sanción a quienes publicitan tratamientos ineficientes para el sobrepeso, hasta la posibilidad de acceder a intervenciones quirúrgicas, cuando conforme a la situación de salud ello es necesario.

Seguidamente intentaremos, en lo que pretendemos sea también una orientación fácil para quienes busquen alguna sistematización jurisprudencial, a mencionar la respuesta judicial siempre atenta a la salvaguarda de esos dos Derechos fundamentales de todo sistema social y jurídico: la Vida y su derivado, la Salud.

2. Medidas referidas a la venta de dietas milagrosas.

Tal como mencionan numerosos estudios, curiosamente si fue la globalización y el mercado los que han impuesto tanto un mecanismo de consumo de productos hipercalóricos, lo cierto es que ante las críticas y la estereotipización de un modelo de persona, aparece la potencial solución a ese mismo problema: las dietas.

Es cierto, esta apreciación merece una serie de consideraciones. En primer término, frente a la pluralidad de oferta de alimentos, o de posible combinación de los mismos, pareciera atentar contra la lógica la mención que aquí hacemos, puesto que precisamente recomendar la ingesta balanceada de ingredientes o la reducción del consumo de parte de ellos, bien marcha en favor precisamente de lo que aquí sostenemos que es el Derecho a la Salud. En consecuencia, podría decirse que es la voluntad individual y la determinación de cada individuo la que decide o no, proceder a la ingesta de ciertos insumos.

Pero esa sería solo una verdad parcial. En primer término, es claro que el propio mercado asigna un valor mayor en términos generales a aquellos productos más saludables. Alcanza con cotejar el precio de las hortalizas y frutas elaborados con métodos ecológicos, frente a la producción a escala y mediante el uso de fertilizantes y agroquímicos. Pero ello también se extiende a otras circunstancias a la que más precisamente apuntamos: al negocio montado sobre la base de dietas milagrosas, sean éstos ayunos interminables, combinaciones poco sanas o ingesta de hierbas, fármacos u otras sustancias a las que se atribuye efectos inmediatos en el logro de la pérdida de peso.

En este último caso, se encienden dos grandes prevenciones. Primero y sustancial, la que tiene que ver con la posibilidad de que se ponga no solo en riesgo la salud misma del paciente, sino su vida. El segundo, es el propio cliente en tanto consumidor, en la que entran en juego sus derechos humanos de tercera generación(5) a obtener una información veraz, adecuada y conforme a lo que está recibiendo a cambio del precio pagado.

Pocas veces es posible hallar la combinación de ambos hechos, como nos trae el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala V(6); al confirmar la multa aplicada a una empresa que había publicado y puesto en el mercado un té que prometía resultados fantásticos en la lucha contra el sobrepeso.

Allí se cuestionaba la Disposición N° 225/2013 de la Subsecretaría de Comercio Interior, que había impuesto a la empresa una multa de \$ 200.000, por considerar en simultáneo la infracción al art. 9 de la Ley N° 22.802 y al art. 4 de la Ley N° 24.240. La conducta consistió en haber publicado un método de adelgazamiento rápido, que radicaba en la ingesta de un té de yuyos y plantas desarrollado por un laboratorio Suizo y asegurando además que más de 500.000 personas en la Argentina ya lo habían logrado.

Ahora bien, lo constatado por la Dirección Nacional de Comercio Interior fue que no existía en el expediente documentación médica respaldatoria que sustentara tal postulado, lo que podía inducir a los consumidores a error, engaño o confusión respecto de las características del producto ofertado. Adicionalmente la entidad regulatoria de alimentos y medicamentos ANMAT, no tenía antecedentes del producto.

Adicionalmente la ANMAT añade otro dato relevante para el tema que abordamos: '...los suplementos dietarios son, de acuerdo al CAA, productos destinados a incrementar la ingesta dietaria habitual, suplementando la incorporación de nutrientes en la dieta de personas sanas que presentan necesidades dietarias no satisfechas o mayores a las habituales. Su consumo debe realizarse bajo la consulta previa al médico, y además de su rotulado y publicidad no pueden incluirse indicaciones medicinales o terapéuticas o aconsejar su consumo por razones de acción estimulante, de mejoramiento de la salud, de orden preventivo de enfermedades o de acción curativa...'.

Y el fallo resume la disyuntiva que en cualquier escenario es perjudicial para la persona con sobrepeso y el por qué ilustra nuestro caso. Si el producto tal como sostuviera la empresa productora no requiriese autorización de la ANMAT por ser un suplemento dietario, no se condice con la afirmación de que permitía adelgazar de 3 a 4 kgs. por semana sin efecto rebote, ya que en tal caso debiera ser considerado un medicamento. Pero si tal como sostuvo en su defensa frente a la multa, no es un medicamento "sino simplemente un suplemento dietario no puede bajo ninguna forma asegurar en una página entera que ayuda a adelgazar, con informes médicos que agrega a posteriori y con la certificación de un farmacéutico de que verdaderamente si se consume su producto podremos todos los argentinos, además de los 500.000 ya tratados, bajar de 3 a 4 kgs. por semana".

Finalmente y por su importancia, acompañamos la cita de los art. 9 de la Ley N° 22.802 que expresa: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios." Y del art. 4 de la Ley N° 24.240, prevé: "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

3. Medidas judiciales referidas a dietas adecuadas a la salud.

Hemos planteado en el punto anterior, que la dieta como tal y bien establecida, constituye frente a tanta oferta de productos hipercalóricos, en muchos casos una necesidad. Pero es imperiosa, cuando determinadas condiciones anatómicas o fisiológicas exigen el consumo de productos alternativos o de determinados alimentos, tal el supuesto de las personas que sufren diabetes, celiaquismo, u otras patologías en las que ciertos efectos son centrales para la salud y subsistencia.

Frente a ello, podemos hallarnos con que su precio aparece no solo superior a veces a sus sustituidos, sino sustancialmente distinto de aquél alimento que no puede ser consumido. Un ejemplo claro de ello acontece con quienes son celiacos, pero mismo criterio cabría aplicar a quienes presentan grados atendibles de obesidad.

Sobre el particular tuvo oportunidad de expedirse la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en el que se solicita la revocación de la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción intentada contra un servicio de medicina prepago para que otorgara un descuento en la adquisición de productos alimenticios para para celiacos, equiparándolo a un medicamento(7).

En este punto la familia del menor requirente sostuvo que al no haber un remedio farmacéutico sino un tratamiento, consistente en una dieta libre de gluten no estaban requiriendo se les cubriera necesidades alimenticias sino prestaciones de salud igualitarias.

Ahora bien, es esencial seguir el derrotero que utiliza la Sala II, para decidir a favor de la peticionante por cuanto imparte justicia en el caso, pero deja abierta la solución frente a otros casos en los que no se tratase de un celiaco. Sostiene de acuerdo al fallo de primera instancia, que es correcto que las entidades de medicina prepaga no contemplan la cobertura del costo resultante de la adquisición de alimentos y que no es posible realizar la asimilación que pretenden los actores entre ciertos alimentos y los fármacos, por lo que correspondería rechazar la demanda. Sin embargo, al haber sancionado el Congreso Nacional la ley 26.588, que impone ese deber, la falta de reglamentación no es obstáculo para su aplicación al caso.

Y deja finalmente una reflexión que puede ser válida en numerosos casos, al definir que "De otro modo, en una órbita tan sensible como el derecho a la salud, el efectivo goce de ese derecho, plasmado en el caso en una ley formal, quedaría supeditado a una decisión del Poder Ejecutivo. Ello no es admisible, tanto por la índole del derecho involucrado -relacionado con el derecho a la vida, como lo sostuvo la Corte Suprema, por ejemplo en Fallos: 323:3229- como desde una perspectiva institucional, atendiendo a la división de poderes que inspira a nuestro régimen constitucional".

En igual dirección se expidió luego el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos al hacer lugar al recurso de apelación y, condenar a la empresa de medicina prepaga demandada a cubrir el 100% de los siguientes alimentos: harinas y premezclas libres de gluten, en la medida indicada por la nutricionista -las galletitas dulces, pastas de arroz, premezcla para panadería y repostería, polvos para preparar bizcochuelo, masa para tartas y empanadas, ñoquis, harina de arroz todo marca KAPAC y almidón de maíz y fécula de mandioca-. La enfermedad celiaca tiene como único paliativo una dieta de por vida libre de gluten, es decir, el tratamiento de esa dolencia es el régimen alimenticio. Siendo entonces que tanto el marco legal fijado a nivel nacional y provincial que se refieren a tal enfermedad han establecido la obligatoriedad de su cobertura por los agentes de salud.

En otra causa, la Justicia porteña avanza en igual sentido: "Ello así por cuanto la atención de la salud no puede verse actualmente de modo autónomo en virtud que "un acabado respeto de la dignidad de la persona humana y una política de desarrollo integral de la misma, exige al propio tiempo la atención del acceso a la educación, al trabajo, a un ambiente sano, a una adecuada alimentación..." (Suárez, Enrique Luis "Existe una salud sana?", Ed.Tesis, Bs. As 2015 pág. 14). En similar sentido resolví en el precedente "Marcelo Abantos, Ynés Rita c/GCBA s/amparo" (expte. A37.388- 2015/200) En virtud de lo expuesto, tendrá acogida el planteo de la actora en cuanto a la necesaria cobertura de la dieta especial. Finalmente, debe señalarse que, para la realización de estos objetivos, la Administración depende de los recursos públicos. En este sentido el art. 48 de la Constitución local establece que "Es política de Estado que la actividad económica sirva al desarrollo de la persona y se sustente en la justicia social" y el art. 49 dispone que "El gobierno diseña sus políticas de forma tal que la concentración de actividades (...) concurre a la mejor calidad de vida del conjunto de la Nación"(8).

A partir de este marco jurídico, resulta pertinente traer a consideración que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el primer Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (Jean Ziegler) han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la definición y componentes que comprenden el derecho a la alimentación adecuada. Para el mencionado Comité: "El derecho a la alimentación se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla" y, entre sus componentes esenciales, ha determinado que el contenido básico comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (Comité DESC, Observación General 12 (1999), párrafos 6-8). Por su parte, el Relator Especial define el derecho a la alimentación de la siguiente forma: "El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna. "(Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, Séptimo período de sesiones, A/HRC/197/195, 10 de enero de 2008).

Ahora bien, en un caso aún más sorprendente por su proyección, se obliga con relación al colectivo de alumnos de la CABA a garantizarse una dieta saludable a sus inscriptos, aún cuando como consecuencia de las medidas adoptadas para conjurar la pandemia Covid 19, las clases estuvieran suspendidas.

En efecto, la Justicia de la CABA dispuso hacer lugar -parcialmente- a medidas cautelares ordenando al GCBA (Ministerio de Educación) presente el menú y especificaciones técnicas correspondiente a cada modalidad de Canasta Alimentaria Escolar, diferenciado por edad de los menores y para quienes presenten celiaquía(9).

Y sostiene que la concreción de ello implica que la Administración se encuentra compelida a proporcionar un menú saludable, "...no meramente una bolsa de alimentos, puesto que eso implica desplazar sobre cada familia -y sus conocimientos o posibilidades- el modo en el que consumirán lo dado y no garantiza ni coadyuva a que los menores que dependen de este servicio de comedores obtengan una nutrición acorde a las Pautas de Alimentación Saludable (PAS)".

Ampliando que según la reglamentación de la Ley N° 3704 se entiende por alimentación saludable a aquella "...que incluye una cantidad equilibrada de macro y micro nutrientes, acorde a los requerimientos nutricionales de cada individuo; por "alimentación variada" aquella que incluye todos los grupos de alimentos, asegurando el equilibrio de nutrientes; y por "alimentación segura" aquella que minimiza los riesgos sanitarios, a partir del control de los alimentos y la aplicación de las buenas prácticas de manufactura (conf. art. 1 del Anexo I del Decreto 1/13)".

Finalmente en un párrafo destacable, vincula ese derecho a la salud con la atención a la niñez y adolescencia que resulta prioritaria por manda constitucional, y por disposición convencional el Estado, particularmente, el Poder Judicial, debe tomar como factor gravitante en sus decisiones la especial consideración del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

4. Medidas judiciales permitiendo el acceso a cobertura médica.

Otro potencial aspecto en el que se juega el acceso del derecho a la salud de la persona que presenta situaciones de obesidad mórbida, es la posibilidad de que al considerarlo un factor de riesgo para la salud y consecuentemente, siendo más alto el peligro de que genere requerimiento de prestaciones, el servicio de médico prepago se niegue a contratar. Por esa vía se produce un virtual agravio al dejar sin cobertura a una persona.

Frente a un reclamo de esa naturaleza, el Tribunal Superior de Justicia de Salta dispuso que: "Esta Corte ya ha señalado que el sistema de los afiliados individuales se asemeja a los sistemas de medicina prepaga que poseen las obras sociales privadas (cfr. Tomo 108:273; 132:393; 168:735), las que, conforme lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 26.682, no pueden utilizar como criterio del rechazo de admisión de los usuarios las enfermedades preexistentes, ley que, como expresamente lo establece en su art. 28, es de orden público y, por ende, imperativa -al igual que las Leyes 23.660 y 23.661- y rige en todo el territorio nacional. En consecuencia, la decisión de negar la afiliación solicitada por la actora con fundamento en una circunstancia expresamente prohibida por la norma, excede las presuntas facultades reglamentarias que pretende ejercitar el demandado con sustento en lo dispuesto por la Resolución n° 75-I/08, que regula el Régimen de Incorporación para Afiliaciones Individuales"(10).

No debe perderse de vista que frente a la fuerza normativa de la Constitución, los derechos y garantías no son meras fórmulas teóricas sino que poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Su solo reconocimiento en el documento constitucional lo torna operativo resultando, de suyo, exigible su cumplimiento aún en ausencia de norma general infraconstitucional que desarrolle y concretice el contenido del derecho constitucional. A diferencia de los derechos civiles -que en términos generales se definen como un "no hacer"(11), "no interferir"- los derechos sociales prestacionales exigen un dar o hacer. Tienen en mira propender hacia alguna forma de equilibrio o igualdad, procurando corregir las desigualdades de hecho a través de un régimen diferenciado (cfr. SAMMARTINO, Patricio, "Principios Constitucionales del Amparo Administrativo", Lexis Nexis, 2003, p. 128).

En efecto, el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía normativa (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; 3º y 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12 incs. 1º y 2º ap. d) del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4º inc. 1º, 5º inc. 1º y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Pero si no puede haber un impedimento al ingreso, tampoco es razonable la exclusión de la persona que presenta esa situación sea dejada de improviso sin cobertura. En tal sentido se dijo: "La obra social accionada debe mantener cautelarmente la afiliación de la amparista, que había revocado unilateralmente, pues no se advierte ilegalidad o ilegitimidad manifiesta en el acto que permitió su ingreso, donde se afirmó tener conocimiento de la preexistencia de la enfermedad que aquejaba a aquélla -en el caso, obesidad-, y dejarla sin cobertura conllevaría un riesgo a su salud, teniendo en cuenta su delicado estado físico y psíquico" (12).

5. Medidas judiciales referidas al acceso al tratamiento médico.

Existen casos tal como mencionamos anteriormente, en que resultaría en principio solo necesario el seguimiento de ciertas dietas para reducir el peso corporal y mejorar la salud y consecuentemente los riesgos que se ciñen sobre la misma. Pero es sabido que existen otros supuestos que adquieran mayor complejidad en su abordaje, y que no sólo pueden requerir tratamientos para la psiquis, sino intervenciones quirúrgicas, con los riesgos y costos inherentes a las mismas.

Aparece entonces como un eventual problema, la potencial falta de cobertura a tales prestaciones especializadas por parte del sistema de salud, y nuevamente los juzgados se constituyen en la última ratio posible para lograr el anhelado tratamiento.

Pero antes de ingresar en la casuística, debe advertirse que la complejidad de cada una de las situaciones origina una jurisprudencia dispersa que brinda precisamente soluciones puntuales a las características de cada una de ellas; sin perjuicio de la existencia de un marco general que ampara los reclamos en la materia.

Es que como punto central de este trabajo sostendemos que el derecho a la salud tiene rango convencional y constitucional, y que su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía del amparo (13). Es que conforme la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas -entre otros aspectos- a asistencia médica (art. 11).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure - entre otros beneficios- la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre las medidas que deben adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 12, incs. 1 y 2, ap. a).

Pasando ahora sí a una aproximación más casuística, debemos mencionar que si la obesidad ocasiona comorbilidades y deriva en otras eventuales patologías, todas ellas deben ser tratadas, puesto que es claro que la salud debe ser garantizada en sus múltiples dimensiones.

Así cuando "una mujer de 52 años de edad que presenta obesidad mórbida severa asociada a diabetes mellitus tipo II, hipertensión arterial, síndrome depresivo e imposibilidad de movilizarse" (fs. 1 vta. y fs. 5). Señala que a la fecha de la interposición de la demanda poseía un peso de 199,300 kg., una estatura de 1,54 mts., y un IMC de 86. Manifiesta que reside en una pequeña

vivienda en la villa 1.11.14 de la Ciudad con tres de sus siete hijos y que para desplazarse -incluso para ir al baño- depende enteramente de la ayuda de ellos o de terceros ya que en los últimos tres años perdió toda movilidad (fs. 1 vta./2)", la Justicia(14) no duda en disponer una medida cautelar tendiente a atender integralmente su situación(15).

Respecto del acceso a la cirugía bariátrica, tratamiento requerido frente a situaciones de salud que no tienen otro medio posible para conjurar la obesidad, frente a la denegatoria se ha dicho que: "La acción de amparo promovida por una afiliada contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán a fin de que éste le proporcione la cobertura integral del costo de una cirugía bariátrica debe ser parcialmente admitida, pues quedó acreditado tanto el vínculo jurídico que une a la actora con el ente demandado, como su patología, la necesidad y pertinencia de la prestación solicitada"(16).

En un caso similar, en el cual la paciente no pudo obtener reducción de peso por otros medios y se encontraba en riesgo la salud, "La sentencia que condenó a una empresa de medicina prepaga a cubrir en forma integral los costos que insuma una intervención quirúrgica bariátrica en el centro médico y con el profesional elegido por la amparista -en el caso, una mujer de 24 años con una obesidad mórbida de grado III de riesgo muy severo- debe ser confirmada, pues la negativa de aquélla no tiene sustento dada la urgencia que se ha creado por el peligro al que está sometida su integridad física y su salud, máxime cuando la actora ya recurrió a todos los métodos para bajar de peso sin resultado positivo, incluso agravamientos por efecto rebote"(17).

En igual sentido: "La empresa de medicina prepaga accionada debe cubrir la intervención de by-pass gástrico requerida por un afiliado que padece obesidad mórbida sin que la falta de realización del tratamiento previsto en la resolución M.M.S. 742/2009 sea óbice para ello, en tanto se trata de una persona cuya enfermedad se origina en la infancia, cuenta con antecedentes familiares, ha realizado tratamientos para bajar de peso que fracasaron y el peligro al cual se enfrenta no admite dilaciones e incertidumbres que implica el sometimiento a ese programa"(18).

Cabe mencionar que no solo alcanza con la cobertura de una eventual intervención quirúrgica, ya que pueden requerirse tratamientos adicionales o elementos complementarios y sobre el punto también la Justicia se ha expedido "Corresponde revocar la decisión que si bien hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Instituto Provincial de Salud proveer en forma integral la práctica quirúrgica de cirugía bariátrica, según presupuesto conformado por la obra social, omitió expedirse respecto de la cobertura integral de todos los tratamientos médicos solicitados, lo que constituye una anomalía que afecta su validez por incongruencia"(19).

Ahora bien, es posible que la obra social pueda argumentar que carece de los profesionales especializados para realizar la cirugía dentro de su cartilla y que ello la exime de la prestación; sin embargo, planteado judicialmente el caso se ha resuelto: "Una obra social debe cubrir el tratamiento integral de la enfermedad de obesidad mórbida padecida por un afiliado, con profesionales ajenos a su cartilla, pues, si bien invocó que posee entre sus prestadores un equipo médico especializado en dicho padecimiento, no acreditó haberlo puesto a disposición del paciente; máxime cuando los informes acompañados por éste no fueron impugnados"(20).

En una línea concordante se ha dicho que "A los fines de que el actor pueda acceder a la cirugía bariátrica pretendida, la solución más apropiada y ajustada a derecho consiste en ordenar a la obra social que ponga a disposición de aquel todos los medios necesarios administrativos y/o tratamientos médicos tendientes a la cobertura de la obesidad que padece, así como al cumplimiento de las exigencias contenidas en la Resolución 742/2009 del Ministerio de Salud, a los fines de la realización de la operación en caso de ajustarse la situación del actor a esas exigencias y ser el tratamiento indicado"(21).

Cirugía reconstructiva estética.

En el caso se plantea la realización de una cirugía estética reconstructiva, luego del éxito obtenido en la reducción de peso mediante una intervención bariátrica, y se obliga a su práctica: "En supuesto como en el caso aquí analizado, como ya lo he referido supra, se encuentra comprometido el derecho a la salud, entendido en su sentido amplio, en virtud de la supremacía constitucional consagrada en el art. 31 de la Constitución de nuestra Nación. En tal sentido, comparto el criterio de considerar que las empresas de medicina privada no deben prescindir también de la función social que tiene el contrato de medicina prepaga en virtud de la entidad de los bienes en juego, como son los relacionados con la salud y la vida de las personas, protegidos tanto por nuestra Ley Fundamental como por los tratados internacionales como se reseñó en párrafos anteriores (cfr. CS in re "Etcheverry, Roberto Eduardo c. Omint Sociedad Anónima y Servicios", E. 34. XXXV, Recurso de Hecho, del 13/03/2001, dictamen del Procurador General al que adhirió el Tribunal, publicado en Fallos 324:677). Esto es que está en juego un derecho de jerarquía superior (salud-vida) y las prepagas tienen un compromiso social con sus prestatarios que va mucho más allá de consideraciones económicas; sin que ello implique desconocer que la demandada es una empresa que tiene una actividad comercial. Pero, también, entre sus fines se tiende a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por las que se adquiere -reitero- un compromiso social con sus usuarios (cfr. criterio CNCiv., Sala L, "M., J.A. c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica", del 21/11/2003, en La Ley, cita Online AR/JUR/4292/2003 y LA LEY, 2004-B, 980)"(22).

6. Conclusiones.

El sobrepeso y sus distintos grados de alcance, se presentan como una problemática vigente, actual, social e individual. Su complejidad se traslada a la esfera de la salud pública, pero también al trato igualitario, a la discriminación y a distintas cuestiones que son centrales para la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Tal como hemos establecido en este artículo, las múltiples dimensiones del problema, requieren un adecuado compromiso de todos los actores del sistema, procurando brindar un acceso razonable a una alimentación nutritiva, sana, adecuada, suficiente y universal; generando en simultáneo una concientización de la población sobre los riesgos que trae aparejado el consumo de ciertos productos(23) y limitando la puesta en el mercado sin una indicación adecuada de los componentes de cada uno de ellos y sus potenciales riesgos en su ingesta.

Frente a determinadas patologías que requieren tratamientos de mayor complejidad, sean estos psicológicos o físicos, se solucionen con dietas especiales o necesiten un mayor grado de intervención, debe existir una cobertura integral y total.

Esa solución no requeriría mayor justificación, en vista a sustentar que una vigencia plena de los Derechos Humanos a los cuales el Estado Nacional (consecuentemente Provincias y Municipios) se ha comprometido a honrar exige tal armonización normativa y conductual, pero aún si alguien intentase plantear razones económicas, alcanza con indicar el enorme costo individual y social que acarrean las patologías asociadas a la obesidad. Pareciera siempre mejor curarse en salud, que hacerlo durante la enfermedad.

Notas al pie:

1) MALAVOLTA, Víctor y PULVIRENTI, Orlando, "La obesidad como causal de discriminación y su regulación legal en la Argentina", SAIJ, 05/08/2020, DACF200170.

2) La Organización Mundial de la Salud advierte en diversos documentos sobre el tema, pero en su página web, en lugar central destaca: "Desde 1975, la obesidad se ha casi triplicado en todo el mundo. En 2016, más de 1900 millones de adultos de 18 o más años tenían sobrepeso, de los cuales, más de 650 millones eran obesos. En 2016, el 39% de las personas adultas de 18 o más años tenían sobrepeso, y el 13% eran obesas. La mayoría de la población mundial vive en países donde el sobrepeso y la obesidad se cobran más vidas de

personas que la insuficiencia ponderal". <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>, consultado el 03/08/2020.

3)
<https://www.argentina.gob.ar/salud/alimentacion-saludable/obesidad>. 4) "...la directora de la Escuela de Nutrición y Dietética de la Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología, Joyce Belmar, advierte sobre los efectos negativos que causan los principales regímenes alimenticios promovidos por Internet y a través de la recomendación de conocidos".
<https://www.latercera.com/noticia/nutricionistas-advierten-peligro-seguir-dietas-milagrosas/> consultado el 03/08/2020.

5) Entre los que podemos ubicar el derecho a la calidad de vida y a desarrollar un proyecto de vida saludable.

6) CFCCA, Sala V, "Cabezas SRL s. Apelación /Secretaria de Comercio Interior", 06/10/2015.

7) CFCiv y Com, sala II, M. A. S., M. N. V. y P. M. S. contra Organización de Servicios Directos Empresarios OSDE, 15/03/2010.

8) Juzgado de 1^a Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Ciudad de Buenos Aires, N., R. E. y Otros c/GCBA s/Amparo, 21-04-2017, IJ-CCCLXXVI-402.

9) Bregman, Myriam T. y Otros c/GCBA s/Medida Cautelar Autónoma, Juzgado de 1^a Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Ciudad de Buenos Aires, 06-04-2020, IJ-CMVX-352.

10) CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SALTA, R., E. J. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de casación, 02/09/2013.

11) La aclaración en "términos generales" que efectuamos, es porque esta lectura no es lineal, aun cuando pueda servir para explicación u orientación general del alumnado, ciertamente los derechos humanos de primera generación, requieren obrar del Estado. Por ejemplo, garantizar la libertad individual, supone la existencia por ejemplo de fuerzas de seguridad y del Poder Judicial, con una organización a tono con la tutela y efectivización de los mismos, y consecuente de un "hacer" estadual.

12) Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, L. M. A. c. I.O.M.A. s/ amparo y beneficio de litigar sin gastos, 02/08/2012, La Ley Online, AR/JUR/50390/2012.

13) CSJN, "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional", sentencia del 22 de febrero de 1999, CCAYTCABA, Sala II en autos "Trigo, Manuel Alberto c/GCBA y otros s/medida cautelar", expte. 4582/201, 13/05/2002; "Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo árt. 14 CCABA]", expte. 20324/200, 26/05/2008.

14) JCAYT, "D. M. T., c. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - MINISTERIO DE SALUD y Unidad de Gestión del Programa Incluir Salud en la Ciudad de Buenos Aires (Agrupación Salud Integral o quien la reemplace) s. Amparo", 25/07/2017.

15) Concretamente ordena "Conceder la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la CABA que a través de la dependencia que corresponda adopte en un plazo máximo de cinco (5) días, las medidas necesarias a fin de disponer la internación de la amparista D. M. T. en un centro asistencial de segundo nivel de atención - ya sea perteneciente a la red de efectores del GCBA, o de gestión privada a costa del demandado-, en el que puedan estabilizarse sus condiciones de salud, y se le suministren los tratamientos, medicación y alimentación adecuada y necesaria a su patología".

16) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, sala I, B., M. A. c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán s/ amparo, 07/06/2013, LLNOA 2013 (noviembre), 1185, AR/JUR/46908/2013.

17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, "Borgiattino, Noelia Eva c. Swiss Medical S.A. s/ amparo", 14/05/2013, La Ley Online, AR/JUR/19630/2013.

18) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela o 12/04/2012 o Sottocorno, Marcos c. Asoc. Medica Depto. Castellanos s/ amparo o LLLitoral 2012 (septiembre), 912, AR/JUR/24109/2012.

19) Corte de Justicia de la Provincia de Salta o 13/03/2012 o Linares Díaz, María de Los Ángeles c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/amparo - recurso de apelación o LLNOA 2012 (julio), 628, AR/JUR/19702/2012.

20) Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Diana, Vanesa Mirta c. OSECAC s/sumarísimo, 26/02/2013, La Ley Online, AR/JUR/1909/2013.

21) Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, "F. J. H. c. Obra Social OMINT S.A. De Servicios", 17/04/2012, ED 14/06/2012, 7,

22) CÁMARA DE APPELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, T., M. E. c. Sancor Salud (Medicina Prepaga) s/ amparo, 24/09/2013. Ver también, ROIBON, María Candelaria "La obesidad y el derecho a la salud", LLLitoral 2008 (diciembre), 1181.

23) No puede dejar de advertirse que más allá de la consideración de la obesidad como una enfermedad física, no pocos estudios psicológicos señalan el componente adictivo asociado a la ingesta compulsiva de alimentos y particularmente de aquellos poco saludables. (Ver entre muchos otros, Regader, Bertrand, Obesidad: factores psicológicos implicados en el sobrepeso, en Psicología y Mente; Tamayo Lopera, diego y Restrepo, Mauricio, Aspectos psicológicos de la obesidad en adultos, Revista de Psicología de la Universidad de Antioquia, Vol. 6, N°1 enero-junio 2014; Quintero Javier y otros, Psicopatología en el paciente con obesidad, Madrid España, Salud Mental, 2016:39, 123-130).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 18 DE AGOSTO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.31, Constitución de la Nación Argentina Art.33, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 22.802 Art.9, Ley 23.660, Ley 23.661, Ley 24.240 Art.4, LEY 26.588, LEY 26.682 Art.10, LEY 26.682 Art.28, Ley 23.054, Ley 23.313, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.48, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.49, LEY 3704, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10***

Ref. Jurisprudenciales: "Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios", CSJN, CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 13/03/2001, "AYUSO, MARCELO ROBERTO Y OTROS c/ OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES s/ AMPARO", CAMARA DE APPEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS.. CIUDAD DE BUENOS AIRES, 26/05/2008

La obesidad como causal de discriminación y su regulación legal en Argentina

MALAVOLTA, VÍCTOR A.|PULVIRENTI, ORLANDO
Publicación: www.sajg.gob.ar, 5 DE AGOSTO DE 2020

TEMA

SALUD PUBLICA-TRASTORNOS ALIMENTARIOS-OBESIDAD-DISCRIMINACION-DISCRIMINACION
POR ASPECTO FISICO

TEXTO

1. Introducción.

La tapa de la revista Caras de la última semana de julio 2020 generó una enorme polémica(1) sobre la forma en que trató la imagen de la princesa del trono del Reino de los Países Bajos, ante todo y más allá de su expectativa sucesoria, siendo una adolescente con algún sobrepeso corporal. Superpuesto a una foto de la Reina y la princesa, se leía "La hija mayor de Máxima luce con orgullo su look 'Plus Size'" subtitulando: "Analía (16) la heredera al trono de Holanda, víctima del bullying enfrenta las críticas con fortaleza, y con el apoyo incondicional de sus padres. Una princesa que vive su adolescencia sin tabúes y defiende su figura de omujer realo".

La discusión se centró sobre el tono discriminatorio que asumió la nota que abordaba la cuestión(2). Pero lo que ha hecho esta noticia es poner sobre la mesa un problema de antigua data y que no se ha logrado superar en nuestra sociedad, que radica en la adopción de conductas que estereotipan supuestos modelos de belleza, que condicionan y generan inconvenientes de salud psíquica y física, en las y los niñas, niños y adolescentes; y que en simultáneo promueven parámetros de discriminación basados en los caracteres personales.

Ahora bien si la circunstancia revela el problema, no lo es en particular la noticia, sino la realidad. De hecho, desde hace años cuando se analiza la estadística de los motivos por los cuales se denuncia a las confiterías y locales bailables, por discriminación, en la mayor parte de casos obedece precisamente a invocación de razones vinculadas al sobrepeso(3). Curioso, en una sociedad que ha distorsionado las pautas de alimentación, que ha generado más obesidad que nunca en el tiempo; es la misma que intenta generar un modelo de belleza, en el cual el sobrepeso es observado como causa para afectar la dignidad de las personas.

En este contexto, el abordaje jurídico de la cuestión se torna particularmente sensible, pero también dificultoso. Es evidente que la dimensión multidisciplinaria trasciende como un dato significativo para observar el fenómeno. Nótese que escasamente tratado en la literatura jurídica, ya la psicología advierte sobre el incremento de esta lamentable conducta social. Dice así Baile, que "La discriminación por obesidad se está convirtiendo en uno de los motivos más graves de discriminación en muchas sociedades y, como hemos visto, no afecta a un número pequeño de personas, sino que dada la prevalencia de la obesidad, millones de personas se encuentran en riesgo de discriminación. Es por tanto, un motivo más para la lucha en la prevención de la obesidad, pero también una llamada al necesario respeto del diferente"(4).

2. La obesidad como cuestión de salud.

Por la naturaleza del tema resulta necesario procurar un equilibrio, en tanto no estamos entronizando, ni preconizando el sobrepeso. Entendemos conforme a los múltiples estudios médicos y científicos publicados de a cientos en numerosas páginas, pero también señalado por los organismos rectores en la materia tanto internacional(5) como localmente, que el exceso de lípidos en el ser humano resulta perjudicial para su estado de bienestar general.

Bajo estos parámetros es claro que se propicia la existencia de un peso adecuado, siendo que su no observancia aparece como una cuestión de salud

individual y pública.

El carácter extendido del problema es demostrado en la propia página web del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se expresa: "Más del 50% de la población en Argentina tiene exceso de peso. Esto aumenta el riesgo de tener más de 200 problemas de salud, como por ejemplo: diabetes, hipertensión arterial (presión alta), enfermedades respiratorias crónicas, enfermedad de los riñones, del hígado y algunos tipos de cáncer"(6).

Ahora bien, a la par de ello no podemos dejar de señalar la combinación de diversos factores que suelen explicar al menos en la literatura argentina, los llamativos y preocupantes índices que presenta esta dificultad; a la cual y a la contribución en su génesis, no le son ajenas las circunstancias económicas por las que atraviesa desde hace años la mayor parte de nuestra población.

En efecto, es cierto que se advierte la tendencia a la ingesta de productos más calóricos en virtud de modas o medios de consumo que ha alentado la publicidad(7) inclusive durante años(8). El mercado, así ha ido imponiendo por un lado a extensos sectores medios de la población, el gusto por productos cargados de grasas trans, sodio, harinas y azúcares. Pero no es menos posible, que también la pobreza que afecta a enormes proporciones de nuestro País, contribuya a un consumo de alimentos de menor precio y que se logran precisamente mediante la combinación de esos mismos ingredientes(9).

No en vano la Argentina es en el mundo uno de los países con mayores consumos per cápita de galletitas, harinas, gaseosas y grasas(10). Indudablemente un cóctel que termina provocando como consecuencia un peso no saludable, luego reflejado en tasas de incidencia poblacional de afecciones cardíacas, cáncer, diabetes y otras patologías vinculadas a dicha situación general del estado físico.

3. El modelo de belleza.

Curiosamente la misma sociedad que ha generado numerosas pautas de alimentación poco saludable a la que hemos referido precedentemente; que ha entronizado como paradigma del consumo a la comida rápida hipercalórica, es la que establece como modelo de belleza a personas que cuyo índice corporal o valor de IMC es de 25 o menos. Incluso debemos aclarar casos, en los que precisamente esas personas presentan trastornos alimenticios, pero por estar debajo del peso que resulta saludable conforme a altura y edad; tal como revelan también los fenómenos de la anorexia y la bulimia.

Es así que como mencionan distintos estudios psicológicos la persecución colectiva por conseguir un peso ideal - que es un estándar o estadística general -, ubica a las personas que padecen obesidad como objeto de humillación y discriminación social. Es que la sociedad, la publicidad y los medios de comunicación imponen ese modelo estético y de belleza irreal, que desencadena que quienes no encuadran bajo dichos parámetros sean apartados y marginados. Esa especie de darwinismo social, determina que quienes sufren obesidad sean observados como aquello a lo que se tiene miedo y no se quiere llegar a ser.

Más gravoso aún, si el sobrepeso es un factor de riesgo para una buena salud, la discriminación de la que es objeto quién se encuentra en esa situación, lejos de ayudar a dar respuesta al problema estrictamente físico, agrava la situación. En ese sentido, por un lado señala el Dr. Martínez Duartez, que "El estigma crea un círculo vicioso. Las personas que reportan haber experimentado un estigma de peso tienen más probabilidades de aumentar de peso en el futuro y alcanzar un IMC (índice de masa corporal) categorizado como obeso. La evidencia es muy clara de que el estigma de la obesidad no motiva a las personas con obesidad a perder peso. De hecho, se observa que participan menos en la actividad física..."(11). Pero por otro lado, ello es más grave en la apreciación de un estudio sostenido en la Universidad de Florida, en el que se arriba a la conclusión de que "independientemente del IMC, la discriminación por razón de peso provoca un incremento en el riesgo de mortalidad. Esto no es debido al peso, sino por las consecuencias de la discriminación"(12).

En este particular esquema, bien destaca que tal vez la alternativa generada por el propio mecanismo que alienta ese consumo, es la aparición de dietas. Dietas de todos los colores y tipos, muchas de ellas como demuestra la literatura científica, no solo alejada de cánones razonables, sino inclusive muy peligrosas para la propia subsistencia de la persona(13).

4. La dignidad de las personas y el combate a la discriminación en el ámbito de los DDHH.

Detengámonos por un momento en un fenómeno más reciente pero que también tiene un impacto notable en la cuestión. Si la mofa, la burla o el chiste de mal gusto sobre la obesidad produce dolor en el destinatario; las redes sociales han multiplicado ese riesgo y el alcance del potencial daño se hace mucho más visible.

Ahora bien, un problema que puede presentarse es el lenguaje en que están pensados los instrumentos jurídicos, la experiencia que los mismos recogen, el momento de su redacción y el problema que diagnostican e intentan solucionar. Esta breve aclaración se revela útil cuando uno comienza a analizar los distintos textos jurídicos existentes en el marco internacional sobre la materia.

En América, por un lado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su "Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" y por otro la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Claramente se procura erradicar la discriminación, pero entre las causas específicamente designadas no se encuentra la obesidad. Entendemos de cualquier manera que la expresión genérica "o de cualquier otra índole" es una forma amplia que permitiría encuadrar supuestos como el aquí considerado, en tanto genere un trato distintivo y de desconocimiento de derechos, que merezca tutela legal.

Abona esta postulación, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que ha asignado un concepto amplio a la protección de la igualdad. Así ha dicho que si bien la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen una definición explícita del concepto de "discriminación"; debe entenderse por tal: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"(14).

De ello deriva necesariamente que los Estados "...están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"(15).

Nótese que cuando la CIDH sumariza las condiciones para considerar que existe discriminación, entiende que no toda diferencia de trato será reputada como tal, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser razonablemente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio

diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad. El primero de ellos, es coincidente con el supuesto que comentamos. Es imposible escindir la condición o carácter personal, del individuo, sin que pierda su dignidad(16).

En el sistema regional europeo de Derechos Humanos, ha tenido ya lugar el planteo respecto de si la discriminación por causa de obesidad se encuentra contemplada en sus instrumentos jurídicos, en gran medida análogos en la materia al americano. La respuesta si bien interesante, no deja de tener cierta controversia; más allá de que la misma refiera al ámbito de aplicación a las relaciones de empleo público.

Puntualmente a principios de 2015 una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), consideró a la obesidad mórbida como una causa de discapacidad en relación a la directiva comunitaria relativa a la igualdad de trato en la ocupación. El caso se plantea cuando Karsten Kaltoft que trabajó como empleado del Gobierno Danés durante quince años es despedido en 2010, alegando que lo fue por razón de su obesidad; el Estado argumentó que fue por cuestiones de disminución del número de niños de los cuales él se encargaba de su cuidado. Kaltoft siempre pesó más de 160 kilogramos, y a pesar de los acompañamientos de salud del Estado empleador no logró la reducción del mismo.

Repasada la legislación europea la obesidad no se refiere expresamente como uno de los motivos discriminatorios; sí el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) indica como tales a la edad, orientación sexual, discapacidad, raza, convicciones, religión, sexo y origen étnico.

Tampoco menciona este supuesto el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se indican el color de piel, los orígenes sociales, las características étnicas, la lengua, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, las características genéticas, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio y el nacimiento.

Ahora bien siendo que la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, establece un marco general para regular la igualdad de trato en el ámbito del trabajo, pero no se contempla este supuesto; si en el artículo 5º se establece la garantía de igualdad para con las personas que presenten alguna discapacidad.

Una vez comprobado que la obesidad no figura en ningún listado normativo comunitario como fundamento de discriminación, cabe señalar que una de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE consistía en determinar si la obesidad se podía considerar un tipo de discapacidad. En este aspecto, se entendería como una de las discriminaciones prohibidas por la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000(17). Es decir que en el sistema europeo, se realiza toda una errática interpretación normativa para equiparar la obesidad con la discapacidad para brindar tutela; cuando no necesariamente el sobrepeso que estigmatiza o motiva el acto discriminatorio, puede implicar un impedimento laboral. Es decir, esa particular argumentación puede resultar en una solución del injusto en el caso, pero al mismo tiempo desprotege irracionalmente un posible gran conjunto de actos que debieran ser condenados.

5. El entramado jurídico argentino.

Cuando ingresamos al entramado jurídico argentino - del cual claramente forma parte a la luz del artículo 75 inciso 22 de la CN, la jurisprudencia de la CIDH que citamos precedentemente -, debemos analizar el impacto de las distintas regulaciones en la prevención y en la eliminación de la discriminación que entendemos y creemos haber demostrado en este trabajo es tal, cuando se trata de prejuicios o distinto trato de una persona, basados en su sobrepeso.

Es indudable que la ley marco para entender el fenómeno en la Argentina es la Ley 23.592 que sanciona las conductas discriminatorias. La obesidad no aparece directamente mencionada como situación regulada y puede en algún momento haber generado dudas sobre si debía entenderse o no incluida. El derrotero seguido por otras leyes ulteriores, permiten hacer esa errónea inferencia, que intentaremos despejar en las próximas líneas.

El abordaje más amplio en la materia del problema de sobrepeso está contenida en la Ley 26.396, aún cuando pueda discutirse la eficacia de todas las políticas allí impuestas y eventualmente el grado de cumplimiento que se le da en todas las jurisdicciones argentinas.

Ello así por cuanto en primer término se centra en la salud integral de la persona, y en los efectos físicos y psicológicos que conlleva la mala alimentación en general y los trastornos alimenticios en particular. Pero también no deja fuera de su consideración, el efecto que producen los estereotipos de belleza y el otro mal que hemos indicado, que es la proliferación de dietas peligrosas(18).

Ahora bien, más allá del tratamiento pluridimensional y elogiable de la disposición; en materia de prevención de discriminación, solo encontramos un par de artículos entre los cuales destaca el artículo 17, que refiere esencialmente a las prendas de vestir, aunque comprende por cierto a cualquier otro servicio o bien que se pueda comercializar. Allí se estipula que los "proveedores de bienes o servicios con destino al público en general, no podrán negarse, ante el requerimiento de una persona obesa, a proporcionar el bien o servicio solicitado, en las condiciones que al respecto establezca el Poder Ejecutivo. " Y lo más significativo, entiende que tal negativa será considerada acto discriminatorio en los términos de la Ley N° 23.592.

Pero ello permite colegir dos conclusiones posibles, primero que la Ley 23.592 autónomamente no prevé el supuesto y que por ello se remite en esta ley especial a esa norma; segundo, que si así fuese entendido, sólo sería un supuesto de discriminación, el contemplado y al que remite específicamente, el artículo 17 de la Ley 26.396.

Entendemos que ella no puede ser la explicación posible puesto que siendo exacto que gran parte de nuestra vida de relación social se haya vinculada a la adquisición de bienes y servicios, la discriminación puede referir a otras conductas, tales como trato, apreciaciones, exclusiones o apartamientos de otros congéneres.

Pero además aduna esta lectura, la circunstancia de que el artículo 1º segundo párrafo de la Ley 23.592, establezca que "A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. " Y como si ello fuese poco, distintas normas se han ocupado de regular supuestos en los que la utilización de esa condición personal es aplicada para evitar incluso el ingreso a actividades públicas, de esparcimiento, espectáculos públicos, locales bailables, entre otros(19).

Por ello sostenemos que el marco general que brinda nuestro sistema constitucional en general (Constitución Nacional, Tratados Internacionales y Leyes Federales cfr. Artículos 27 y 31 de la CN), y luego las normas del derecho administrativo y del Código Civil y Comercial (artículo 1 ccds. y ss.), es un conjunto integral que debe ser interpretado hermenéuticamente, no admitiéndose la discriminación por causal alguna. Y entre ellas, debe mencionarse la que refiere al aspecto o caracteres físicos de una persona, incluyendo necesariamente la tutela de quién lo sea por su eventual sobrepeso corporal.

Solo eliminando todo motivo de discriminación, y utilizando el derecho como medio e instrumento de igualdad real, es posible construir una sociedad más justa. Y ello es lo que indica el Preámbulo de nuestra Constitución cuando

también habla de afianzar la Justicia, no es solo la institución, son también los valores que engrandecen a una sociedad pilar de cualquier Estado.

6. Conclusiones.

La anécdota que dio origen a este artículo es poderosa por la imagen traída nada menos que por una publicación habitual y trato que se le acordó a una persona menor de edad; pero no deja de ser lamentablemente una cuestión que se ha hecho bastante común, que es la adopción de conductas discriminatorias frente a personas que presentan sobrepeso.

Curiosamente el sobrepeso, que alcanza a la mayor parte de la población argentina, es un mal desde el punto de vista de la afectación de la salud pública, que encuentra gran parte de su explicación ya sea o en los productos que promociona el "mercado" o en las consecuencias disvaliosas que produce un subproducto del mismo, que es la pobreza. Y también presenta la rareza, de que a nivel estético, se propicia un ideal de belleza que hace hincapié y promueve el bajo peso corporal, casi al límite de lo que resultaría saludable.

Tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en el ámbito del Derecho Argentino, existen mecanismos destinados a prevenir y erradicar conductas que se entiendan desigualitarias y discriminatorias.

En el curso de este trabajo, hemos demostrado que la discriminación que se dirige hacia una persona con causa en su figura, sobrepeso o apariencia física, debe ser tratada de la misma manera que cualquier otra conducta reprochable bajo la misma tipología.

La discriminación por razones de obesidad, es condenable así de igual manera que cualquier otra; y exige, la adopción de medidas positivas para evitar su reiteración y persistencia, dado el daño individual y social que provoca.

Una sociedad más igualitaria, justa e inclusiva se garantiza con ciudadanos atentos a sus derechos, conscientes de sus obligaciones y un Estado comprometido en la tutela de esas libertades, garante de la equidad y activo en las políticas contra la discriminación de cualquier naturaleza.

Notas al pie:

- 1) Tapa Caras, "La hija mayor de Máxima luce con orgullo su look 'plus size'".
- 2) "Una polémica que merece ser tapa. La princesa "plus size": El cruce de MujeresQueNoFueronTapa con la revista Caras", Página12, 24/07/2020; "La polémica tapa de la revista Caras sobre la hija de Máxima Zorreguieta llegó a los medios de Holanda", Infobae, 04/08/2020.
- 3) La Ley 26.370 establece en su Art. 4 que el "Derecho de admisión y permanencia: es el derecho en virtud del cual, la persona titular del establecimiento y/o evento, se reserva la atribución de admitir o excluir a terceros de dichos lugares, siempre que la exclusión se fundamente en condiciones objetivas de admisión y permanencia, que no deben ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ni suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas, así como tampoco colocarlas en situaciones de inferioridad o indefensión con respecto a otros concurrentes o espectadores o agraviarlos." Por su parte el RENCAP que registra las denuncias que se le formulan por actos de violencia física o psíquica en la admisión o permanencia, acredita que casi un 25% de las denuncias refieren a episodios de discriminación en los que se invocan las características físicas de las personas para impedir el acceso a los locales.
- 4) Baile José Ignacio, *Discriminación por obesidad. Perspectiva psicosocial*, Madrid. Ed. Pirámide, 2018.
- 5) La Organización Mundial de la Salud advierte en diversos documentos sobre el tema, pero en su página web, en lugar central destaca: "Desde 1975, la obesidad se ha casi triplicado en todo el mundo. En 2016, más de 1900 millones de adultos de 18 o más años tenían sobrepeso, de los cuales, más de 650 millones eran obesos. En 2016, el 39% de las personas adultas de 18 o más años tenían sobrepeso, y el 13% eran obesas. La mayoría de la población mundial vive en países donde el sobrepeso y la obesidad se cobran más vidas de personas que la insuficiencia ponderal." <https://www.who.int/es/news-room/detail/07-05-2017-obesity-facts-and-figures>

room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight, consultado el 03/08/2020.

6) <https://www.argentina.gob.ar/salud/alimentacion-saludable/obesidad>.

7) Reyes Pedraza, María Eugenia, García González, Janet y Téllez Castillac, María Delia, Impacto de la publicidad en los hábitos alimenticios en los niños, en Revista Española de Comunicación en Salud, 2018, Vol. 9, N° 2, 116-126 consultado en <https://doi.org/10.20318/recs.2018.4490> el 04/08/2020.

8) Es interesante la tesis de Salinas Bustos, Doris, EL IMPACTO PUBLICITARIO DEL MEDIO TELEVISIVO SOBRE EL CONSUMO DE ALIMENTOS CHATARRA EN NIÑOS DE 5 A 8 AÑOS DE EDAD, EN LOS MUNICIPIOS DE TENANCINGO, VILLA GUERRERO EIXTAPAN DE LA SAL (2014 - 2015), Universidad Autónoma del Estado de México, al referir al destino que tiene esa publicidad para formar los deseos del consumidor desde la niñez. (<https://core.ac.uk/download/pdf/55531415.pdf>).

9) "La coexistencia de obesidad y desnutrición es un fenómeno que crece en las clases más desfavorecidas de América latina, afirmó el doctor Manuel Peña, representante de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en Kingston, Jamaica, y coeditor del libro "La obesidad en la pobreza. Un nuevo reto para la salud pública", <https://www.lanacion.com.ar/ciencia/a-mas-pobreza-mas-obesidad-nid30329/>.

10) "Malnutrición por exceso y pobreza. En los países de medio y bajo ingreso, el crecimiento de la prevalencia de la obesidad y el sobrepeso se da aun cuando la desnutrición no ha sido erradicada. La malnutrición por exceso crece de manera sostenida, afectando mayormente a quienes viven en situaciones de vulnerabilidad social y económica. Las dietas saludables tienen un costo mayor que las dietas con alimentos ultraprocesados y menos nutritivos: frutas, verduras, lácteos, pescados y carnes son los que menos se compran cuando se tienen ingresos bajos." Mozzoni, Agustina, "Derribando mitos: Alimentación, pobreza y obesidad", La Voz, 16/01/2020.

11) Ingrassia, Víctor, El Sobre peso y la obesidad saludable no existen, Infobae, 03/08/2020, en <https://www.infobae.com/salud/2020/07/23/el-sobre peso-y-la-obesidad-saludables-no-existen-la-mirada-medica-sobre-la-tapa-de-caras-y-la-princesa-de-holanda/> consultado el 03/08/2020.

12) Sutin, Angelina R., Yannick Stephan, Terracciano, Antonio, Weight Discrimination and Risk of Mortality, Psychological Science Corbin, 29/09/2015 en <https://doi.org/10.1177%2F0956797615601103>. Ver también Juan Antonio, Sufrir discriminación aumenta el riesgo de muerte en personas con sobrepeso, en Psicología y Mente, <https://psicologiyamente.com/clinica/sufrir-discriminacion-sobre peso-aumenta-riesgo-muerte>, consultada el 03/08/2020.

13) "...la directora de la Escuela de Nutrición y Dietética de la Universidad Iberoamericana de Ciencias y Tecnología, Joyce Belmar, advierte sobre los efectos negativos que causan los principales regímenes alimenticios promovidos por Internet y a través de la recomendación de conocidos." <https://www.latercera.com/noticia/nutricionistas-advierten-peligro-seguir-dietas-milagrosas/> consultado el 03/08/2020.

14) Corte IDH. Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 2393; considerando 81.

15) Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 247.

16) Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 32918.

17) <https://www.24horas.cl/noticiasbbc/tribunal-europeo-sentencia-que-obesidad-puede-ser-una-discapacidad-1531629>; ver también <https://www.cerem.mx/blog/discriminacion-laboral-por-obesidad>.

18) Hablamos sobre la eficacia de la norma, porque basta con leer cualquier revista de interés general, o abrir un enlace en internet, para observar la multiplicación de supuestas dietas y consejos milagrosos para perder peso de maneras extraordinarias; o la publicidad sobre suplementos, brebajes, hierbas y píldoras mágicas que prometen aquello que no solo científicamente no está demostrado, sino que resulta hasta peligroso para la salud.

19) El artículo 4º incorporado por Ley N° 24.782 B.O. 03/04/97, a la 24.592

estableció que "Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a los locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes u otros de acceso público, en forma clara y visible el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el de la ley", y por su parte el artículo 5º añadió que " El texto señalado en el artículo anterior, tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente. En el mismo al pie, deberá incluirse un recuadro destacado con la siguiente leyenda:"Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o juzgado civil de turno, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia.". No obstante la falta de vigilancia, hizo que el legislador volviese sobre el tema con la Ley N° 25.608 B.O. 8/7/2002, que incorporó el artículo 6º "Se impondrá multa de \$ 500 a \$ 1.000 al propietario, organizador o responsable de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos u otros de acceso público que no cumpliera estrictamente con lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la presente ley. " Y como si fuese poco, ya hemos mencionado la Ley 26.370 que precisamente aclara estas cuestiones más precisamente, volviendo a regular sobre aspectos parcialmente superpuestos.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 5 DE AGOSTO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Constitución de la Nación Argentina Art.27, Constitución de la Nación Argentina Art.31, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 23.592 Art.1, Ley 23.592, LEY 26.396 Art.17, LEY 26.396, Ley 23.054, Ley 23.313, **128.TRA I 000000 1948 04 30**

Ref. Jurisprudenciales: "Caso Atala Riffo y Niñas c/ Chile s/ sentencia de fondo, reparaciones y costas", CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SAN JOSE DE COSTA RICA, 24/02/2012

"Nuevos aires se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayan)"

VILLALBA, GISELA PAOLA

Publicación: www.sajg.gob.ar, 28 DE ENERO DE 2020

TEMA

DELITOS-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-VIOLENCIA DE GENERO-ORIENTACION SEXUAL-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-GRUPOS VULNERABLES-LGBTBIO

TEXTO

El fallo anotado

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nº 6, Secretaría nº 118. Rta. 18/09/2018, "ELDJT s/....", Causa nº 69543/2017.

El 18 de septiembre de 2018, se resolvió decretar el procesamiento, sin prisión preventiva de ELDJT, por considerarlo "prima facie" autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves, lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 en función del art. 92 y en función del art. 80 inc. 11º, 142 inc. 1º y 164 del CP) y se dispuso la prohibición de acercamiento a un radio no menor de 300 metros respecto al domicilio y de mantener todo tipo de contacto con la denunciante VJ.

Hecho:

Se iniciaron las presentes actuaciones a raíz del acta rubricada por la Oficial Principal Flavia Díaz de la División Protección Familiar C.C. 15 de la Policía de la Ciudad, en la que dejó constancia que el 19 de noviembre de 2017, a las 02:45 horas, se había presentado en la dependencia ELDJT en compañía de AC, manifestando que momentos antes, mientras se hallaba en su domicilio sito en XXXX de esta ciudad, junto a su ex pareja, VJ -que según se lee del acta de fojas 1 se trata de una persona transgenero-, se originó una pelea por cuestiones de dinero, lo cual cada vez se tornó más violento entre ellos, llegándose a golpear, amenazar con un cuchillo. Según dicha constancia además en un momento ELDJT se retiró del lugar, cerrando la puerta con la única llave, dejando a VJ encerrada. Ante ello, personal policial se presentó en el inmueble en compañía de la amiga de ELDJT -AC-, quien poseía las llaves del domicilio, a los fines de establecer el estado de salud de VJ, quien tras su declaración testimonial de fs. 2 instó la acción penal contra ELDJT en orden a los hechos que la damnificaran.

Antes de comenzar a analizar el fallo objeto de análisis, es necesario, realizar una mención especial al fallo conocido públicamente como "Sacayán", que marcó un antes y un después en el derecho penal. El fallo "Sacayán", caratulada "Marino, Gabriel David y otro s/ homicidio a una mujer perpetrado por un hombre y mediante violencia de género, damnificada: Sacayán, Amancay...". El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 4, el 18 de junio de 2018, condenó a Marino a cadena perpetua como coautor del delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género, tratándose de un momento bisagra para el derecho penal, analizándose por primera vez como un "travestecidio", explicando con claridad, los miembros del tribunal, principalmente en sus votos el Dr. Julio Báez, las nociones medulares de la violencia de género y de la identidad de género.

Si bien la figura en cuestión en la actualidad aparece vinculada, también, hacia una situación de "género" u "orientación sexual", su base se remonta al decreto ley 4778/63, ratificado por la ley 17.567, con los aditamentos introducidos por la ley 23.592, interpretando la doctrina que el odio es la aversión que el agente siente por una persona o grupo de personas, siendo por ella que el autor se decide a actuar(1).

El devenir de los tiempos y las reformas legislativas, ampliaron las hipótesis relacionadas con el concepto de odio; la ley 26.743, nos aportó una

definición según la cual se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

La ley incorporó elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales(2).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercibido; los destinatarios son las transexuales, travestis o inter sexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, y a una adecuada calidad.

Todas estas prerrogativas se encuentran en los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592(3).

El derecho a la identidad de género y sexual se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones.

Previo a adentrarme en el análisis del hecho, cabe hacer una breve introducción sobre el marco legal que se tendrá en cuenta para el presente caso, encomendado a los delitos denominados de "violencia contra las personas LGBTIQ", esto es, supuestos en que se ejerce violencia sobre grupos especialmente victimizados por cuestiones de género y orientación sexual, como las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, tráns generos e intersexuales.

En nuestro país resulta de importancia la Ley 26.791, aprobada el 14 de noviembre de 2012, la cual introdujo modificaciones a distintos incisos del art. 80 del CP, para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de violencia de género. Entre éstos, encontramos el inciso 4º que incorpora como agravante de los homicidios el odio a la orientación sexual de las personas, la identidad de género y/o su expresión.

Respecto a esta reforma introducida, el agravante tenía por objeto sancionar delitos que expresen discriminación extrema. La doctrina le ha dado distintos significados al odio, por supuesto igual suerte siguió a los Crímenes de Odio, se han dado distintas definiciones que giran en torno a la motivación interna del agresor del odio: aversión, prejuicio, repulsión, intolerancia, resentimiento, hostilidad, antipatía, rechazo, desprecio, aborrecimiento, abominación, repudio, desagrado o simplemente discriminación.

Ese mismo año 2012 fue sancionada la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) reglamentada por Decreto 1007/2012.

La sanción de dicha norma implicó la desjudicialización de la identidad de género y tuvo como fin establecer un procedimiento que permita a las personas ejercer su derecho a la identidad, bastando su decisión personal y autónoma, limitándose el Estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir acorde a como se autopercibe sin que sea necesario requerir control judicial o administrativo previo. La ley contiene también la definición de identidad de género incorporando elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto

libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales (Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercibido; los destinatarios son las transexuales, travestis o intersexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, a una adecuada calidad; todas estas prerrogativas se encuentran relacionadas a los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Carta Federal y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592 (Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As., 2018 págs. 117/119).

En el ámbito internacional, existen muchos instrumentos de derechos humanos que establecen las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (travestis, transexuales y transgéneros). Entre ellos, encontramos: arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; art. 1, 5.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Igualdad y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Para el caso específico de la comunidad LGTBIQ, reviste particular importancia la garantía del derecho a la igualdad, del cual se deriva el derecho a la no discriminación, y que tiene como objetivo evitar toda distinción de hecho y de derecho que produzca diferencias de trato que afecte a las personas en sus derechos y especialmente en su dignidad. La igualdad procura la promoción y protección de aquellos grupos desfavorecidos y discriminados(4).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) -órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en el párrafo 7 de su Observación general N° 18 señaló que: "El Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición política o de otra índole, el origen nacional o social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"(5).

En el marco de los World Outgames(6), el 29 de julio de 2006, en Montreal, Canadá se llevó a cabo la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos LGBT. En este contexto surge la Declaración de Montreal(7) que contempla todos los aspectos de la vida de las personas del LGBT y que se divide en cinco secciones. La primera de ella, y de importancia para esta resolución es la que se titula "Derechos Fundamentales", exige salvaguardar y proteger los derechos más básicos de las personas del LGBT. Para ello, en esa sección se enumera y detalla la forma en la que se violan estos derechos y se resalta la enorme preocupación que la situación genera. Esta Declaración resulta relevante para garantizar el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT pronunciados a nivel internacional.

También contamos con los "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la Aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género"(8), los cuales fueron elaborados en noviembre del año 2006, en la ciudad indonesia de Yogyakarta, a raíz de la solicitud efectuada por Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008). En estos principios se destaca la regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, social y a otras medidas de protección, con independencia de la orientación sexual o identidad de género de las personas. Estos instrumentos constituyen el marco legal internacional para la protección de los derechos de la población LGBT contra los crímenes de odio, en los cuales es posible apoyar la defensa y la protección de los derechos de esta comunidad, ya que, si bien algunos países los han reconocido en sus legislaciones, otros carecen de regulaciones y en algunos existen normas que protegen prácticas discriminatorias y anticonstitucionales.

Teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado, es posible afirmar que los actos de agresión y violencia son crímenes de odio contra el colectivo LGBT, ya que:

1. Han sido cometidos en contra de una persona de la diversidad sexual, con conocimiento previo por parte del agresor de la orientación sexual o identidad de género de su víctima.
2. Han implicado el ejercicio de agresión o violencia con la intención de lesionar derechos, causar daño físico o psíquico y/o castigar.
3. La motivación de la persona perpetradora ha sido el rechazo, el desprecio o el odio hacia la orientación o identidad de género asumida de la persona lesionada.

La motivación del victimario, no siempre es fácil de determinar y en muchos casos los crímenes de odio son tratados -tanto en los medios de comunicación como por las entidades estatales- como delitos comunes de asalto, robo, intimidación, entre otros, o como "crímenes pasionales"; si bien este último tratamiento de los crímenes es cada vez menos común, aún quedan resabios de esta práctica de invisibilización. Los estereotipos, prejuicios y desconocimientos de los/as funcionarios/as encargados/as de investigar adecuadamente y garantizar justicia, a menudo, generan que la noción del "odio" como motivación del delito pocas veces figure en la forma de concebir, recibir y procesar los crímenes de las personas de la comunidad LGBT.

Por otra parte, las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de los Estados Americanos (OEA), ante la ausencia de una normativa precisa, han iniciado esfuerzos para desarrollar una cultura de cumplimiento de los derechos humanos, con el fin de evitar el prejuicio basado en la orientación sexual(9).

Sin embargo: "el núcleo sigue siendo el mismo: el rechazo por ser lo que se es, por manifestar de alguna forma una sexualidad no hegemónica y tradicional"(10).

Las similitudes en la terminología revisada, muestran al menos tres elementos indispensables para considerar determinado acto, como un crimen de odio:

a) Agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona.

En relación a las características de la conducta o agresión de los derechos de la población LGBT, es importante señalar que "la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades"(11).

Estas agresiones implican violaciones a distintos derechos fundamentales de las personas, tales como: a la dignidad, a la integridad personal, a la seguridad, a la no discriminación, a la igualdad, y hasta en algunos casos estas violencias privan a las personas de un derecho tan básico e inalienable, como lo es el derecho a la vida.

b) La pertenencia (o la asociación) de la persona agredida a un colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado. En los crímenes de odio la agresión mencionada anteriormente recae sobre una persona perteneciente o asociada a un colectivo históricamente vulnerado. Los colectivos históricamente vulnerados son aquellos grupos de personas cuyos derechos son menoscabados por una relación asimétrica de poder que es determinada por un contexto sociopolítico.

El principal efecto es que se considere que la agresión contra una persona LGTIQ o persona judía, por ejemplo, es tan disvaliosa como la agresión a una

persona que, sin pertenecer al colectivo, se la creyó LGTBIQ o judía o bien se la atacó para lesionar a ese colectivo(12). Esto se debe a que, como bien se mencionó, el crimen de odio lesion a todo el grupo o colectividad, a través de la agresión a una persona determinada. Por ello, la víctima nunca es una sola. Simplemente, es el individuo que da en el estereotipo y, a través de su lesión, lo que se quiere es mandar un mensaje a todo el grupo o colectividad, a todas las personas que presentan las mismas características del sujeto agredido, por lo que excede el marco de la lesión individual.

c) Motivación que impulsa a una persona (o varias) a actuar contra los derechos de otra. La motivación está básicamente fundamentada en el odio, el prejuicio, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia alguna persona miembro, real o así percibida, a algún colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado.

En este sentido Eugenio Zaffaroni, en el artículo "Los delitos de odio en el Código Penal argentino" expresa: "En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del prejuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de ésta. Así es como la doctrina lo ha definido. No se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria y por implicar un mensaje para todos los que se ven afectados por el prejuicio"(13).

Debe considerarse además el rol que cabe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015 ha elaborado el informe "Violencia contra las personas LGTBIQ" que da cuenta de la gravísima situación en la que se encuentra este grupo a nivel regional, de las formas y los contextos de violencia a los que está expuesto. El informe se enfoca de manera particular en actos de violencia física contra las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino en América. En relación con los actos de violencia contra personas LGTBIQ, la CIDH destaca que éstos suelen demostrar altos niveles de ensañamiento y crueldad.

En ese informe, la Comisión dijo textualmente que: 'se encuentra preocupada por los altos índices de violencia que se registran en contra de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, o aquellas personas percibidas como tales, en el continente americano, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática. Esto se evidencia en la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra personas LGTBIQ, de acuerdo al estándar de debida diligencia. Mientras que la CIDH reconoce que se registran avances en algunos Estados Americanos, la violencia contra las personas LGTBIQ continúa ocurriendo de manera generalizada en todo el continente americano'.

Ese contexto social de discriminación y violencia generalizada fue también reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 -en un caso en el cual la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT) solicitó el reconocimiento de su personería jurídica ante la Inspección General de Justicia(14)-.

Allí la Corte advirtió que las personas LGTBIQ "no sólo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su salud, registrando altas tasas de mortalidad".

En lo atinente a la respuesta estatal frente a la violencia y el acceso a la justicia, capítulo nº 6, parágrafo nº 385, se desprende que "Los Estados tienen el deber de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, incluyendo asesinatos y otros actos de violencia(15). Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, esta obligación incluye adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prohibir, investigar y sancionar

todos los actos de violencia e incitación a la violencia motivados por prejuicio y dirigidos contra las personas LGBTI; proporcionar reparación a las víctimas y protección contra represalias; condenar públicamente esos actos; y registrar estadísticas sobre dichos crímenes y sobre el resultado de las investigaciones, las actuaciones judiciales y las medidas de reparación(16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado que la obligación de prevenir la "violencia motivada por el odio" proveniente de personas particulares así como de investigar la existencia de un posible vínculo entre el acto de violencia y el motivo discriminatorio puede estar amparada por la obligación de prohibir la tortura (Artículo 3), y también puede ser vista como parte de las obligaciones positivas del Estado derivadas de la prohibición de discriminación (Artículo 14) (17).

El informe afirma que existen varios obstáculos para el acceso a la justicia para personas LGBTIQ y sus familiares, que incluyen, entre otros, miedo a denunciar, su registro del problema, abordaje inadecuado por parte de agentes estatales y falencias en las investigaciones. La ineffectividad por parte de los estados de aplicar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los asesinatos y otros crímenes violentos contra las personas LGBTIQ guarda estrecha relación con los prejuicios y estereotipos que los agentes del Estado tienen sobre las víctimas. Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de la violencia contra las personas LGBTIQ, como ocurre en la mayoría de los casos, se genera una impunidad frente a estos delitos que envía un fuerte mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que genera aún más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar en el sistema de justicia.

Nótese que resulta de interés, para este artículo tomar con referencia la actualización que lanzó la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA World), el 10 de diciembre de 2019, en Ginebra, con motivo del Día de los Derechos Humanos, relacionado a la Homofobia de Estado(18) .

Dicha actualización de la sección Panorama Global de la Legislación del Informe proporciona datos sobre las leyes que afectan a las personas en función de su orientación sexual. Junto con el mapa de Leyes sobre Orientación Sexual en el Mundo, los cuales refleja los últimos desarrollos, muestran una imagen vivida del progreso y los retrocesos que ocurrieron en todo el mundo en 2019.

Se puede observar que 70 estados continúan criminalizando la actividad consensual entre personas del mismo sexo. Hay 6 Estados miembros de la ONU que realmente imponen la pena de muerte por actos consensuales entre personas del mismo sexo, y otros 6 donde tal castigo es técnicamente posible. Informes no confirmados indican que cinco hombres pudieron haber sido ejecutados en abril de este año en Arabia Saudita. En Irán, un hombre podría ser ejecutado si se confirman los cargos en su contra.

Como fue mencionado en los párrafos que anteceden, algunos Estados han introducido dos caminos legales para abordar la violencia motivada por la orientación sexual.

El primero es una figura básica del delito independientemente que tipifique como delito la violencia o daño a una víctima motivada por su orientación sexual (real o percibida) y el segundo, es una disposición legal que agrava la pena del delito cuando éste haya sido motivado por la orientación sexual de la víctima, conocidos como "agravantes" y suele tener alcance a determinados delitos en particular como al homicidio o las lesiones.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha recomendado a los Estados que criminalicen específicamente los actos de violencia basados en la orientación sexual o la identidad de género, por ejemplo: promulgando leyes sobre crímenes de odio basados en la orientación sexual e identidad de género. En nuestro país el art. 80, inc. 4 del CP establece como circunstancia agravante del homicidio la motivación por el odio hacia la orientación sexual de la víctima y el art. 90 agrava el delito de lesiones bajo idénticas características.

El Ministerio Público Fiscal desde hace varios años que realiza una política

activa, en la elaboración de instrumentos, resoluciones y recomendaciones para fortalecer los derechos de quienes han sido damnificadas o damnificados por la comisión de delitos, entre los que se destacan las resoluciones PGN n° 174/08 y n° 58/09 mediante las que se adhiere a las prácticas de la Guía de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, respectivamente.

Se observa claramente, que la Jueza, a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 6, en el fallo mencionado lo analizó teniendo en cuenta entre otras cosas, los lineamientos previstos en la ley 26.743 de identidad de género y amplitud probatoria en el marco del art. 31 de la Ley de Protección Integral de la Mujer n° 26.485.

La calificación legal que aquí se postula está estrechamente ligada a la perspectiva de género que se le imprimió a la presente investigación; en tal sentido se procesó a ELDJT, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 inciso 11°, 142 inciso 1° y 164 del CP).

Así las cosas, corresponde destacar que el presente caso también fue valorado bajo las pautas que establecen la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolleen sus relaciones interpersonales, a los efectos de garantizar una interpretación correcta. En esa línea, se impone tanto el respeto de la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se ponderen las presunciones que contribuyan a la demostración de los sucesos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (artículos 16, inciso "i", y 31 de la citada ley).

Debe considerarse además el rol que cabe a la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer", en lo atinente a la actividad probatoria y, en esa dirección, no ha de soslayarse que la mayoría de los casos se verifican en la esfera de la intimidad de las partes, más precisamente dentro del hogar, extremo que arrastra la imposibilidad, en la generalidad de los supuestos, de contar con testigos presenciales de los hechos.

Éstos, en los aislados casos de existir, suelen formar parte del mismo núcleo familiar, con las restricciones que entorno a ellos, en virtud de esos vínculos, prevé el Código Procesal Penal de la Nación y las parcialidades propias de esas relaciones. Entonces, como los hechos analizados son de aquéllos propios de la "violencia de género", que suelen darse en ámbitos privados, resultan relevantes las manifestaciones de la víctima.

No puede pasar desapercibida al momento de evaluarse las pruebas obrantes en las causas que se investigan este tipo de delitos.

Es por eso que considero acertado que la prueba, en atención a las particularidades expuestas y la difícil tarea de recolección que se presenta en la generalidad de los supuestos, no sea fragmentada, sino evaluada en su conjunto.

Este análisis, debe efectuarse en un todo acorde con la plataforma jurídica que conforman, entre otras cosas, las leyes 26.791, 26.743 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La redacción del tipo penal amplía el catálogo de sujetos pasivos susceptibles de discriminación -y por ende de protección especial- como lo son el género, la orientación sexual, la identidad de género o su expresión. La orientación sexual de una persona es independiente del sexo que le asignaron al nacer, e independiente de su identidad de género(19).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que la orientación

sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

En los Principios de Yogyakarta la orientación sexual se encuentra definida como la capacidad de la persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas(20).

Si bien, nuestra legislación avanza cada vez más en la protección de los derechos, aún falta un largo camino por recorrer, en el informe elevado el año pasado, por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, algunos Estados tienen tipificado como delito incitar al odio, la violencia o la discriminación sobre la base de la orientación sexual se encuentra tipificado como delito. La redacción y el alcance de estas leyes varían mucho. Algunos estatutos pretenden prohibir el "discurso de odio" o el discurso con la capacidad de incitar directamente a cometer "violencia", mientras que otros incluyen una amplia gama de términos como odio, acoso, discriminación, intolerancia o segregación. Unos pocos Estados tienen leyes que prohíben humillar o insultar a un grupo específico, ya sea en normas generales o en leyes que regulan los servicios de radiodifusión. Las interpretaciones judiciales pueden haber ampliado los grupos protegidos enumerados, especialmente cuando tienen una cláusula abierta. Sin embargo, hay otros Estados con leyes que incluyen explícitamente la orientación sexual entre las características protegidas. En nuestro país aunque el art. 212 del CP prevé el delito de incitación a la violencia sin hacer referencia explícita a la orientación sexual, el art. 70 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (ley nº 26.522) establece que se deberán evitar los contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la orientación sexual (entre otras razones). Esta última disposición no es de carácter penal.

Notas al pie:

1) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, en "Derecho Penal. Parte Especial", tomo 1, 7&. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Bs. As., 2007, p. 30; y Aboso, Gustavo Eduardo en "Código Penal de la República Argentina. Comentado y concordado con jurisprudencia", B de f editores, 2012, p. 465 y ss. 38.

2) Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071.

3) Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As 2018 pags. 117/119.

4) Huerta, C. (2006). La estructura jurídica del derecho a la no discriminación. En C. De la Torre, El derecho a la no discriminación (págs. 185-204). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/13.pdf>.

5) Organización de las Naciones (ONU), Unidas Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No discriminación (Septiembre de 1989). Disponible en:

<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/Discriminacion/og-18-cdhdiscriminacion.pdf>.

6) Los World Outgames se trata de un evento deportivo y cultural organizado por la comunidad LGTB.

7) <http://declarationofmontreal.org/declaraciondemontrealES.pdf>.

8) Principios de Yogyakarta. Disponibles en:

<Http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>.

9) CEJIL. Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua (2013). Disponible en:

<https://cejil.org/es/diagnosticocrimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-genero-costa-rica-honduras-y>.

10) Olivera, C. (2008). Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú. En El Derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género (1er ed., págs. 47-71).

Lima: DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

Disponible en: http://www.demus.org.pe/publicacion/f42_libro_derecho_como_campo_de_lucha.pdf.

11) Guerrero, G., & Lara, I. (2009). Venezuela. Crímenes o delitos de odio y el por qué de su necesaria inclusión en la tipificación de nuestra legislación. *Insurrectas y Punto*. Disponible en: http://insurrectasypunto.org/index.php?option=com_content&view.

12) Siguiendo el ejemplo dado, si tomamos el trágico atentado a la AMIA, se califica como un crimen de odio, aún cuando no hubiera muerto ninguna persona judía e incluso cuando las personas autoras supieran que las víctimas no sean personas judías.

13) Disponible en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/231632/tribunales/delitos-odio-segunzaffaroni.html>.

14) Fallo: Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia. 22 de noviembre de 2006.

15) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11. Sobre violencia contra las mujeres, ver también: CIDH, Informe de Fondo No. 54/01 Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001, párrs. 43-44 y 55-57; Corte IDH. Caso González y otras. ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 252 y siguientes.

16) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11.

17) TEDH, Caso Identoba y otros, (Aplicación no. 73235/12) vs. Georgia, 12 de mayo de 2015, párr. 63.

18) <https://ilga.org/es/Homofobia-de-Estado-informe-ILGA-World-actualizacion-diciembre-2019-decada>.

19) Informe sobre violencias de personas LGTBI de la CIDH, parr. 19 (OAS/ser.L/V/II.rev.1) disponible en <https://www.oas.org.ar/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgtbi/violencia-legtbi.html>.

20) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género "Principios de Yogyakarta", Marzo de 2007.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 28 DE ENERO DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.18 al 19, Constitución de la Nación Argentina Art.33, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.212, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.45, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.54, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.80, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.89, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.90, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.92, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.142, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.164, Ley 17.567, Ley 23.592, LEY 26.485 Art.16, LEY 26.485 Art.31, LEY 26.485, LEY 26.522 Art.70, LEY 26.743, LEY 26.791, Ley 23.054, Ley 23.313, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10**

"La Discapacidad y el Trabajo. Un cierre de propuestas superadoras en términos generales" (Segunda parte)

BADALASSI, ELÍAS N.

Publicación: IJ Editores - Argentina, Cita: IJ-DCCXLVII-973, 27 DE JUNIO DE 2019

TEMA

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-DISCRIMINACION POR DISCAPACIDAD-DISCRIMINACION LABORAL-INCAPACIDAD LABORAL-DESPIDO-INCLUSION SOCIAL-ACCESO A LA JUSTICIA

TEXTO

Introducción: El presente artículo trata sobre el "Acceso a la Justicia para personas con Discapacidad" y la discriminación contra las personas con discapacidad. Para lograr un verdadero cambio, necesitamos tener los conceptos claros, y así poder entenderlos e interiorizarnos en ellos. Es menester comprender que la discapacidad es una condición física o mental causada por una deficiencia que produce algún tipo de impedimento o limitación en la interacción social, y que en nuestro país este concepto se encuentra definido en el art. 2 de la Ley No. 22.431, considerando discapacitado a "toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.".

Debe decirse, que el presente trabajo es la continuación de uno anteriormente publicado, titulado: "Propuestas Superadoras para el Acceso a la Justicia de personas con Discapacidad - Una Introducción a la cuestión y las propuestas".

NOTA: Una aclaración antes de continuar:

El presente trabajo se encuentra redactado en plural. La intención que motiva este hecho es que ustedes, amigos lectores puedan considerar como propio, al contenido y desarrollo del mismo, generándose así una interrelación entre "emisor-receptor-mensaje", que lleve a los lectores a sentirse parte del mismo.

Esta segunda sección del trabajo está dirigida a cada lector en forma personal, por lo que se recomienda que cada uno se inmiscuya en la lectura de la manera más fluida posible. Continuemos:

El art. 212, 2º párr. de la Ley de Contrato de Trabajo:

Ante una incapacidad parcial definitiva (es decir, irreversible) de un trabajador, es el Empleador quien debe adoptar alguna de las alternativas prevista en el art. 212 de la LCT:

1. Otorgar tareas acordes si está en condiciones de hacerlo o; 2. Comunicar al trabajador la imposibilidad de ocuparlo en esas condiciones y poner fin a la relación laboral con el pago de la indemnización respectiva prevista en el párrafo segundo de la citada norma.

Es decir que el art. 212, 2º párr. LCT establece una causa autónoma de extinción del contrato de trabajo que puede ser invocada por el empleador en aquellos casos en los que, luego de recibir el alta médica, el trabajador afectado por una disminución parcial definitiva de su capacidad laboral para realizar las tareas que anteriormente cumplía y, por causas que no le fueran imputables a su empleador, no le puede otorgar otras tareas acordes que le permitan ejecutar su débito laboral sin disminución de la remuneración.

Producido el despido en estas condiciones, el ordenamiento determina que al trabajador le asiste el derecho a una indemnización igual a la prevista en el art. 247 LCT o la llamada media indemnización (2).

El ordenamiento laboral, autoriza, o podríamos decir legítima, al empleador a extinguir el contrato de trabajo cuando se configuren los extremos reseñados.

El art. 14 bis de nuestra CN responde a la postura que en similar sentido contiene el art. 6º del Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y el art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. XIV de

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 5.e.i de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, donde se establece el derecho a trabajar como derecho inalienable de todo ser humano, lo que necesariamente lleva a hacer operativo el derecho a no verse privado arbitrariamente del empleo.

Por ello, se ha afirmado que el derecho al trabajo también se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo", es decir, a no ser despedido "si no existe una justa causa" (3).

Es necesario destacar que la terminación del contrato de trabajo ha sido regulado por la OIT en el Convenio 158. Este convenio expresa la conciencia ética media de la humanidad con respecto a tal fenómeno, por lo que puede servir de fundamento al momento de interpretar las normas locales sobre la temática y penetrar en nuestro ordenamiento jurídico como principios generales del derecho. El Convenio se complementa con la Recomendación 166.

Dicho Convenio 158 sólo regula la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, excluyendo las otras causales. Al respecto establece que "... No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio..." (Art. 4º).

Ahora bien, aun cuando la minusvalía del trabajador pueda constituir una razón válida para el despido, el organismo internacional determina que deben establecerse garantías para que el mismo no constituya un abuso de derecho ni obedezca a motivos que tengan subyacentes razones de discriminación.

Por ello se exige que la legislación que regule el despido por esta razón adopte en forma efectiva propuestas o pautas que, a nivel preventivo, impidan utilizar la sola incapacidad del trabajador como excusa para excluirlo del contrato de trabajo. Se exige así que el empleador tome todas las medidas necesarias para velar que la exclusión de la protección prevista en el Convenio 158 responda efectivamente a una causa justificada, como por ejemplo, permitir en forma previa que el trabajador minusválido adquiera competencias laborales que le posibiliten su continuidad. Se pretende asegurar por este medio que, aun cuando exista una razón para el despido, se evite que esa causa sea utilizada en forma abusiva.

Ocurrido el despido, el trabajador discapacitado puede acceder a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones similares; al beneficio del seguro de desempleo o a una asistencia a los desempleados o a otras prestaciones de seguridad social; o a una combinación de estas indemnizaciones y prestaciones (art. 12).

Lo hasta aquí expuesto permitiría concluir que el despido previsto en el art. 212, 2º párr. LCT, en principio, cumpliría con el estándar de legalidad requerido por el Convenio 158 OIT.

Respecto del trabajador, en el caso de que pueda seguir trabajando y exista un puesto posible para él, se ha establecido que para que el art. 212, 2º párr. LCT sea operativo es requisito que cuente con el alta médica, ya que la disminución definitiva de la capacidad laborativa suponga el agotamiento de los actos médicos posibles tendientes a su recuperación.

Por tanto, será prueba a cargo del trabajador que requiere la ocupación "adecuada", la acreditación de la minusvalía que le afecta y que se le ha concedido el alta (4).

El alta constituye un acto médico de trascendencia jurídica y por eso no puede presumirse su existencia. Para que cese la suspensión de los principales efectos del contrato de trabajo se requiere certeza de que el trabajador ya no sufre incapacidad temporal, pues si el empleador lo reincorpora sin esa seguridad, hay grave riesgo de que aquél se agrave. Por ello, si se determinó la incapacidad parcial y permanente del trabajador, el mismo también deberá demostrar que se encuentra en condiciones de

reincorporarse para realizar nuevas tareas consideradas livianas o acordes, y esa prueba debe cumplirse con el adecuado respaldo de certificaciones fundadas y emitidas por un profesional de la medicina. En tal caso, el empleador no tiene obligación de efectuar el control que establece el art. 210 LCT, dado que esta resulta una "facultad" del mismo (5).

Por ello, se ha afirmado que no constituye injuria que justifica el despido indirecto resuelto por el trabajador el pedido de realización de tareas livianas, si no está fundamentado en pruebas que acrediten que se encontraba incapacitado para la realización de sus tareas habituales. Aun ante el silencio de la empleadora frente a tal requerimiento del dependiente, hubiera sido necesario que en la comunicación telegráfica se explicara qué tareas podía cumplir y se fundamentara en alguna opinión científica referida a su estado de salud en ese momento, requisito indispensable a los fines de evaluar adecuadamente el emplazamiento que se formulaba (6).

No obstante ello, y respecto de este extremo de hecho, se debe exacerbar el rigor de la interpretación de la conducta del trabajador por cuanto es usual que el empleador en el ejercicio del poder de dirección se muestre refractario a justificar o considerar justificada el alta.

Respecto del empleador, como se trata de una hipótesis de disminución de la responsabilidad equivalente al caso de falta de trabajo, la regulación legal le impone la carga de probar la excepción. Esa prueba no solo debe referirse a la inexistencia de puestos en los cuales pudiera asignar al actor tareas acordes a su capacidad psicofísica, sino también que, por ejercicio del ius variandi, quienes se encuentran realizándolas no pueden desempeñarse en otras, o la imposibilidad de efectuar una rotación de tareas que permita al trabajador una ocupación compatible con su estado. La mera falta de justificación económica o inconveniencia organizativa de darle ocupación al trabajador laboralmente disminuido por no resultar productiva o económicamente rentable no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas.

Es decir que será necesario demostrar "la imposibilidad" de otorgar tareas acordes por causas que no le son imputables. Y dicha causa no imputable ha de consistir en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa sin perjuicio para su salud. Para este efecto, la calificación profesional del trabajador ha de interpretarse con sentido amplio, pudiendo llevar en ciertas situaciones límites a ofrecerle una razonable disminución en la categoría de la tarea a cumplir, sin mengua de la remuneración.

En este orden de ideas, es necesario tener en cuenta que en el espíritu que inspira la norma del art. 212 no interesa para qué tipo de tareas haya sido contratado el trabajador, sino cuáles hayan de ser aquellas que pueda realizar después de una enfermedad o accidente a efectos de hacer primar la continuidad del vínculo sobre su disolución. Y, sin desmedro sustancial de las facultades de organización que le reconoce la ley al empleador (art. 65 LCT), la norma de cuya aplicación específica aquí se trata lo condiciona en una medida razonable. No le impone la obligación de crear un puesto de trabajo innecesario, sino que adopte un criterio de cierta elasticidad cuando por la estructura de la propia actividad se vislumbra la necesidad de ciertos sectores de trabajo (7).

En definitiva, no se le puede exigir al empleador que acredite la realización de diligencias anormales para ampliar sus puestos de trabajo. La norma prevé una empresa en marcha, con capacidad razonable para absorber a un trabajador con menor capacidad en un puesto diferente, pero no lo obliga a crear plazas innecesarias al efecto (8).

De lo expuesto, surge claro que la causa no imputable a que alude el art. 212, 2º párr. LCT no puede estar sujeta a reglas fijas de valoración. Esta dependerá de las circunstancias más o menos imprevisibles que juegan en cada caso, por ello será necesario que el empleador agote los medios conducentes a acreditar los extremos a su cargo como el organigrama de funcionamiento de la empresa con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas que

justifique su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar.

Lo que también debe quedar claro es que la mera falta de justificación o conveniencia económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable debe ser más grave que la simple inconveniencia: ha de consistir típicamente en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa, sin perjuicio para su salud o de la fuente de trabajo, de lo contrario sería considerada por la ley como un despido sin causa encuadrable dentro de la situación normada en el art. 245 LCT.

El despido del trabajador discapacitado.

En el caso de encontrarse la situación fáctica encuadrada en el acaecimiento de alguna de las contingencias laborales establecidas en la ley de riesgos del trabajo -LRT-, las consecuencias derivadas de las mismas han sido previstas por la regulación específica. Por lo tanto, se ha precavido en ella la posibilidad de que el trabajador quede afectado de una incapacidad parcial permanente que, además de generar a favor del trabajador el otorgamiento de las prestaciones en especie (v. gr., asistencia médica, farmacéutica, etc.) y dinerarias (v. gr. pago de días de enfermedad, indemnizaciones, etc.), también reconoce entre sus objetivos la promoción de la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados (art. 1.2.c) y entre las obligaciones impuestas en cabeza de las aseguradoras del trabajo se encuentra la rehabilitación y recalificación profesional (art. 20.1.c y d), que tiene por objeto mantener al trabajador discapacitado en el empleo.

No obstante lo cual, en el actual ordenamiento laboral, la "inimputabilidad" que exige el art. 212, 2º párr. LCT no quedará acreditada con la simple demostración por parte del empleador de la inexistencia de un puesto de trabajo donde el trabajador pueda prestar su débito contractual en forma acorde a su capacidad laboral o que adoptó a tal fin las medidas necesarias tendientes a agotar las posibilidades de reubicación funcional del trabajador, sino que será necesario que también demuestre haber cumplido con su obligación de haber ejecutado las acciones de formación o capacitación profesional y, en su caso, haber exigido a la aseguradora de trabajo la recapacitación profesional del trabajador que le permita la continuidad del contrato de trabajo o su mantenimiento en la comunidad laboral sobre la disolución. Esta situación puede producir efectos procesales colaterales por cuanto podría ser citada a integrar la litis la aseguradora de riesgos del trabajo a fin de coadyuvar en la defensa y asumir las responsabilidades que le compete.

En consecuencia, el cumplimiento de la obligación de capacitar o recalificar no podrá estar ausente al momento de valorar la legalidad del despido producido con fundamento en el art. 212, 2º párr. LCT.

Se puede concluir que si bien el Convenio 158 OIT considera lícito el despido del trabajador parcialmente incapacitado, a la luz del conjunto de normas que tienen incidencia en la situación en examen (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280 y 26.378) y para no considerar que la disposición contenida en el art. 212, 2º párr. LCT resulte discriminatoria, será necesario que el operador jurídico verifique que en el caso concreto el despido responde a objetivos de política social vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Por lo tanto, se deberá demostrar el agotamiento de los programas de asistencia que permitan contener al trabajador discapacitado en el establecimiento, o bien la inexistencia de esos programas y el cumplimiento de su obligación de formación o capacitación profesional a fin de lograr la reubicación funcional del trabajador en la empresa o que la reubicación del trabajador desborda la capacidad del empleador o impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, poniendo en riesgo la fuente de trabajo. En estos casos el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador y de la fuente de trabajo.

Finalmente podemos señalar que, el art. 212, 2º párr. LCT no puede ser analizado en forma aislada, como ha ocurrido hasta el momento, sino dentro del

contexto de la legislación nacional, conforme a los convenios internacionales que con nivel constitucional (art. 75, inc. 22 CN) o supra legal y el conjunto de leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280, 26.378) a los fines de lograr una solución que dé respuesta favorable al test de constitucionalidad de la norma. En ese marco legal se verifica la inexistencia de programas que posibiliten la contención del trabajador minusválido en el establecimiento donde se desempeña o en el mercado laboral, todo lo que permita la aplicación del art. 212, 2º párr. LCT "conforme" al contexto constitucional vigente.

También se observa que la dispersión normativa que resulta aplicable al trabajador discapacitado en forma genérica y que ha sido ya referida (leyes 24.576, 24.557 y sus modificatorias, 23.462, 25.280 y 26.378), termina produciendo un efecto práctico no deseado de desprotección frente a la falta de medidas o programas o protocolos concretos de actuación que permitan una solución sencilla, ágil y lineal, todo lo que termina afectando a que los derechos del trabajador discapacitado se vuelven ilusorios y no concretos y efectivos.

Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La jurisprudencia coincide en que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender a la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

La estabilidad laboral reforzada (la cual existe por ejemplo en Colombia y no en idéntica fuerza en Argentina) ha sido definida como "la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral". Al mismo tiempo esta garantía implica que el empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador discapacitado "en un puesto de trabajo que le permita maximizar su productividad y alcanzar su realización profesional".

La estabilidad laboral reforzada que se le reconoce al trabajador discapacitado implica que no puede ser desvinculado de su empleo sin la autorización previa de la autoridad administrativa o judicial competente y sin que exista una justa causa. Es decir, se establece una especie de desafuero o exclusión de la estabilidad laboral reforzada, como recaudo previo a adoptar la decisión extintiva del contrato de trabajo.

Como bien hemos mencionado anteriormente, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad entiende por Discapacidad en sí a "toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. " Asimismo entiende como Discriminación contra aquellas personas a "toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales."

Determinándose que "no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la

distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación., junto también al Artículo 75 inciso 23 de nuestra Constitución Nacional, la cual establece que se deberán legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato específicamente respecto de los niños, mujeres, ancianos y de las personas con discapacidad.

Se debe tomar conciencia que las personas con discapacidad se enfrentan día tras día con fuertes obstáculos a la hora de lograr conseguir un empleo, y eso es gracias a los prejuicios y la discriminación que se crea respecto a ellos. En el año 1981 se sancionó la Ley 22.431, por la cual dentro de su encuadre jurídico, en su artículo 8 establece la obligación del Estado Nacional a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no menor al 4 % de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. Así como también, establece que gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a las mismas obligaciones que la legislación laboral aplicable prevé para cada trabajador.

Por su parte la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aporta varios matices y cuestiones con el fin de poder avanzar los conceptos de igualdad y no discriminación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. La falta de acceso al empleo impide a las personas con discapacidad gozar de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones con las demás personas. Actualmente podemos afirmar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el instrumento internacional más avanzado en materia de discriminación por discapacidad y gracias a ella se garantiza el ejercicio de todos los derechos humanos, específicamente los principios de igualdad y de la no discriminación en todas sus disposiciones. Hace un minucioso desarrollo de la igualdad sustantiva para las personas con discapacidad, dentro del cual incluye tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados, dejando la puertas abiertas para una transformación de las estructuras, los sistemas, y las percepciones sociales existentes que perpetúan la discriminación contra las personas con discapacidad.

Es por ello que los Estados partes deben reformar y establecer marcos jurídicos y políticas a fin de conseguir la igualdad para las personas con discapacidad, consiguiendo una colaboración activa a través de organizaciones que las representen. La aplicación de medidas de accesibilidad y la prestación de apoyo contribuye a garantizar el pleno goce de los derechos en igualdad de condiciones, y todo ello podemos plasmarlo en el derecho al empleo, siendo uno de los factores claves para el logro de la obtención de la igualdad en general. El artículo 27 sobre trabajo y empleo, promueve la igualdad mediante la creación de mercados laborales inclusivos, el establecimiento de horarios de trabajo flexibles y de apoyo cuando sea necesario, y el desarrollo del potencial de las personas con discapacidad, y ello no solo se aplica en el ámbito privado, sino también en el sector no estatal, siendo de gran importancia, siendo que para que se pueda obtener un buen resultado, los Estados deben lograr una colaboración activa con los sindicatos, por ejemplo.

Jurisprudencialmente, -en materia de discriminación por discapacidad en nuestro país- el fallo "R., L.N. Contra la provincia de Buenos Aires" del año 2006 reconoce el derecho de la demandante para que aspire a cubrir el cupo del 4 % fijado en el artículo 8 de la ley provincial 10.592. La actora promueve una acción contenciosa administrativa al ser privada a poder ingresar a la carrera administrativa por poseer una discapacidad física. La provincia de Buenos Aires contempló específicamente el acceso de personas con discapacidad a la Administración pública, en consonancia con los preceptos constitucionales que establecen la obligación estatal de remover cualquier obstáculo que limite la igualdad y el acceso efectivo al goce de los derechos personales y lograr la inserción laboral.

Por su parte, la Junta Médica al extender el certificado de discapacidad de la actora alegó que el examen psicológico determinó que la mejor opción para la accionante era el trabajo, debido a su capacidad intelectual y formación educativa, no pudiendo alegarse su incapacidad física como prohibición para ocupar el puesto de trabajo ya que el mismo no demandaba de esfuerzos físicos.

En Argentina, la mayor dificultad que tienen las personas con alguna discapacidad al momento de buscar empleo es demostrar a los reclutadores que están capacitadas para cumplir con el rol que requiere el perfil, por ello, es necesario dejar de lado las manifestaciones meramente discursivas y comenzar a actuar efectivamente. Aproximadamente, el 58,4% de las personas con discapacidad en Argentina se sienten discriminadas al momento de buscar trabajo. En comparación con otros países de Latinoamérica, nuestro país muestra un porcentaje muy alto al momento de conseguir un trabajo por parte de las personas que sufren de alguna discapacidad y por ello se sienten discriminados. Muchas de estas personas, afirman que otras de las dificultades que tienen al momento de buscar empleo es la falta de capacitación para poder competir de igual a igual en un mercado laboral exigente, este resultado refleja el sentimiento de una persona con discapacidad al momento de buscar trabajo, cuando muchas veces es evaluada por su discapacidad, dejando de lado todas sus capacidades. Y gran parte de todo esto se debe a que las empresas, tienen un gran desconocimiento sobre lo que una persona con discapacidad puede aportar al desarrollarse laboralmente en una empresa. Para poder evitar esto, debe ser creada una fuerte concientización sobre esta atroz y naturalizada discriminación que se hace, Es necesario dejar de lado las manifestaciones meramente discursivas y comenzar a actuar efectivamente con medidas que aporten una solución concreta, tanto en el sector público como privado (9).

Por eso cuando hablamos del "Principio de Igualdad e Inclusión Social" de las personas con discapacidad, en relación a las oportunidades que se dan en el ámbito laboral, debemos comprender que el concepto de igualdad está vinculado con la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, independientemente de sus diferencias físicas, mentales o de otra índole. Y en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado que se debe dispensar igualdad de trato a los iguales en igualdad de circunstancias (10). Este principio fundamental consagrado por nuestra CN en su art. 16 se recepta a su vez en el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo

, prohibiendo cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, complementado por el art.17 bis del mismo cuerpo legal, que asume la creación de desigualdades por parte de la legislación laboral pero con el objeto de compensar las que de por sí se dan en la relación de empleo. Al hablar de la igualdad, categóricamente, se la divide en dos variantes: y la Igualdad formal la cual se basa en la idea de que, en igualdad de situaciones, el trato debe ser el mismo. Sin embargo, a sopesar de esto, este concepto no tiene en cuenta que en el caso de las personas con discapacidad existen diferencias que requieren un tratamiento especial, por lo cual esta variante en sí, por si sola, no es suficiente para equiparar la situación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y tenemos la otra variante, la Igualdad de oportunidades la cual reconoce la existencia de las disparidades individuales y de grupo, y es consciente de las desventajas que de ellas se derivan, entendiéndose que es necesario un trato diferenciado para compensarlas; y esto último se puede lograr con medidas de acción positiva que se requieren por parte de los Estados con el fin de lograr garantizar a las personas con discapacidad las mismas posibilidades de empleo que las del resto de las personas. Este tipo de medidas son conocidas como discriminación inversa y pretenden compensar una situación de desventaja estructural e histórica con relación a los sectores más vulnerables para así lograr un equilibrio en la sociedad.

Enfocándonos a un marco internacional, la adopción de medidas positivas tendientes a lograr la igualdad de oportunidades se encuentra consagrada en numerosos instrumentos, entre los cuales podemos destacar el Convenio N° 159 de la Organización Mundial del Trabajo y a la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad las cuales promueven la adopción de este tipo de medidas con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidades mediante un

trabajo libremente elegido y un entorno laboral inclusivo, por otra parte, en referencia a la adopción de acciones positivas en el ámbito nacional, únicamente se verifica la obligación para el sector público de contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal, y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas (11).

En el ámbito privado, no existen acciones de imposición de este tipo de medidas; no obstante, el Estado ha dispuesto facilidades a través de distintos programas, incentivos y exenciones impositivas y previsionales para las empresas que contraten personas con discapacidad. Éstas, sumadas a la creciente noción de conciencia social empresarial, impulsan la efectiva inserción laboral de personas con discapacidad. Por ejemplo la empresa Mc Donald's y su programa "Empleo con apoyo", mediante el cual facilita la inclusión de personas con discapacidad en el mundo laboral y que se lleva a cabo con la participación de la "Fundación Discar", encargada de entrenar a los jóvenes; actualmente, son más de 112 los empleados de Mc Donald's contratados a través de este programa de inclusión. Entre las principales empresas que participan en la inserción laboral de personas con discapacidad se encuentran Adecco, Falabella, Accenture, Freddo, Village Cines y Farmacity, entre otras.

Los organismos estatales como así también los privados, toman diferentes medidas cuando hablamos de la equiparación de las personas con discapacidad, ya que estos fomentan medidas tendientes a lograr la equiparación de personas con discapacidad en el ámbito laboral. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social ofrece una serie de programas entre los que se encuentra el "Programa de Inserción Laboral para Trabajadores con Discapacidad", cuyo objetivo es integrar a la persona que posea un Certificado único de Discapacidad (CUD) a puestos de trabajo en empresas, otorgándoles beneficios impositivos y económicos a las empresas que los contraten (12). Por su parte los Organismos Privados, tienen diversos Talleres Protegidos de Producción y Asociaciones que colaboran con la inserción y concientización de la persona discapacitada en la sociedad. A modo de ejemplo, podemos mencionar la Asociación Civil "Cascos Verdes", que ofrece a personas con discapacidad intelectual la posibilidad de estudiar educación ambiental en una universidad para que luego, con los conocimientos adquiridos, puedan desempeñarse como educadores ambientales en escuelas, empresas y otras instituciones.

Claramente, por más herramientas que tengamos al alcance de nuestras manos, esto sigue siendo un gran problema en la actualidad, dado que la inserción laboral es fundamental para que las personas con discapacidad puedan desarrollarse plenamente en sociedad, pero como lo demuestran las estadísticas, la legislación vigente en la materia resulta insuficiente para alcanzar este objetivo. Para ello, es necesaria la adopción de medidas positivas por parte del Estado que complementen la legislación, tales como por ejemplo crear concientización sobre esta problemática actual por parte del MTEySS por medio de la implementación de programas de capacitación tendientes a fortalecer las habilidades de quienes sufren algún tipo de discapacidad, de modo que su contratación represente una ventaja concreta para el empleador, las personas con discapacidad no deben ser victimizadas en su integración a la sociedad y al mercado laboral, para poder lograr esto, es preciso que el Estado tome acciones concretas, reales y efectivas que no solo representen una ventaja económica o impositiva para el empleador, sino que también logren valorizar efectivamente a la persona con discapacidad en el mercado laboral, otorgándole preeminencia a su efectivo aporte en favor de la empresa contratante. Tal circunstancia podría plasmarse en el otorgamiento de una mayor publicidad de los programas y a las compañías que contratan a personas con discapacidad. De esta forma, la imagen igualitaria de las empresas involucradas será de gran ayuda para demostrar que las personas con discapacidad pueden insertarse laboralmente como cualquier otra. Deben crearse campañas que masivamente demuestren que esto es posible podría generar lo que llamamos un "efecto contagio" en otras firmas.

Nuestro país lamentablemente, no tiene en sí medidas efectivas que garanticen la igualdad real de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, siendo las que existen, evidentemente insuficientes. Las iniciativas desarrolladas a

la fecha, deber profundizarse (tanto públicas o privadas) a través de acciones positivas por parte de los organismos referidos que tengan como finalidad concientizar, equiparar e incluir a este sector de nuestra población.

Por ello, si hablamos de hacer grandes reformas, debemos empezar por hacer una reforma política importante en materia de discapacidad, para avanzar en el cumplimiento efectivo de la ley, sobre esto hay varios ejes importantes que deben llevarse a cabo en conjunto para obtener un resultado favorable. Debe pues: haber visibilidad del tema, sacarlo a la luz; tener un trato constante en la agenda pública y dar un debate abierto sobre la igualdad, promoviendo la sensibilización sobre los efectos de la discriminación que las personas con discapacidad sufren; asumir de forma transparente que postura se tomara en cada caso, reconociendo intereses legítimos, tensiones valorativas como así también diversos dilemas que salgan a la luz; y por último comunicar con claridad y precisión evitando los eufemismos y la tentación demagógica. Es necesario que cada norma tenga una perspectiva en materia de discapacidad.

Algunas de nuestras Propuestas superadoras:

Hay que mejorar el tema de la "comunicación" con respecto a incluir los lenguajes, el Braille, la visualización de textos, los macrotipos, la comunicación táctil, los dispositivos multimedia de fácil acceso, el lenguaje escrito, lenguaje sencillo, los sistemas auditivos, los medios de voz digitalizada, y otros modos y medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso. Fomentar la protección de la identidad lingüística de lenguajes como el Braille y el de Señas entre otros.

Es necesaria también que se produzca y provea el acceso a la información, lo cual puede ser de uno u otro modo, el comunicar los derechos que tienen las personas con discapacidad, a ellas mismas y a toda la comunidad que los desconozcan, los medios de comunicación de tal información deben ser accesibles, estar a disposición en formato Braille, y deben contarse con intérpretes de lengua de señas en aquellos lugares donde se distribuya y comunique dicha información, además de ofrecer también un formato de lectura fácil para aquellas personas con discapacidad que así lo necesiten.

La principal estrategia es promover la "accesibilidad universal" que se puede ver reflejada en Diseños Universales (para todos, todas, sin discriminar) y los llamados "Ajustes Razonables".

Simplemente para hacer un resumen de lo ya mencionado... El Diseño Universal sería corregir todo lo que sea necesario hasta ahora en cuanto a edificación edilicia, capacitación laboral, y formación socio-cultural que conlleven a interpretar que hoy en día las cosas deben ser creadas, pensadas y entendidas para todos, sin excluir bajo ningún punto de vista, a nadie de la sociedad, y por supuesto incorporar al sistema cualquier mejora o renovación que inclusa per se el Diseño Universal (ejemplo, cuando se piense en hacer un baño público, que se piense en que pueden ingresar en él personas con discapacidad, y se piense, dada la circunstancia en todas las necesidades que ellas tendrían). ...mientras que... Los Ajustes razonables son en cambio, las medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, que por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no haya podido ser prevista a través del Diseño Universal (estas disposiciones deben facilitar la participación en igualdad de condiciones). Deben ser modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, pero que logre garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio e igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos.

Es necesario contar con sistemas y tecnologías de apoyo a la comunicación oral, incluida la presencia de intérpretes de lengua de señas o guías intérpretes para personas ciegas y/o con sordoceguera a fin de garantizar su correcta comunicación con el personal policial y judicial.

Es necesaria la creación de un "Diseño Universal", que dirija sus acciones al desarrollo de productos y entornos fáciles en cuanto a acceso para el mayor número de personas posible, sin la necesidad de adaptarlos o rediseñarlos de una forma especial (salvando lo ya dicho sobre los ajustes razonables). Son

necesarios, para sustentar este nuevo paradigma de "Diseño Universal" diseños sin barreras que limiten o separen, accesibles para todos, y con nuevas tecnologías asistidas de apoyo.

Ejemplos: Instalar una rampa en un lugar donde existe una "barrera" como lo es una escalera. Y los inmuebles a construir, pensados para que sean accesibles para todos, y diseñar un entorno informático accesible para el trabajo al momento de pensarlo y al instalarlo.

El uso de nuevas tecnologías (Tics), debe ser uno de los temas principales a tratar en cuestión. Estas nuevas tecnologías deberán emprender el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, además de promover el uso de nuevas tecnologías como la de la información y las comunicaciones, y por supuesto, aquellas que faciliten el acceso a la información para todas las personas, incluyendo a aquellas con discapacidades.

Promover la formación de los profesionales y el personal que trabaje con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la CDPCD, garantizando una mejor asistencia a aquellos.

La lectura fácil, el uso de pictogramas o contar con una persona de apoyo para la comunicación, son necesidades básicas para el acceso real a la justicia.

En cuanto a la información relevante que se necesite en el curso de un proceso judicial brindada a la comunidad toda, se le deberá asegurar a la persona con discapacidad el acceso a esa misma información de una manera "accesible" por la utilización de formatos alternativos de comunicación.

Es muy importante y más que necesario capacitar a aquellas personas que trabajen con individuos con discapacidad, y que aprendan sobre las necesidades y derechos de los mismos, que sepan tratar con la diversidad de caso y las diferentes circunstancias, que estén capacitadas para superar todo tipo de barreras culturales y actitudinales.

Barreras de accesibilidad son por ejemplo la lectura de derechos o la "voz" de alto para las personas sordas que no las pueden escuchar (por ende entender/objetar u obedecer según el caso), la detención de personas sordas esposándolas a la espalda, lo que conllevaría incomunicarlas por completo (el maltrato recibido, las esposas en sus muñecas que les impiden cualquier gesto - su único medio de expresión son lo que debe enseñarse a la policía y a los penitenciarios, que no debe hacerse), o no tener en cuenta las características personales de los justiciables/testigos/etcétera con discapacidad en las audiencias, la falta de peritos de lengua de señas y la falta de capacitación adecuada a los peritos en general respecto de las discapacidades de las personas y sus necesidades, la falta de accesibilidad de redes informáticas judiciales para el acceso a la información para personas ciegas o con disminución visual respecto a presentación de expedientes o vistas de los mismos, los mostradores (mesas de entrada/receptoras) de los juzgados de alta talla que impide que aquellos con baja estatura o en sillas de ruedas puedan utilizar la mesa de la forma que los demás (sin discapacidades) sí pueden, y el tema más importante quizás es la inaccesibilidad arquitectónica de los espacio judiciales, como baños, pasillos, ascensores, y salas de audiencia que no fueron creadas ni pensadas para personas de tal tipo.

Es necesario que el personal que trabaja en la administración de justicia (incluido el personal policial y penitenciario) aprenda sobre el "Apoyo" que se le debe dar a las personas con discapacidad para no limitarles los derechos que la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos les reconocen.

Producir materiales apropiados, tales como versiones de lectura sencilla de la Convención de los Derechos para las personas con Discapacidad, e impresiones en Braille de la misma.

Creación de un Lugar de Queja y Supervisión que atienda a las personas ante la falta de Acceso a la Justicia efectiva y denuncien el abuso sistemático y continuo.

Promover la formación de los profesionales en temas relacionados con la "Discapacidad". El "Acceso a la Justicia" y la "Inclusión para evitar el aislamiento" a través de cursos, talleres, encuentros, jornadas, congresos, etc.

Implementación de dispositivos de apoyo, Información accesible, Herramientas para la comunicación e intérpretes.

Fomentar las "Buenas Prácticas" Y Erradicar los estereotipos e imágenes negativas que constituyan una estigmatización de las personas con discapacidad.

Procurar la Inclusión y entender que los ajustes razonables son buenos en la

medida que no se confundan con la "sobre-atención separadora de la normalidad" lo cual estaría mal, por ser parte de lo que hay que cambiar dado el nuevo paradigma.

Todo juzgado, puerta, edificio público deberá tener indicadores en Braille, tanto en sus entradas y salidas, así como en cada puerta, ascensor, baño, para lograr la independencia de aquellas personas con discapacidad visual.

Cada edificio en cada desnivel deberá tener una rampa en su entrada, y terminar con la idea de que existe una rampa en la puerta de servicio creada para los proveedores y no pensada para las personas con discapacidad, las personas con discapacidad deben entrar por la misma puerta que las personas sin discapacidad, eso es inclusión.

Todos los baños (al menos la mayoría) deberán ser inclusivos.

Creación de un centro de ayuda y atención a las personas con discapacidad donde sean oídos y un Stand en cada edificio público (siempre que eso sea posible). Que intervengan en el mismo, intérpretes de lengua de señas para lograr así la comunicación con personas con discapacidad auditiva.

Promoción de Charlas, talleres sobre el tema, cursos de capacitación, invitación a psicólogos, asistentes sociales, terapistas ocupacionales y personas con discapacidad a las charlas.

Rampas en cada una de las veredas donde se encuentre un edificio público relacionado con la Justicia.

Prestar la mayor colaboración posible para subsanar los tipos de barrera edilicia existentes, y para fomentar que los empleados judiciales puedan leer en voz alta los expedientes y resoluciones a personas con discapacidad visual, así como a aquellos que no sepan leer, capacitar dando cursos sobre escritura en Braille y aprender a hablar Lengua de Señas.

Realizar jornadas y capacitaciones específicas como las que se ofrecen a través del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cuya asistencia, es facultativa para el personal (sólo por dar un ejemplo, el cual debiera ser repetido en cada provincia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y Nación).

Caso especial es el de los baños, en los que los mingitorios se encuentran muy altos para personas con baja talla, y sobre todas las cosas, el tema más importante del baño es la división entre baños especiales para discapacitados y baños inclusivos, siendo estos últimos mejores que los otros. Fue un gran avance que los baños antiguos no hayan sido creados pensando en el uso de personas con discapacidad y por ellos se hayan creado luego en otros lugares más accesibles baños especiales para ellos, sin embargo dariamos un paso más adelante aún si logramos que todos los baños (o al menos los que se encuentren mejor ubicados) puedan ser usados por todas las personas, tengan o no discapacidad, cubriendo las diferentes necesidades de todos ellos, en uno.

Son muy buenos y sin dudas necesarios los baños especialmente equipados para personas con discapacidad, como los que se encuentran por ejemplo en el edificio de Diagonal Norte 636 PB (juzgados del fuero CAyT), o en los nuevos pisos de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, pero, creemos que se podrían hacer mejores baños con métodos inclusivos, y no excluyentes (generando que las personas con discapacidad tengan que ir a un baño "especial" y no puedan compartir el espacio del baño que fue creado e indudablemente pensado para personas sin discapacidad). En esta nueva noción de inclusión, es necesario que no se discrimine entre un baño y otro, sino que se logre que un baño sea el mismo para todos, siguiendo con la línea de los ajustes razonables para que dentro de un mismo baño puedan ir todas las personas (con o sin discapacidad) estando el mismo, equipado para todas las necesidades, privacidades y comodidades tales que requiere una persona con discapacidad. Para esclarecer más este asunto, he aquí un ejemplo de la vida real: El baño para hombres que se encuentra en el primer piso de la Facultad de Derecho (UBA), frente a la Sala Dalmacio Vélez Sarsfield es un baño de carácter inclusivo, que permite el cómodo y privado uso de personas con discapacidad así como la posibilidad de compartir el mismo espacio interno con personas sin discapacidad. Misma propuesta la tiene el baño para hombres de la Planta Principal (frente al Salón de los Pasos Perdidos) de la ya nombrada Facultad de Derecho (UBA).

Para empezar con inclusión, si el inmueble lo permite, deberían corregirse todos los baños del sector público y transformarlos en un baño inclusivo, que no discrimine entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad.

Pidiendo al Estado Nacional, a las provincias y a la CABA que las paradas de colectivo, de ser posible, se encuentren con señalización de letras grandes y

también en braile y en la misma cuadra de donde se encuentren los edificios judiciales a los que las personas con discapacidad deban presentarse.

Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de formación profesional; Alentar la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral; Continuar empleando a personas con discapacidad en el sector público; y Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

Promover el uso del sistema Braile en los edificios judiciales para cuando las personas con discapacidad visual necesiten leer las sentencias y demás providencias importantes, y de no poder lograrse lo siguiente, capacitar a los empleados del poder judicial para asistir y ayudar en todo momento a aquellas personas con discapacidad que así lo necesiten.

Contratar empleados o formar a los que ya trabajan, como Asistentes Personales de las personas con discapacidad que lleguen al edificio y necesiten ser asistidas, siempre que el Stand de la Oficina de Asistencia para Personas con Discapacidad no pueda hacerlo.

Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios.

Ofrecer formas de asistencia humana, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público, además de señalizar todo con carteles de lenguaje sencillo, y señalizar con Braille.

Para respetar verdaderamente el derecho, es imprescindible entender que fue menester crear una Convención específica sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad, y no sólo dejar englobado el derecho de los susodichos en convenciones anteriores que tocaban el tema, pero no con la profundidad que tiene una convención propia para el caso. Por lo que podemos entender, que si fue necesaria la creación de una Convención específica para las Personas con Discapacidad, es necesario también el establecimiento de espacios de Apoyo para las personas con Discapacidad, que se sumen a los espacios que protegen los derechos de los más desamparados.

Teniendo en cuenta lo antedicho, y entendiendo que la Estructura del Poder Judicial de la Ciudad, posee una Oficina Central Receptora de Denuncias; un Ministerio Público Fiscal, con Unidades de Orientación y Denuncia (UOD); Unidades Fiscales, Oficinas de Asistencia a la víctima y testigo; Oficinas de Orientación al Habitante; un Ministerio Público de la Defensa, y un Ministerio Público Tutelar, con Oficinas de Atención Descentralizada por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, pero nada específico relacionado con el tema en cuestión, es necesaria la creación de Oficinas de Atención y Apoyo para Personas con Discapacidad. Oficinas que se ubiquen en los puntos centrales de la Ciudad, los mismos puntos que fueron elegidos para la ubicación de los Ministerios Públicos.

Crear una "Oficina de Asistencia a las Personas con Discapacidad" en la que (tanto en su sede central, como en todos los stands o sedes que pueda tener) se encargue de brindar apoyo efectivo a las Personas con Discapacidad en todo lo concerniente a facilitar el Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, y tenga como principales propósitos: brindar asistencia técnica y capacitación adecuada de profesionales y del personal de la administración de justicia, desarrollar o incentivar proyectos y acciones para facilitar el Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en iguales condiciones que las demás, proponer modificaciones legislativas, brindar cooperación para fortalecer el pleno ejercicio del derecho de defensa de las personas con discapacidad, y promover la capacitación adecuada de profesionales y del personal de la administración de justicia y penitenciario a fin de brindar un mejor apoyo a las personas con discapacidad.

Que el centro además reparta/brinde y folletos (hechos en Braille, y en un lenguaje sencillo para las personas con discapacidades varias) en los cuales se brinde la formación necesario para comunicarse y reclamar y ser asistido.

Realizar en Diferentes Salas de Audiencias, talleres de "sensibilización y buenas prácticas" referidos a la "capacitación jurídica y las discapacidades" como los realizados en General Pico - La Pampa (13) por el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la

Administración de Justicia (ADAJUS), destinada a personas con discapacidad, profesionales, ONG's, instituciones y público en general.

Promover el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los Centros Penitenciarios (cursos y encuentros en donde se los capacite). Y promocionar la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

La rampa eléctrica que se encuentra en el edificio TRANSCONTINENTAL de Avenida de Mayo 654 (juzgados del fuero CAyT) es un claro ejemplo de inclusión, otro ejemplo de inclusión es la rampa de la Facultad de Derecho en Figueroa Alcorta 2263.

Así como desde el 2013 se vienen celebrando anualmente en la Facultad de Derecho de la UBA las Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos - organizadas por el Programa Actualización en Discapacidad y Derechos del Departamento de Posgrado, UBA- deberían celebrarse al menos una vez al año Jornadas de Accesibilidad, Diseño Universal, Comunicación, Capacitación Jurídica y Empleo vinculadas al Acceso a la Justicia para personas con Discapacidad. Con Mesas de Debates, y abiertas al Público (con inscripción previa para tomar en consideración el tamaño del lugar a elegir para la celebración de las mismas), en la que sean invitados para disertar: Personas con Discapacidad que deseen contar su experiencia de vida; Eruditos en la materia; Profesores y Estudiantes de la Facultad de Derecho que deseen presentar Ponencias al Respecto; y Profesionales que trabajen con Personas con Discapacidad.

Realización de talleres, charlas, cursos basados en la Inclusión de las Personas con Discapacidad al ámbito laboral y social, tocando temas como concepción de la discapacidad, respeto, actitudes, igualdad, marco legal, tipos de discapacidades, inclusión laboral, y Empleo con Apoyo, de carácter exclusivo para aquellas personas con o sin discapacidad que trabajen en el Poder Judicial. Incentivos y/o facilidades laborales al personal judicial para acceder a estos Cursos.

Creación de una Comisión Asesora para la integración de las Personas con Discapacidad que tenga como tarea central la eliminación de barreras culturales y físicas que se opongan habitualmente a la integración de personas con movilidad y/o comunicación reducida al ámbito laboral y social, además de Promover la creación de formatos de comunicación accesibles para las personas con Discapacidad en lo concerniente al ámbito laboral y judicial y asimismo orientar y brindar Información útil, en formatos accesibles acerca de los derechos y el modo de ejercerlos de las Personas con Discapacidad, al público en general.

Realizar un convenio de colaboración con el Programa (Nacional) de Asistencia para las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de Justicia (ADAJUS) y con la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia creada por la CSJN.

Realizar también un Convenio entre la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) y la Comisión Europea para la cooperación entre Europa y América Latina (de la Unión Europea), que busque brindar toda la información posible sobre el Acceso a la Justicia para Personas con Discapacidad. Difundir por medio de la Red Nacional de Información Jurídica, de Argentina, y la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas de Madrid por medio del Programa EUROsociAL (es un Programa de cooperación técnica de la Comisión Europea con América Latina que ya ha cooperado en el pasado en la divulgación de información sobre el Acceso a la Justicia en Latinoamérica) para difundir por medios electrónicos toda la información necesaria sobre los temas de Acceso a la Justicia y discapacidad que se puedan.

Realizar un Convenio entre la Facultad de Derecho (UBA), las distintas universidades nacionales y el Consejo de la Magistratura de la República Argentina para participar y otras veces organizar, así como además colaborar y llevar como asistentes a parte del personal de trabajo de los edificios judiciales a las Jornadas y Congresos de Acceso a la Justicia y Discapacidad que se celebren en el futuro.

Incorporar el sistema JAWS Screen Reader (JAWS es un software lector de pantalla para no videntes y personas con visión reducida) a todas las computadoras del sistema Judicial para ayudar de tal modo a aquellas personas que presentan esta discapacidad y trabajan en el lugar.

Promover la incorporación (en la medida que eso sea posible) de lectores para

ciegos en los sistemas IURIX, JusCABA, Lex100, y demás existentes en la actualidad, así como cada página de Internet oficial del Sistema Judicial, para la lograr así la utilización plena y efectiva del servicio judicial para personas con discapacidad visual en sus hogares y lugares de trabajo sin la necesidad de tener que incorporar o comprar el sistema JAWS por sí mismas.

Realizar un Convenio con la Fundación DISCAR (Trabaja con las personas con discapacidad intelectual, para el desarrollo de sus capacidades, favoreciendo su inclusión social y/o laboral.) para trabajar en su área de Talleres y Cursos agregando cursos de Acceso a la Justicia e inclusión laboral para personas con discapacidad.

Solicitar financiación a la Unión Europea, y Colaboración al CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), al Estado Nacional Argentino, y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en cumplimiento con las Reglas de Brasilia y la CDPDC.

Realizar un convenio de colaboración entre la "Oficina de Asistencia a las Personas con Discapacidad" (que proponemos crear) y el Consejo de la Magistratura de la Rep.

Argentina; la CSJN, los Tribunales Superiores de Justicia de cada provincia y la CABA, las Defensorías Públicas, Los Colegios Públicos de Abogados; La Facultad de Derecho de la UBA; y otros organismos gubernamentales o no gubernamentales, para instalar en cada uno de sus edificios oficiales (de ser posible) un Stand de la Oficina de Asistencia a las Personas con Discapacidad con el fin de colaborar, ayudar en la movilidad edilicia, ayudar a las personas con Discapacidad a comunicarse con los demás y realizar todo acto concerniente a su labor y necesidades dentro de los edificios de los susodichos organismos que firmen el Convenio de colaboración, así como brindar información y asesorar a aquellas personas con Discapacidad sobre en qué casos se les puede brindar un abogado gratuito.

La toma de conciencia y la capacitación es la primera medida para la eliminación de barreras actitudinales. Que se capacite a profesionales y auxiliares de la justicia, que se eliminen las prácticas discriminatorias de manera directa o indirecta, intencionada o no, y que se incluya el Derecho de la Discapacidad de manera transversal en los programas de formación, capacitación y desarrollo profesional judicial y también policial y penitenciario.

Adoptar y aceptar el Modelo Social de Discapacidad. Y capacitar de forma adecuada a los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, ya que sin la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario no hay acceso efectivo a la justicia, aunque se cuente con las mejores leyes y las mejores intenciones de los operadores, ya que de nada serviría el no uso de las mismas o su respectivo desconocimiento/incumplimiento.

Contenciones y apoyos efectivos a las familias de las personas con discapacidad.

Implementar con carácter continuo capacitaciones de actualización destinada a los jueces, funcionarios judiciales y abogados.

Propiciar la incorporación en los planes de estudios de grado de posgrado de las facultades de derecho.

Ha dicho Stephen W. HAWKING, "Mi esperanza es que, a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y ahora con la publicación del Informe mundial sobre la discapacidad, este siglo marque un giro hacia la inclusión de las personas con discapacidad en las vidas de sus sociedades" (14).

Rampas de entrada y de salida, ascensores con señalizaciones en Braille, espacios amplios y sanitarios adecuados para recibir a personas en sillas de ruedas, accesibilidad informática, instalaciones y mobiliario adecuados desde un punto de vista arquitectónico y comunicacional, áreas de atención al público, con intérpretes en lenguas de señas, métodos de lectura para personas ciegas, peritos capacitados, utilización y divulgación de las Reglas de Brasilia, fortalecer los derechos de las personas con discapacidad privadas de su libertad, apoyo especial a las personas con discapacidad en situación de encierro, dar a entender que las personas con discapacidad son personas capaces de aportar a la sociedad en igual medida que el resto de la población siempre que esta se construya sobre los valores del respeto y de la Inclusión,

terminar con la desinformación y el desconocimiento tanto de los profesionales intervenientes en los procesos judiciales como por los actores judiciales en cuanto a las normas vigentes y la normativa que involucra a las personas con discapacidad, carencia de referentes, y especialistas capacitados en el asunto que ayuden a llevar todo adelante, monitoreo de las condiciones de detección de la población penitenciario con discapacidad y elaboración de acciones de coordinación con las dependencias para la capacitación del personal profesional y técnico del servicio penitenciario a fin de prestar la mejor asistencia posible y debida a las personas con discapacidad no actuando de otro modo: la discapacidad como un agravante de la pena, y teniendo en cuenta que las discapacidades o limitaciones pueden ser motoras, visuales, auditivas, viscerales, e intelectuales. Por eso la capacitación adecuada de los operadores judiciales, incluido el personal policial y penitenciario, constituye una garantía efectiva al Acceso a la Justicia que lleve a la superación de barreras (hasta el momento y valga la redundancia) insuperables.

Cuando hablamos de las prestaciones en discapacidad que nuestro país tiene, podemos contemplar en su mayoría, un sistema avanzado pero, para que el mismo sea efectivo, se requiere de la interposición de amparos judiciales, con claras prestaciones costosas. Sin embargo, no son cosas que no podamos conseguir si todos ayudamos y se hace un aporte colectivo con una gestión razonable de los recursos, entendiéndose que los mismos son limitados. Si bien es una situación con mucha complejidad y dificultad, existen espacios colegiados o asociaciones que pueden ahondar más en esta línea de trabajo para ver buenos resultados. Las medidas de acción positiva que nuestro país ha legislado a nivel constitucional, por desgracia, su gran mayoría son incumplidas, citando como un último ejemplo el ingreso al empleo público con un cupo de menos del 4%, pero no debemos centrarnos y esforzarnos únicamente en esta problemática; debemos enfocarnos en la capacitación laboral y los apoyos que se necesiten para que las personas con discapacidad puedan ingresar al mercado de trabajo, dando incentivos para los empleadores y vinculación con universidades, por ejemplo.

Evitamos la discriminación y promovemos la igualdad efectiva de oportunidades, poniéndonos en el lugar del otro, pensar y sentir que nosotros mismos, nuestros hijos o progenitores somos la persona con discapacidad, debemos hablar del tema con claridad y compromiso; dejar de hacer la vista a otro lado y enfocarnos en encontrar soluciones; porque a fin de cuentas todos somos personas, todos sentimos y a todos nos duele. Los legisladores y jueces, junto a grandes doctrinarios, pueden contribuir con la disminución de la segregación, por medio del cumplimiento efectivo de las normas: reconociendo la diferencia para promover la igualdad.

Para concluir: Proponemos, la utilización del formato de lectura fácil -esto es, la utilización de un lenguaje menos complejo y técnico al que habitualmente se utiliza- a la hora de dictar fallos.

Proponemos, la creación de una gran cantidad de Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) que "ofrecen a la comunidad asesoramiento jurídico y social gratuito para resolver diversas problemáticas que afectan a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad".

Proponemos, continuar con la creación de sistemas de acceso a la información jurídica de consulta gratuita, dirigida, no sólo a profesionales, sino a la población en general (v.gr. portales SAIJ, infojus, infoleg, etc).

Como podemos ver, son varios los temas a corregir, entre ellos nos encontramos con: Carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada adecuadamente, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del proceso judicial, carencia de concienciación de los operadores jurídicos y de los jueces, muy deficientes sistemas de información e inexistencia de material legal disponible en formas accesibles.

Las mencionadas Reglas hablan de accesibilidad a los servicios judiciales, es decir no sólo el acceso formal a un procedimiento judicial, sino más bien el acceso efectivo a todas las instancias y medidas disponibles por la administración de justicia. Además, las Pautas hablan de garantizar la seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación de la persona con discapacidad. Visiblemente esto se encuentra relacionado con la accesibilidad universal a la justicia, mediante la existencia de servicios, mecanismos, o dispositivos que garanticen la igualdad efectiva en todos los ámbitos referidos.

Proponemos, desde la Escuela Judicial, realizar capacitación a los operadores jurídicos del servicio de justicia (jueces, abogados, funcionarios, administradores, empleados, etc.) en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad, el modelo social de estado y la formación de criterio para realizar ajustes razonables en la cultura jurídico procesal, así como en el lenguaje y atención.

Proponemos, duración razonable de las causas y tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso)- incluido el derecho a ser oído-; el derecho a un recurso efectivo; el derecho a la igualdad ante los tribunales; la igualdad de medios procesales; el derecho a la asistencia letrada, sumado al derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Con estos consejos, esperamos hayan obtenido propuestas alentadoras del tema en cuestión.

Jurisprudencia Analizada:

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 06/11/2012, M., H. N. c/ T. de A. SA s/ Reclamo Contra Actos particulares.
- CÁMARA DE APELACIÓN EN LO LABORAL DE SANTA FE - Sala II - 10/02/2017 "Segal, Stella Maris c/ Municipalidad ciudad de Santa Fe s/ Amparos".
- Cnac. Apel. Trab., Sala III, "Rodríguez, Esteban c/ Curtiembre Fonseca SA s/ despido", 05/02/2008, Expte. N° 20.765/06, Sent. N° 89.430. Ver de la misma Cámara: Sala X, "Almada, Mari O. c/ Dota SA de Transporte Automotor y otros s/ despido", 17/05/2002, Expte. N° 23.310/99, Sent. N° 10.642; Sala III, "Giordano, Isabel c/ Proanálisis SA s/ despido", 25/06/2003, Expte. N° 728/99, Sent. N° 84.964; Sala I, "Rosales, Angélica c/ Alpargatas SA", 27/07/1993, en DT 1994-A-359; Sala III, "Juárez, Alejandro c/Happening SA", 21/09/1990, en DT 1991-B-1647; Sala VI, "Badin, Nebel c/ EFA", 03/07/1991, en DT 1991-1662; Sala VII, "Ochoa, Roberto c/ Microómnibus Norte SA s/ despido", 22/04/1999; Sala VII, "Barbé, José c/ Metrovías SA s/ despido", 17/09/2003, Expte. N° 13.563/01, Sent. N° 36.961; Sala IV, "Bufo, Hugo c/ Sierras de Córdoba SA s/ despido", Expte. N° 29.443/05.
- Sent. N° 93.343, 20/05/2008; Sala I, "Paz, Oscar c/ Finexcor SRL s/ despido", Expte. N° 33.995/07.
- Sent. N° 85.486, 30/04/2009; Sala VI, "Villalba, Leonardo c/ Organización Fiel SA s/ despido", 23/04/2009, Expte. N° 22.360/04, Sent. N° 61.318. Ver también ScJmza., "Juárez Rosales, Oscar c/ Transportes El Plumerillo SA p/ despido s/ inc. cas", 19/10/2009, J° 15.793, Expte. N° 94.409, - LS406-107, entre otros.

Legislación Analizada:

- Ley 22.431
- Ley 24.901
- Ley 25.280
- Ley 26.378
- Constitución de la Nación Argentina.
- Pacto de San José de Costa Rica.
- Convención para la eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Notas al pie:

*)Agradezco la activa colaboración de la Dra. Mayra Vargas Portela (15) en la redacción del presente trabajo, y al Licenciado Ricardo Yebra Díaz (16) por su ayuda inmensa de leer, revisar y corregir al mismo con el fin de mejorar su sentido.

1) Abogado (UBA). Escritor. Conferencista. Ganador del Concurso de Ponencias organizado en el marco del "X Congreso Nacional de Práctica Profesional" de la UBA. Finalista del Concurso Universitario "El acceso a la Justicia" organizado por la Secretaría de Coordinación de Políticas Judiciales, dependiente del Plenario del Consejo de la Magistratura de la CABA. Seleccionado en dos (2) oportunidades por la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA para realizar diversos Talleres de Estudio Profundizado (TEP). Elegido en tres (3) oportunidades por el Programa de Pasantías de la Facultad de Derecho (UBA) para participar de

actividades formativas rentadas semestrales en la Procuración General de la CABA (GCBA).

2) Sobre el tema puede consultarse a Gabriel Tosto y a Juan Carlos Fernández Madrid en mancini, Jorge Rodríguez (dir.), Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada, t. IV, Bs. As., La Ley, 2007, p. 43 y ss., y p. 1745 y ss., respectivamente; ackerman, mario e., "(Qué reparan las indemnizaciones del art. 212 de la LCT?," en Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo II, 2000-2 Rubinzal-Culzoni p. 37 y ss.; ackerman, mario e., "Incapacidad permanente y contrato de trabajo. El art. 212 de la LCT", t. III, Bs. As., Hammurabi, 1987; en Ackerman, Mario E. (dir.), Tosca, Diego M. (coord.), Tratado de Derecho del Trabajo.

3) Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 22/1981, 02/07/1981, Jurisprudencia Constitucional, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1981, t. 2, p. 76 y ss.

4) Etala, Carlos A., Contrato de Trabajo, Bs. As., Ed. Astrea, p. 485 y sus citas. También Cnac. Apel. Trab., Sala VIII, Expte. N° 33733/94, Sentencia N° 28097, 05/08/1999.

5) Cnac. Apel. Trab., Sala II, "Cejas, Juan c/ Cortestamp SA s/ despido", 27/05/2009.

6) Cnac. Apel. Trab., Sala X, "Curima, Juan c/ Coca Cola FEMSA de Bs. As. SA s/ ind. art. 212", 16/02/2005, También se ha afirmado que a los efectos de la reincorporación de la trabajadora al desempeño de tareas dentro de la empresa (ya sean las habituales o las acordes a su capacidad física disminuida) no es necesario el alta médica definitiva, sino simplemente el certificado médico que acredite que la dependiente, si bien padece una disminución de su capacidad laborativa definitiva (es decir, no reversible), está en condiciones de realizar tareas de acuerdo a la misma, aunque no sean las habituales. Ver cnac. apel. trab., Sala X, "Sergio, Natalina c/ Arcos Dorados SA s/ despido", 25/02/2008.

7) Cnac. apel. trab., Sala VII, "Taboada, Lucas c/ Nueva Chevallier SA s/ despido", Expte. N° 17.524/08, Sent. N° 41.805, 13/05/2009.

8) (cnac. apel. trab., Sala VI, "Rodríguez c/ Coop. Transporte Ciudad de Bs. As.", 31/07/1986, SD 24.592; también en "Flores, Carlos c/ Francisco Siffredi SA s/ accidente", 30/04/2004, Expte. N° 37.798/95, Sent. N° 57134).

9)

https://www.argentina.gob.ar/modernizacion/empleadopublico/discapacidad/buenas_practicas/trabajo

También: Constitución de Argentina, 1994 / Constitution of Argentina, 1994 Ley de Contrato de Trabajo, No. 20.744, 1976 / Employment Contract Act, No. 20.744, 1976 Ley de Protección Integral de las Mujeres No. 26.485, 2009 / Women Protection Act No. 26.485, 2009.

10) Fallos 270:374, 271:320, 273:211, 274:334.

11) Art. 8 de la Ley N° 22.431.

12) <http://www.trabajo.gob.ar/discapacidad/programas.asp>.

13) http://archivo.laarena.com.ar/la_ciudad-jornada_sobre_discapacidad-74490-115.html.

14) HAWKING, Stephen W. "Prologo", Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, disponible en sitio virtual file:///D:/Documentos%20Usuari/rio/Mis%20do cum entos/Downloads/978924 0688 230_spa.pdf.

15) Abogada (UBA), Ayudante del curso regular "Discriminación en el Empleo" a cargo de la Dra. Ortiz Silvia y ayudante del curso regular "Discapacidad y Derecho" a cargo del Dr. Juan Seda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

16) Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Analista Político, Económico y Financiero.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: IJ Editores - Argentina, Cita: IJ-DCCXLVII-973

Fecha: 27 DE JUNIO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.75, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17, LEY

20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.65, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.210, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.212, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.245, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.247, Ley 22.431 Art.2, Ley 22.431, LEY 24.557, Ley 24.576, Ley 17.722, Ley 23.313, Ley 23.462, LEY 25.280, LEY 26.378, LEY 10592, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10**

REF. BIBLIOGRAFICAS

-LOPEZ MESA, Marcelo "El Juez en el Proceso. Deberes y Máximas de experiencia" en Diario La Ley, Buenos Aires, Año LXXVI, N°109, 12/06/2012, p. 1.

-ASAL, Jesús María, Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia, en obra titulada de igual modo, publicada por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, Venezuela, 2005, págs. 11/13.

Referencias tomadas de internet.

-HAWKING, Stephen W. "Prologo", Informe Mundial sobre la Discapacidad 2011, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, disponible en sitio virtual file:///D:/Documentos/Usario/Mis%20do%20cum%20entos/Downloads/9789240688230_spa.pdf.

-ALMIRON, Elodia, Cuestiones de género y el Acceso a la Justicia como derecho, artículo publicado en la Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año V, Número Especial, Buenos Aires, 2011. Puede verse en http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0035_p-d-der-humano_s.pdf.

-BARBIERI Pablo Carlos, "El Acceso a la Justicia y la inclusión", Infojus, Id SAIJ: DACF150195 del 11 de Marzo de 2015. <http://www.saij.gob.ar/pablo-carlos-barbieri-acceso-justicia-inclusion-dacf150195-2015-03-11/123456789-0abc-defg5910-51fcancirtcod>.

El Convenio nº 111 de la O.I.T. y el progreso de su aplicación en Argentina

ZAPPINO VULCANO, VICTORIA

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE ABRIL DE 2019

TEMA

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-DERECHOS FUNDAMENTALES-IGUALDAD- DISCRIMINACION-LEY DE CONTRATO DE TRABAJO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL

TEXTO

I.- Breve preludio:.

La obra en cuestión tiene como propósito efectuar un sucido abordaje sobre el camino transitado por nuestro país en la implementación real y efectiva de los preceptos contenidos en el Convenio nº111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, desde su oportuna ratificación en el año 1968 hasta la actualidad, con la ambiciosa finalidad de ponderar si el progreso logrado hasta el presente traduce un auténtico cumplimiento de los estándares mínimos que impone dicho instrumento.

A tales efectos, se colocará el foco de análisis en los medios a través de los que sus designios son procurados, tanto aquéllos emanados del Estado (en todas sus manifestaciones) como así también las medidas implementadas por iniciativa y acción de las asociaciones profesionales, organizaciones sin fines de lucro y demás interlocutores sociales, quienes ostentan roles de fundamental preponderancia en el marco de las relaciones de trabajo.

Como cuestión primigenia, asimismo, resultará precisar ciertos conceptos que, no obstante presumirse fluidamente dominados por el lector, componen el eje orientador que -a nuestro juicio- no debe perderse de vista al ahondar las innumerables aristas de la materia.

Nuestra Carta Magna dispone, como una de las cardinales pautas reguladoras de la socialización, una directriz genérica consistente en estatuir que todos los habitantes de la Nación son iguales a sus semejantes, paridad sobre la cual enfatiza en lo atinente a la idéntica sujeción y afrontamiento de los efectos de la legislación, como así también al ejercicio de los derechos y deberes sociopolíticos, a las obligaciones tributarias y a la recepción de las políticas públicas. Instaura, por tanto, una ficción normativa y meramente formal con el objeto último de posibilitar el efectivo ejercicio hic et nunc de las libertades individuales, pilar esencial de todo régimen democrático, a través de erigir condiciones materiales aptas para ello. Igualdad y libertad, valores empuñados como estandartes por socialistas y liberales respectivamente, calificados con habitualidad como excluyentes entre sí, en verdad no constituyen otra cosa que dos caras de la misma moneda.

En el sentido de los lineamientos expuestos, luce imprescindible precisar que calificamos a tal fórmula como la concepción de una ficción legal, en la medida que el punto de inicio del concepto de igualdad no alude a una identidad propia de la conocida obra de A. Huxley, y ni siquiera refiere -paradójicamente- a reconocerse semejante al otro. Muy por el contrario, la igualdad de trato requiere, como razón primera de su existencia, el reconocimiento del tercero como un ser distinto a uno, quien -al igual que el examinador- poseerá características inherentes e irrepetibles, disimilitudes que -precisamente- constituirán la motivación del trato respetuoso, proceder que a su vez codifica la reivindicación de las propias singularidades.

Aclaramos, empero, que la mención a una igualdad meramente formal carece de connotaciones negativas. El énfasis en el carácter figurativo halla su fundamento en la necesidad de distinguir con nitidez tal concepto de la igualdad material, por entender -a diferencia de cierto sector de la doctrina- que la pretendida unificación de ambos decantaría irremediablemente en la negación de una realidad tangible: mientras que la paridad de oportunidades y

de trato se concibe perfeccionada en el ordenamiento jurídico, integrando parte -incluso- de la norma fundacional medular, aún resulta una utopía en la cotidianidad práctica de sus receptores. En esta dicotomía encontramos el quid de la cuestión.

II.- Los primeros pasos en la materia:.

Como puede presumirse, el tratamiento desigual de una persona o grupo de personas con motivación en aquellas características personales que porten no forma parte del patrimonio exclusivo de las relaciones de trabajo. Constituye, lastimosamente, una patología insita en todo vínculo social, cualquiera sea su carácter o coyuntura fáctica que lo origine.

No obstante, tal fenómeno adquiere particular relevancia en el área que nos compete dado que, en el marco de una sociedad signada por el mercantilismo y la competitividad feroz que impone la globalización, el trabajo resulta uno de los agentes socializadores esenciales del ser humano. La inserción en una unidad productiva, cualquiera sea la modalidad y estructura que exhiba, oficia -entre otros- como factor de integración social del sujeto, al tender puentes entre sus pares, propiciar ámbitos esenciales de interacción, brindar oportunidades para el desarrollo de destrezas y habilidades, y también proporcionar a aquél -nada menos que- un sentido de pertenencia. El empleo, desde sus inicios y con mayor fuerza en los tiempos que corren, acuña la identidad de quien lo desempeña.

Precisamente es por ello que los desequilibrios y los conflictos generados en este marco relacional tienden a escalar a velocidades vertiginosas y gravitar fatalmente en la psicología de los involucrados. En idéntico orden de ideas, también las conductas que atentan contra los derechos fundamentales de sus protagonistas, especialmente aquéllos vinculados con la dignidad y otros derechos personalísimos, hallan con facilidad el camino para hacer mella en su destinatario.

No se procurará -por tanto- hallar el origen histórico de este tipo de comportamientos, tarea reservada para otras ramas de las ciencias sociales y que exceden ampliamente las estrechas fronteras de la presente obra. El foco se centrará únicamente en enunciar los avances jurídicos y fácticos más resonantes desde la ratificación del Convenio nº111.

Ante todo, memoramos que el citado instrumento, componente del denominado "núcleo duro" de convenios de la O.I.T., fue adoptado por nuestro país mediante la sanción de la ley 17.677 en el año 1968, ocho años después de su entrada en vigor. Por ese entonces, y pese a hallarse en sus albores, el panorama legislativo atinente al derecho del trabajo apenas se abastecía de un puñado de normas desordenadas, circumscripciones a reconocer a los trabajadores derechos básicos, meramente elementales, como ser -entre algunos otros- el goce de descanso entre jornadas de trabajo, de licencia con percepción del salario ante casos de enfermedad y de vacaciones pagas. Ninguna disposición concordante con el referente convenio asomaba. Sobre la cuestión, el ordenamiento jurídico positivo únicamente contaba con la directriz general reflejada en el art. 16 de la Ley Fundamental (1853), mantenida incólume hasta la actualidad, cuyo texto -vaticinado previamente- reza que "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".

La jurisprudencia del Alto Tribunal desplegó el puntapié al diseño concreto del contenido y alcance de dicha garantía en el concreto escenario de las relaciones de trabajo. Mediante los precedentes inaugurales del tópico, la Corte comenzó a trazar pautas exegéticas de la garantía de igualdad que aún en los tiempos contemporáneos han conservado su vigor, al señalar que dicha directriz "no impide que se contemplen en forma distinta situaciones que se consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo" (1) y, bajo similar temperamento, que "no son arbitrarias las discriminaciones cuando

se establecen con fundamento en las distintas actividades contempladas, en tanto el régimen fijado para cada especie sea uniforme" (2).

Años luego devino la reforma constitucional del año 1975, cuyo plan incluyó la implementación del art. 14 bis como lo conocemos; entre los múltiples mecanismos tutelares del trabajo que concibe, el precepto en cuestión recogió una opinión vigente en la conciencia jurídica general, tendiente a desautorizar la circunstancia de que la retribución de una determinada labor realizada bajo vínculo de dependencia, aparezca inferior en su cuantía a otra remuneración brindada como contraprestación a idéntico trabajo, producto de una discriminación irrazonable (3).

Este precepto desencadenó uno de los iniciales y más críticos debates en la materia, subsistente -bajo modalidades de mayor sofisticación, claro está- aún en la actualidad, y que radicó en dilucidar si la fijación de un salario desigual a un dependiente constituye un válido ejercicio de las prerrogativas inherentes al empleador, o si -por el contrario- representa una distinción prohibida que transgrede la tanto la pauta de igualdad allí establecida como el derecho, del trabajador desfavorecido, a percibir una justa retribución por el débito laboral brindado.

Durante la vigencia de tal disposición, la Corte profundizó la doctrina fijada en los mencionados precedentes, al resolver que una norma convencional que establecía que sólo los dependientes despedidos y/o los que se retiraron de la compañía con motivo de acogerse al beneficio jubilatorio poseían derecho a percibir remuneraciones con carácter retroactivo, no transgredía la garantía constitucional de igualdad de aquellos subordinados cuyo vínculo de labor halló extinción bajo otras modalidades, en tanto dicho criterio de distinción no aparecía arbitrario ni irrazonable (4).

Asimismo, con posterioridad a dicho pronunciamiento la cuestión fue abordada una vez más y en idéntico sentido, en el leading case "Ratto, Sixto y otro c/ Productos Stani S.A." (5) (26/08/1966). Allí consideró, a partir de una interpretación integral del precepto constitucional bajo estudio, que dicha norma plasma tan sólo la expresión de una pauta general en torno a la suficiencia y equitatividad que debe observar toda remuneración, y a la prohibición de desplegar distinciones carentes de fundamento objetivo, como podrían ser aquellas basadas en razones de sexo, raza o religión, sin que en modo alguno obste a que la patronal retribuya mejor a los dependientes que exhiban mayor contracción al trabajo o laboriosidad en el cumplimiento de sus tareas, entre otros factores objetivos de ponderación.

Los criterios reseñados constituyeron la premisa a partir de la cual el legislador laboral finalmente recogió el mandato impuesto por el referido convenio, al incluir en la literalidad de la Ley de Contrato de Trabajo disposiciones orientadas a vedar las distinciones arbitrarias en el empleo. Concretamente, el art. 18 (vigente art. 17) de la norma estableció una prohibición general de "cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad", mientras que en su art. 89 (actual 81) se impuso a la patronal el deber de "dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones", acompañado -además- de una rígida pauta de escrutinio, en el sentido que debe calificarse arbitrario el trato desigual proferido por el empleador si aquél no respondiese a causas objetivas.

Empero, breve fue la vigencia de la segunda de las disposiciones legales señaladas. Tan sólo dos años después de su dictado, el gobierno de facto hizo eco de la doctrina esbozada por la Corte Suprema en el precedente citado ut supra y delineó con mayor precisión qué distinción podría calificarse como arbitraria y qué distinción -en cambio- es aquella que resiste el test de constitucionalidad, al disponer que "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.", texto que finalmente prevaleció hasta la actualidad.

Ya bajo la órbita de estos nuevos estándares, el primer caso en el que el Supremo Tribunal verificó una conducta patronal lesiva de la garantía de igualdad tuvo lugar en el marco de la causa "Del Papa, Liliana Beatriz c/ Sur Cia. Argentina de Seguros"(6), resuelta más de dos décadas de la modificación legislativa señalada. Dicho litigio, versó en torno a una trabajadora que fue excluida de aumentos generales otorgados, con motivo de encontrarse gozando de una licencia por maternidad. Sin perjuicio de ratificar los principios sentados en "Ratto", cristalizó un distingo de alcance y naturaleza de los incrementos remuneratorios, enfatizando en que aquéllos que se dirijan a la totalidad del personal (esto es, aquellos de carácter general), y cuya finalidad no sea otra que lograr una recomposición salarial frente al deterioro de la capacidad adquisitiva de la contraprestación debido al fenómeno inflacionario, no pueden ser exceptuados a una trabajadora que se hallaba en licencia por maternidad, so color de incurrir en un comportamiento arbitrariamente discriminatorio.

Pero la decisión más relevante en la época fue, indudablemente, aquella adoptada in re "Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A. " (7), al abordar -una vez más- las proyecciones de la garantía de igualdad en la faceta remuneratoria del contrato de trabajo. Se trató, en el caso, de una trabajadora que se desempeñaba como jefa de enfermería del sector de cuidados intensivos y unidad coronaria del nosocomio demandado, y que alegaba la existencia de tratos discriminatorios consumados por su empleador mediante la política salarial implementada, producto de la cual percibió salarios inferiores al personal bajo su cargo.

El rechazo de la pretensión decidido en primera instancia, fue ratificado por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo por interpretar que la actora no había logrado demostrar que su contraprestación hubiese sido "torpemente injusta", ni tampoco que hubiera sido excluida de la igualdad de condiciones a raíz de distinciones arbitrarias y hostiles, a la par que su condición de personal no convencionado descartaba la constitución de un nivel salarial base a contemplar con el objeto de cotejar su remuneración contra la de sus pares (8). Sin embargo, la Corte Suprema revocó tal pronunciamiento con arreglo a la conocida doctrina de la arbitrariedad, en la inteligencia de que el a quo habría omitido tomar en consideración elementos y aristas del caso que revestían determinante trascendencia para su dilucidación, como ser -en lo que aquí aparece imprescindible- la circunstancia de que el área en donde se desempeñó la demandante era, ciertamente, el ámbito más crítico y complejo del sanatorio (característica que -per se- la hacía merecedora de una remuneración mayor), que aquél -efectivamente- percibía una contraprestación inferior a la concedida al personal a su cargo y del mismo modo que en autos se había acreditado su eficiencia y formidable aptitud profesional en el desarrollo de sus delicadas funciones. Empero, el aporte más destacado del pronunciamiento lo constituyó el voto coincidente de la minoría (suscripto por los jueces Bacqué y Petracchi), a través del cual además se abordó, por vez primera, una cuestión de insuperable relevancia el análisis de casos que versan sobre tratos discriminatorios vedados constitucionalmente, y sobre el cual se profundizará infra: la armonización de una tutela efectiva con los principios que instaura el ordenamiento adjetivo en materia de reparto de la carga de la prueba. En este sentido, con sustento en experiencias de la O.I.T. y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, reconocieron que "existe hoy la posibilidad cierta y concreta de que la empresa -entendida como una organización cuya responsabilidad social consiste, no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino en hacerlo también equitativamente, incluso en lo que atañe a su ámbito interno-, utilice métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos...", por lo que "resulta inadecuado sostener hoy" que "la prueba del mérito de los dependientes es para su principal, muy sutil y difícil e inequitativa su exigencia", fundamentos que conducen a colegir que el criterio establecido por el a quo sobre la carga de la prueba, en verdad, exhibe un apartamiento de las reglas distributivas que define el art. 377 del Código ritual. Y ello pues el art. 81 de la L.C.T. impone al principal la obligación de dispensar un trato igualitario a sus dependientes, en "identidad de situaciones" y "sin establecer presunciones", de lo que se desprende que "el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas". En tales condiciones, a cada uno de los contradictores le compete el deber de acreditar el presupuesto

de la norma que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción: mientras que el trabajador deberá demostrar la razonable identidad de circunstancias, "quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones.". Dichos lineamientos argumentales, gestados inicialmente en un voto minoritario, impulsaron paulatinos pero sólidos progresos en los tribunales inferiores con relación a las pautas probatorias que demarcarán el examen de razonabilidad y legalidad de un trato desigual en un hipotético concreto.

III.- La efectivización de la protección en el derecho positivo y en el ámbito jurisdiccional:

A pesar de que la norma positiva concebía una explícita veda a desplegar tratos desiguales que no respondan a justificaciones objetivas, y aún pese a los avances jurisprudenciales logrados hasta la época, la letra de la ley no lograba consolidar su transpolación a la realidad. En el siempre latente temor a que el empleador adopte represalias frente a la denuncia de hechos como los descriptos y en la circunstancia de que el ordenamiento legal no contemplase una sanción concreta a efectivizar ante la configuración de tales comportamientos, reside -en nuestra perspectiva- la explicación del letargo.

Precisamente por la imprevisión referida podemos afirmar, sin hesitación alguna, que la entrada en vigor de la ley 23.592 (1988) marcó el hito determinante en la materia, pues -a diferencia de otros prístinos e incluso coetáneos plexos legales- instituyó mecanismos concretos para garantizar la efectiva vigencia del mandato de igualdad. En lo que aquí aparece trascendente, el art. 1º de dicha norma, luego de describir con amplitud la conducta tipificada, estableció de modo expreso cuál sería la consecuencia que debía seguir a la perpetración de un accionar discriminatorio: su autor "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 ocasionado".

Su recepción en la práctica, no obstante, distó notoriamente de ser pacífica. La aplicación de tal precepto motivó encendidas e inagotables contiendas discursivas entre los más distinguidos juristas de la época, prorrogadas en ocasiones -incluso- merced a enarbolar argumentos de tinte meramente sofista. El debate viró en torno a los casos en que los que el acto de naturaleza discriminatoria yazca en la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador, y puede sintetizarse en tres puntos subsuntivos: a) dentro de un régimen de estabilidad impropia y relativa en el empleo privado, en el cual - por ende, según afirman sus partidarios- el distracto sin causa constituye un acto válido, (podría sancionarse con la nulidad absoluta aquel despido que halle sustento en razones discriminatorias?, b) ante el hipotético de responder por la positiva el interrogante previo, (la reposición de las cosas a su statu quo ante, además del resarcimiento del daño material y moral causado, resultaría el modo adecuado de "dejar sin efecto el acto discriminatorio... o cesar en su realización", de conformidad con lo dispuesto en la norma citada?, c) finalmente -siempre a partir de una afirmativa premisa anterior-, dado que ello implicaría restituir al trabajador indeseado por la patronal a su antiguo puesto de trabajo (dicha respuesta aparecería compatible con el derecho constitucional de propiedad, y de libre contratación y ejercicio de la industria (art. 14 de la C.N.) del principal? Dicha dicotomía recrudeció, también, a causa del dictado de la ley 25.013, cuyo art. 11 vino a cubrir el alegado vacío normativo sobre el tópico, regulando el supuesto del despido motivado en razones discriminatorias mediante la descripción de las circunstancias fácticas que ameritarían calificar el acto en tal sentido, junto con el establecimiento de una pena concreta ante su comprobación, consistente en el incremento de la indemnización forfataria en un 30% de su valor.

Más de una década debió esperarse para el dictado del primer pronunciamiento que admitió la tesis positiva y, a partir de ello, la reincorporación del dependiente afectado por un despido con motivos discriminatorios a su función despojada (9). Durante la vigencia del precepto mencionado en el párrafo precedente, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, in re "Stafforini, Marcelo R. c/ Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social -

Administración Nacional de la Seguridad Social" (10), se inclinó por decretar la nulidad del despido de un trabajador que al momento de decidirse de la extinción carecía de una estabilidad superior a la relativa en virtud de haber cesado su condición de representante sindical, y que en momentos previos había formulado, en un medio de comunicación de alta difusión, una opinión crítica con respecto a las gestiones llevadas a cabo en el Ministerio a partir de un cambio de administración. Mediante consideraciones de similar tenor, idéntica solución dispuso la Sala VI, a partir del voto fundante del Dr. Fernández Madrid, en una causa promovida por una dependiente despedida a raíz de su carácter de militante gremial y conviviente de otro trabajador que revestía el rol de representante sindical (11).

Aún mayor fue la dilación en el estrato provincial. Fue el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro el órgano jurisdiccional que, hacia el año 2005, inauguró tal perspectiva en dicho ámbito. El caso radicó en la acción de amparo incoada por una trabajadora desvinculada por "pérdida de confianza", alegación que -de acuerdo con lo resuelto por la Corte- constituyó tan sólo un pretexto destinado a encubrir la real motivación del despido: la circunstancia de que aquélla era cónyuge de un representante gremial (12).

Sin embargo, los temperamentos reseñados no lograban erigirse como tendencia jurisprudencial mayoritaria, ni en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo ni en el interior del país. Inicialmente, considerable parte los pronunciamientos arribaban a un desenlace antagónico, en la inteligencia de que la solución que prevé la ley 23.592 resultaba inconciliable con el "régimen de estabilidad relativa impropia constituido por un sistema conocido como de validez e ilicitud" del despido ad nutum, como el que -alegadamente- estipularía la Norma Fundamental, por lo que sus consecuencias no podrían ser armonizadas en la práctica.

Empero, el Alto Tribunal dirimió definitivamente la controversia hacia fines del año 2012, en oportunidad de rechazar el recurso de hecho deducido por la accionada en los autos "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo" (13), decisión integrante del repertorio de pronunciamientos que -como un oleaje- transformaron el paradigma del derecho del trabajo (14), y mediante el cual resolvió -por reñida mayoría- que los preceptos de la ley "anti-discriminación" resultan aplicables a las relaciones de trabajo pertenecientes al ámbito privado.

Respecto a las aristas fácticas del precedente, aquél residió en la solicitud de reincorporación promovida por seis trabajadores que habían constituido una asociación sindical de empresa y que despedidos por la patronal invocando una supuesta "reestructuración" con inmediata posterioridad a la formulación de un reclamo por mejoras remuneratorias. Los fundamentos esgrimidos por la Corte exhibieron un fuerte contenido humanista y se encargaron de desguazar, uno a uno, los lineamientos discursivos esbozados a lo largo del tiempo por los detractores de la aplicabilidad de tal plexo en clave laboral. Al respecto, expresaron -en síntesis- que la literalidad de la ley no contempla distinciones en su ámbito de aplicación, que la proscripción de efectuar actos discriminatorios "no admite salvedades o ámbitos de tolerancia que funcionarían como 'santuarios de infracciones'..." sino que "se repreba en todos los casos" y -en similar sentido- que precisamente el contrato de trabajo, por su carácter antrópico (terminología no empleada de forma expresa, pero detectada con agudeza por Mansueti (15)), constituye un terreno en donde "la aplicabilidad de la norma antidiscriminatoria" aparece "por demás apropiada y necesaria". En lo atinente al lineamiento argumental relativo a que la restitución del trabajador despedido a su puesto de labor importaría una virtual "supresión de las facultades discrecionales del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal", y -consecuentemente- la trasgresión de sus derechos constitucionales de libre contratación y ejercicio de la industria, la Corte precisó -con claridad meridiana- que el ejercicio de dichas prerrogativa mal podría verse "limitado por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajado y el jus cogens que informa el principio de igualdad y prohibición de discriminación", a la par que -en un tenor que evoca a "Vizzotti"- las potestades otorgadas a la patronal no pueden delimitar la medida de los derechos humanos del trabajador: 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 de jerarquía constitucional". Finalmente, detalló que no existen motivos para desechar la plena reparación (restitutio in integrum) del acto discriminatorio, fórmula resarcitoria que -a la sazón- "guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos", y que "sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación".

A partir del dictado de tal pronunciamiento, el ejercicio de este derecho humano fundamental con la real y efectiva vigencia de sus efectos hacia el interior del contrato de trabajo (16) alcanzó un grado de consolidación insusceptible de reversiones, a punto tal de mantenerse impertérrito frente a la embestida de añejos argumentos maquillados como novedosos, e incluso ante un nuevo escrutinio jurisdiccional, llevado a cabo recientemente por una Corte Suprema de integración renovada.

En efecto, al expedirse con motivo del remedio de hecho interpuesto por la parte accionante in re "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical" (17) en el mes de septiembre del corriente año, el Máximo Tribunal -esta vez por unanimidad- reafirmó categóricamente la aplicabilidad de la ley 23.592 en materia laboral, descartando incluso que su eventual concurrencia con otros plexos normativos que prevean supuestos específicos de discriminación y -con ello- un régimen de reparación concreto en dichos casos (por caso, el art. 52 de la ley 23.551, que otorga al actual representante sindical, al delegado que cesó en su cargo y al candidato a revestirlo, la facultad de optar entre la percepción de un resarcimiento pecuniario agravado o la reincorporación a su puesto de labor), pueda entrañar obstáculo o contradicción alguna con la solución brindada.

IV.- Avatares probatorios y viabilidad fáctica de la pretensión tutelar:.

Amén de hallarse conformado el bloque normativo destinado a custodiar el derecho fundamental que inspira el presente y apaciguadas las tendencias que atentaban contra su efectiva aplicabilidad, el desmantelamiento del fenómeno de la discriminación por vía jurisdiccional continuaba hallando significativas rémoras. La resistencia subsistía, entonces, en las ostensibles dificultades demostrativas que encuentra el trabajador damnificado para acreditar a lo largo del contradictorio la efectiva existencia del proceder segregacionista alegado, y que hallan origen en la concepción de un procedimiento ritual eminentemente civilista que -como principio general- asigna el onus probandi de determinado extremo de facto a la parte que pretende introducirlo al caso. Y ello pues, la aplicación rígida -por parte del juzgante- de los clásicos patrones de distribución de la carga probatoria en acciones que exhiben aristas fácticas de difícil reconstrucción histórica a través de constancias probatorias, tiende a sentenciar el fracaso de la reparación procurada desde su propia génesis; resultado que, a su vez, resulta incompatible con el propósito teleológico de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Carta Magna (18), y aún más con la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva.

No aparece ocioso memorar, al respecto, que la desigualdad imperante en el vínculo laboral y la hiposuficiencia del dependiente frente a su principal no confinan su proyección hacia el interior del contrato de trabajo, sino que además se replican en caso de ulteriores reclamaciones fundadas en dicho vínculo. En el marco de un litigio, las desigualdades en cuestión se traducen en desventajas concretas del trabajador frente a un adversario que, por su propia naturaleza, tendrá a su pleno arbitrio y disposición diversos elementos demostrativos, ya sea por poseerlos materialmente (vgr. libros contables, fichas horarias, etc.) o por ostentar una posición de poder en su relación (vgr. potenciales testigos que continúan laborando bajo la dependencia de la patronal demandada), los cuales -a la sazón- precisamente suelen constituir aquellos medios probatorios idóneos para dilucidar los hechos en controversia.

Tanto mayor es la disparidad cuando se trata de actos con reproche de discriminación. Ello es así dado que -ante todo- la motivación del accionar

desplegado reposa tan sólo en la subjetividad de su autor, ámbito inalcanzable en términos probatorios y naturalmente ajeno a la autoridad de los magistrados. El accionar discriminatorio tiende a ser "más presunto que patente", a operar de modo indirecto sobre la víctima e incluso hasta en forma imperceptible; lejos de consentir su exteriorización, su autor suele ser diligente al silenciarlo hasta borrar -casi- todo rastro que conduzca a su develamiento, disfrazándolo usualmente bajo el ropaje de fundamentos en apariencia válidos, los que pueden oscilar entre espectros tan amplios como la referencia a circunstancias productivas apócrifas (vgr. reestructuración de un sector por crisis económica), la búsqueda del bienestar del afectado (vgr. trabajos prohibidos para la mujer) o de un determinado colectivo (vgr. sometimiento a una prueba de detección del Virus de Inmunodeficiencia Humana como parte del proceso de ingreso a la empresa), el legítimo ejercicio de facultades potestativas e incluso el merecimiento -por parte de la víctima- del trato que se dispensa (19)

Tal es la significación del aspecto bajo estudio frente al propósito de sancionar y erradicar actos como los mencionados, que mereció el expreso tratamiento de la Comisión de Expertos en el marco de la 83^a Conferencia Internacional del Trabajo, oportunidad en la que refirió que la carga probatoria "puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación... En muchos países la carga de la prueba recae en el demandante, sin existir obligación, por parte del empleador, de aportar pruebas que demuestren que los motivos no son discriminatorios o el motivo de la eliminación de la persona candidata. El empleador puede ganar el caso por el simple hecho de no intervenir, o por oponerse, pura y simplemente, a las alegaciones del demandante. La comisión toma nota con interés de que en ciertos países, una vez que las pruebas prima facie y elementales de discriminación son aportadas por el demandante, la carga de la prueba recae sobre el empleador" (20).

La doctrina, secundada por la jurisprudencia, paulatinamente fraguó la implementación de criterios de mayor amplitud conceptual en torno a la distribución de la carga probatoria y a la ponderación de la actividad procesal desplegada por los litigantes, con el objeto de que exhiban una ductilidad susceptible de adaptarse a supuestos en los que -como ocurre en los casos de examen- la reproducción de los hechos acaecidos y el desentrañamiento de sus correspondientes significados en términos socioculturales resulten de difícil logro.

Así se abrieron paso nociones como la denominada "teoría de las cargas probatorias dinámicas" (terminología adoptada por oposición a "estáticas") o de "prueba compartida", método que conduce, como reflejo -según explica uno de sus principales exponentes- de la "expresión del deber de cooperación y buena fe procesales", a asignar el onus probandi a la parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditar determinado extremo (21). En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consiste hacer "recaer... en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo" (22).

Las concepciones señaladas hallaron inauguración jurisprudencial mediante el voto que apuntaló el decisorio emitido por la Sala V de la C.N.A.T. in re "Parra Vera", formulado por el Dr. Zas. Luego de desarrollar un profuso examen de múltiples instrumentos y experiencias internacionales, el magistrado expuso que la concepción de un "debido proceso legal" permeable a la posibilidad de que el justiciable pueda hacer valer sus derechos en forma efectiva, requiere primigeniamente el reconocimiento y la resolución de los factores de desigualdad real de quienes recurren al amparo de la justicia con dicho propósito. La presencia de condiciones de flagrante inferioridad, como las resaltadas precedentemente, reclama la adopción de "medidas de compensación" concretas que contribuyan a remover aquellos insuperables obstáculos que reduzcan e incluso impidan la defensa eficaz de los propios intereses y -por ende- la eventual reparación del perjuicio sufrido.

Con arreglo a tal perspectiva, promovió la articulación de un régimen procesal de ponderación de esfuerzos probatorios cuyo eje reside -fundamentalmente- en la determinante gravitación de la prueba de indicios.

De acuerdo con dicho sistema, al trabajador le compete la carga de aportar al debate un indicio razonable -"principio de prueba"- de que el acto patronal encubre un motivo oculto que lo torna transgresivo de su derecho esencial, circunstancia frente a la cual recaerá sobre el empleador el deber de acreditar que -en verdad- su proceder posee fundamentos reales absolutamente extraños a la invocada vulneración de derechos, y asimismo que dichas razones tuvieron entidad suficiente como para motivar la decisión adoptada, a fin de eliminar "toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador", único medio capaz de destruir la apariencia nociva creada por el haz indiciaria (23). En lo atinente a esta última faceta, el juzgante enfatizó en que el deber procesal que atañe al empleador no se satisface mediante un mero intento de negar la denuncia efectuada, sino que se trata de una auténtica carga probatoria que debe instituir en el juzgador la firme convicción de que fueron las causas invocadas -y no otras- aquéllas que motivaron la decisión patronal, de modo que tal proceder verosímilmente se hubiese producido aún ante la inexistencia (por vía de supresión mental hipotética) de la influencia vedada que se invoca.

El método expuesto importa -en definitiva- el desplazamiento del onus probandi al supuesto ofensor a consecuencia del aporte previo, por parte de quien tilda de discriminatorio al acto, de elementos cardinales que - individualmente o en su conjunto- cristalicen una suficiente sospecha de vulneración del derecho fundamental. Dicha perspectiva y razonamiento fueron receptados íntegramente por el Tribunal Supremo in re "Pellicori" (24), decisivo que significó un cambio de paradigma en la lucha contra el ominoso flagelo de la discriminación.

V.- Radio de escrutinio de la garantía y alcances de la tutela:.

Resulta una creencia fuertemente arraigada en la comunidad jurídica que la prohibición de efectuar discriminaciones segregacionistas en el ámbito de un vínculo laboral circumscribe su manto de tutela sólo a la extensión del contrato de trabajo, excluyendo -de tal modo- las etapas previas y posteriores a su efectiva vigencia. Sin embargo, lo cierto es que dicha interpretación carece de asidero normativo concreto, en tanto el ordenamiento legal positivo no contempla limitación alguna en tal dirección.

Dicho desacuerdo, empero, no se trata de una cuestión de escasa relevancia. La vulneración de la garantía de igualdad en instancias previas a la celebración del contrato, durante la selección de personal, se presentó históricamente una de las plazas predilectas para la perpetración de estas conductas, posibilidad favorecida por la circunstancia de que -como es de presumir- en dicho espectro la libertad de contratar -y de escoger a quién contratar- recrudece su gravitación, pero también sus repercusiones. En efecto, como fuera advertido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en lo sucesivo, "C.E.A.C.R.") tanto en múltiples estudios realizados como así también incluso mediante Observaciones y Solicitudes directas dirigidas a nuestro país (25), las restricciones - explícitas o implícitas- en el acceso al empleo, emanadas tanto del propio Estado (vgr. prohibiciones de contratar mujeres para ocuparlas en tareas peligrosas, trabajos penosos y/o en condiciones insalubres) como de los particulares (vgr. la preferencia de determinado género o sexo biológico como condición excluyente para la consideración del postulante a determinados empleos, por ejemplo servicios de mucamas), las que suelen ser justificadas bajo abstractos pretextos vinculados a la concepción de "costumbres imperantes" o "moralidad media y lugar" (26), tienden -en verdad- a desplegar efectos nocivos contra el desarrollo laboral de los colectivos involucrados. Entre las habituales consecuencias desencadenadas, la C.E.A.C.R. destaca con especial énfasis el relegamiento de cierto grupo de individuos a actividades poco calificadas, la subvaloración de ciertos trabajos producto de la concentración de aspirantes de similares características, e incluso -lisa y llanamente- la retracción de su contratación.

Aunque no se trata de la única representación de dichas prácticas, el caso de la mujer trabajadora es -por anotoniasia- un ejemplo exacerbado de lo descripto. Como explica Picón en su ilustre obra dedicada al tópico, la problemática del trabajo de la mujer a lo largo de la historia se ha visto

signada por una notoria desigualdad en la ponderación de las destrezas y capacidades intelectivas femeninas y masculinas, lo que decantó -a su vez- en el desequilibrio del trato brindado a unos y a otros en el ámbito laboral, reflejado en disparidades salariales y de capacitación, entre muchos otros aspectos de suma relevancia. Mientras que las habilidades masculinas eran producto de su propio mérito y desarrollo profesional logrado, las "inherentes" a la mujer eran asociadas a su "naturaleza" femenina (27), a su biología, es decir a una circunstancia preconcebida por su sola condición.

Estas pautas valorativas, imputadas a supuestas distinciones de carácter biológico, fueron empleadas por la norma positiva a fin de establecer límites para la realización de ciertas labores, la prohibición de prestar tareas bajo ciertas condiciones de trabajo y/o durante determinados períodos (vgr. período mínimo de licencia por maternidad), e incluso para instaurar licencias especiales y exclusivas del género, como ser la posibilidad de que la acogerse al estado de excedencia.

Si bien han sido concebidos inicialmente como preceptos tutelares de la mujer, lo cierto es que sus efectos denotan -en verdad- una preconcebida división sexista del trabajo, y exhiben a las claras que la ley privilegia la ocupación de la mujer en tareas domésticas no remuneradas: es el rol doméstico, más que la mujer misma, el que es protegido realmente (28). En similar lineamiento, las obscuras discrepancias existentes a lo largo del ordenamiento con relación a las licencias por motivos domésticos que se conciben a la mujer y al hombre trabajador (vgr. ante el nacimiento de hijo y cuidado de hijo enfermo) no sólo desalientan el compromiso de crianza compartida de la prole, sino que robustecen el falaz postulado según el cual existirían diferencias de productividad según el sexo que desempeñe la labor en cuestión. De tal modo, contribuyen -por vía indirecta- y viabilizan la marginación laboral de la mujer (29).

Los estereotipos de género, aquel conjunto de modelos preconcebidos que normativizan -entre otros- las funciones y el comportamiento que hombres y mujeres deben desarrollar en un determinado contexto sociocultural dado, y que -a través de la interacción concreta- determina el significado de las acciones desplegadas por la mujer más allá de su sustrato específico, constituyen el medio de reproducción de las distintas formas de inequidad de género.

Y bien, las limitaciones en el acceso al empleo libremente escogido, ya sea por medio de designaciones sexistas o por políticas de contratación destinadas a restringir deliberadamente la contratación de mujeres, constituyen una predilecta manifestación de la segregación profesional descripta.

Precisamente este último aspecto fue abordado por recientes decisarios emanados del Tribunal Federal y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en las causas "Sisnero, Mirtha G. y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo (30)" y "Borda, Érica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/ Amparo" (31), cuyas aristas fácticas guardan llamativas similitudes.

El primero de los precedentes mencionados versó sobre una mujer que anhelaba desempeñarse como chofer de colectivos urbanos en la Provincia de Salta, a cuyos fines completó acabadamente la totalidad de los trámites reglamentarios exigidos por la normativa, y remitió -durante cinco años ininterrumpidos- su postulación a las empresas operadas por la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (S.A.E.T.A.), obteniendo constantes negativas como único resultado. Frente a tal inexorable postura, que -a juicio de la pretensora- revelaba un trasluz discriminatorio, promovió una acción de amparo colectivo juntamente con la Fundación Entre Mujeres (F.E.M.), cimentada en dos pretensiones principales. La primera, de naturaleza individual, halló foco en la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón de género, con motivo en la imposibilidad de poder acceder a la posición de chofer, no obstante haber satisfecho los requisitos de idoneidad exigidos. La segunda, de índole colectiva, estuvo orientada a idénticos fundamentos normativos, mas se centró concretamente en la falta de contratación de mujeres para desempeñarse como choferes de transporte público de pasajeros, por parte de las firmas operadoras de S.A.E.T.A. A partir de ello, requirieron el inmediato cese de la discriminación, la incorporación de Mirtha Sisnero en la posición pretendida y la instauración de un cupo mínimo de puestos de labor

para ser ocupados exclusivamente por mujeres, hasta tanto la distribución total del personal dependiente refleje una equitativa integración de ambos géneros.

Acerca de las decisiones adoptadas en las instancias anteriores, sólo diremos que la Corte de Justicia de Salta desestimó la pretensión bajo el argumento de que -a entender de los magistrados- no se había configurado la premisa discriminatoria, en la medida que la accionante no habría logrado demostrar que revestía la idoneidad exigida para cubrir el puesto de chofer de colectivos y, como correlato de tal extremo, que las empresas habían preferido a otro postulante por su mera condición de varón. Sin perjuicio de ello, dado que identificó "síntomas discriminatorios en la sociedad" salteña, exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo provinciales a que tomaran "medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios ...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres".

El Máximo Tribunal, al entender en el recurso de hecho deducido, revocó el fallo y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento. Para decidir de tal modo, primigeniamente trazó lineamientos vinculados con el principio de igualdad y la veda de efectuar discriminaciones prohibidas como elementos estructurales del ius cogens, para luego ratificar -en lo que aquí advertimos como uno de los aspectos más rutilantes del decisorio, por las atípicas proyecciones del caso bajo estudio- que la efectividad de los derechos humanos protegidos abarca su protección tanto frente a actos perpetrados por los poderes públicos como aquellos emanados de otros particulares. Por último, evocó -y revalidó- las pautas de moderación del onus probandi a aplicarse en casos discriminación esbozadas in re "Pellicori", y -a partir de la aplicación de dichos parámetros- consideró que los elementos aportados constituyeron diversos indicios que -en su conjunto- resultaban suficientes para configurar prima facie la circunstancia discriminatoria, mientras que el sujeto a quien se le endilgó el accionar reprochable soslayó acreditar que la política de no contratar mujeres a fin de cubrir vacantes de choferes de colectivo hallaba motivación en un criterio objetivo, razonable y proporcional.

No obstante, es el restante pronunciamiento -en nuestra visión- aquel que brinda el aporte de mayor significancia sobre el tópico, en la medida que, en dicho precedente, al verificar la situación discriminatoria el Tribunal avanzó en la implementación de medidas de acción positivas a fin de corregir las desigualdades constatadas y lograr una efectiva paridad de oportunidades. Al igual que en el preliminar caso, la lid viró en torno a una mujer que aspiraba a desempeñarse como conductora de colectivos, pretensión que -pese a haber cumplido con las exigencias de capacitación y formación requeridas- derivó en constantes omisiones y negativas de las empresas que brindaban tal servicio. Como reacción a las refractarias réplicas, dedujo una acción de amparo por discriminación por motivos de género contra el Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social) y las empresas Los Constituyentes S.A.T., Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. y Transporte Escalada S.A.T., también bifurcada en dos estadios: a) en el plano individual, solicitó la protección de un derecho subjetivo a obtener empleo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana, b) en su dimensión colectiva, exigió que las empresas readecuaran sus políticas de contratación y establecieran un sistema de cupos como el mencionado ut supra, a la par que requirió al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que hiciera "cesar la vigencia del C.C.T. 460/73", norma convencional a la que tacha de inconstitucional por excluir la participación de mujeres en el sector. Al erigir sendas tesituras defensivas, las empresas demandadas arguyeron -en síntesis- que la circunstancia de que su dotación de conductores de colectivo estuviese integrada únicamente por hombres y no incluyera mujeres no respondía a fundamentos discriminatorios, sino que "obedecía pura y exclusivamente al hecho de que fueron casi los únicos quienes se habían postulado para desempeñar esa tarea...".

El a quo se inclinó por el rechazo de la petición individual, pues estimó -con similar temperamento al adoptado por la Corte de Justicia salteña- que la demandante no habría demostrado su "idoneidad" para acceder al puesto de trabajo aspirado. En lo atinente a la esfera colectiva del reclamo, recogió parcialmente la solicitud y condenó a las empresas accionadas a confeccionar

un Protocolo de Buenas Prácticas en la selección del personal, con expresa contemplación de "la cuestión de género"; por otro lado, desestimó la "deshomologación" del acuerdo convencional, sin perjuicio de lo cual ordenó remitir copia de la sentencia a la autoridad administrativa de aplicación con el objeto de que "se tuviera presente la necesidad de actualizar sus contenidos a nuestras pautas culturales actuales" en oportunidad de negociarse cualquiera de los contenidos de la norma.

Al entender en la causa, a partir de un encumbrado voto de la Dra. González, la Sala II consideró que le asistía razón a la actora en su planteo. Liminarmente, procedió a subrayar que arribó incólume a la instancia de revisión la efectiva verificación de un comportamiento discriminatorio desplegado por las empresas demandadas, incompatible con el ordenamiento constitucional. Como decantación de dicha premisa, conjugada con demás elementos demostrativos de los que se desprendía la circunstancia de que - efectivamente- en la actividad de conducción de transportes de pasajeros sólo participaba un número insignificante de mujeres, arribó a la conclusión de que los comportamientos segregacionistas de las empresas contribuían a mantener un abanico de posibilidades laborales sesgado por estereotipos de género y proyectaban consecuencias materiales altamente disvaliosas, como ser la perpetuación de un sistema de castas centralizado -en este caso- en la inferioridad de un colectivo históricamente sometido económica, legal y socialmente: las mujeres. La reparación de dichas secuelas, por su gravedad y arraigo en el tiempo, demandaba la adopción de un enfoque proactivo en la sanción y corrección de conductas como la detectada, que abarque la implementación de medidas positivas y concretas, orientadas a revertir o compensar el efecto discriminatorio proferido, esto es a asegurar la igualdad real de oportunidades de las mujeres para acceder a los puestos de trabajo históricamente inasequibles para el género.

De tal modo, en el caso los magistrados se inclinaron por el establecer un cupo mínimo de personal en la actividad como medida provisoria "hasta tanto las autoridades ejecutivas y legislativas establezcan una reglamentación específica para compensar las ilegítimas desigualdades detectadas en materia de acceso de las mujeres a la conducción de colectivos", colocando a cargo de la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral (C.T.I.O.) la moderación de las cuestiones administrativas requeridas para viabilizar su implementación fáctica. Para fijar su cuantía, importaron la pauta objetiva establecida por el legislador en materia sindical, consistente en un piso del 30% (treinta por ciento) o más, a calcular sobre el total de la población trabajadora (arts. 3º de la ley 25.674 que modificó el art. 18 de la ley 23.551, y 4º del decreto 514/03), que asimismo halla su antecedente inmediato en la participación femenina mínima que debían ostentar las listas de postulantes que se presentan para las elecciones nacionales. Desde otra vertiente, siempre respecto del plano colectivo de la pretensión, la Sala también modificó el pronunciamiento de la instancia anterior en cuanto condenó a las empresas involucradas a formular un Protocolo de Buenas Prácticas de Selección de Personal, precisando contenidos mínimos a incluir (como ser, vgr., la utilización de procedimientos y políticas de carácter objetivo en el proceso de contratación), y disponiendo un plazo máximo de seis (6) para su presentación en autos.

Sin mengua de la primer cuestión decidida, el Tribunal aclaró de forma expresa que las mujeres que aspiren a la posición en debate debían, naturalmente, demostrar en cada caso en concreto su idoneidad para el puesto de trabajo pretendido, la que -a la sazón- deberá ser ponderada por aquella empresa que pretenda incorporar a cada conductor/a, mediante la aplicación de criterios objetivos, razonables y uniformes, y que no traduzcan preferencias discriminatorias. Idénticos alcances revistió el acogimiento de la pretensión deducida por la actora en el plano individual, quien ocupará la primera posición de la lista de aspirantes a ocupar las vacantes como chofer.

VII.- A modo de colofón:.

Mediante el presente, hemos sopesado el camino recorrido por nuestro país desde el asentamiento de las primeras piezas normativas que reconocieron el derecho a igualdad y a la no discriminación como elemento estructurante del

orden jurídico (y del mismo sistema de garantías), hasta el dictado de recientes pronunciamientos jurisdiccionales que profundizaron la construcción de dichos conceptos constitucionales en materia tangible. La compulsa de las etapas abarcadas, sin dudas arroja un balance ampliamente positivo.

Ahora bien, en caso de modificar el estándar comparativo y proponer un cotejo con el desarrollo de los sucesos sociales, a fin de juzgar la eventual satisfacción de las respuestas brindadas por el ordenamiento legal ante episodios discriminatorios concretos, creemos que la respuesta no sería igual de complaciente.

Si bien el progreso logrado en la materia reviste carácter de incuestionable, en la actualidad aún quedan copiosas facetas pendientes de abordar, propósito que se ve complejizado -además- por las características inherentes al fenómeno discriminatorio. Su contenido, lejos de permanecer inmóvil, es versátil y varía constantemente al compás de las transformaciones sociales, lo que torna quasi imposible la realización de pronósticos y -con ello- la adopción de medidas preventivas. De tal modo, en materia laboral alternaron la letra escarlata ciertos agentes de la administración pública (por cuestiones ideológicas), los portadores de enfermedades socialmente estigmatizadas (epilepsia, Virus de Inmunodeficiencia Humana, etc.), el género femenino como colectivo históricamente desfavorecido, y grupos minoritarios protegidos como trabajadoras lesbianas, trabajadores gays y trabajadores y trabajadoras bisexuales y transgénero (L.G.T.B., por sus siglas en inglés). En la actualidad también coexisten, empero, ciertos sectores de extremada vulnerabilidad que padecen invisiblemente las consecuencias de la segregación laboral, sin que su asistencia parezca aproximarse en lo inmediato. Entre ellos, destacamos especialmente la alarmante situación de las comunidades indígenas, probablemente desfavorecida -aún más- en función de la lejanía de los territorios en donde se encuentran asentadas, como así también de su escasa sonoridad mediática.

La mutabilidad destacada también se traduce en las innumerables formas en las que la segregación puede concretarse, tanto por vía de un proceder directo como indirecto, y aún mediante los efectos no deseados de los actos. En tal sentido, aparece menester que los judicantes actuantes y los demás actores estatales se hallen capacitados interdisciplinariamente para poder percibir y resolver cuestiones que no se reducen exclusivamente a lo jurídico, sino que exhiben un elevado contenido sociocultural (32). Por idénticos fundamentos, lo expuesto conduce a interpretar que los recursos que deben ser adoptados ante la verificación de conductas y/o incluso patrones discriminatorios no debieran circunscribirse a un acotado margen de represalia contra su operador, sino que resultaría más conveniente apuntar a un desguace de raíz de los efectos segregacionistas desplegados, mediante la aplicación de acciones positivas tendientes a la equiparación de la igualdad de oportunidades y de trato vulnerada. Como puede deducirse, un celebrable ejemplo de lo expuesto constituye la solución adoptada, desde la esfera colectiva, en el caso "Borda"; dicho pronunciamiento, juntamente con la decisión adoptada por el Máximo Tribunal in re "Sisnero", deben constituir el faro que guíe los pasos a dar en el futuro.

Apuntamos, finalmente, a la negociación colectiva como medio e instrumento idóneo para la promoción de la igualdad consagrada. Con el objeto de lograr la recepción material y práctica del paradigma constitucional de la igualdad, se requiere el compromiso pleno de la totalidad de los actores sociales y no sólo de las diferentes ramas del Estado, en tanto -como se expuso hacia el comienzo de la presente obra- los episodios de discriminación no dejan de ser uno de los incontables modos de interacción social y cognitiva.

Es por ello que, como advierte Ackerman (33), parecería más factible "abordar su corrección desde las relaciones laborales, para promover así también su proyección sobre el resto de la sociedad" que intentar el camino inverso.

Desde tal premisa, la incorporación de la totalidad de los involucrados ("discriminadores y discriminados") a la mesa de negociación, no sólo fomenta la adopción de reglas que -por emanar de la voluntad de las propias partes- tenderán naturalmente a ser cumplidas por sus obligados, sino que además

viabiliza que los productos normativos logrados revistan un alto grado de especificidad en el ámbito personal y territorial comprendido (prenda de ello resultan los últimos precedentes reseñados) lo que -a su vez- permitirá lograr soluciones a la medida de las circunstancias concretas que se pretende corregir, y con ello más eficaces.

Notas al pie:.

- 1) "Inmobiliaria del Sud S.R.L. c/ Varela, Antonio", Fallos: 237:334.
- 2) "Zarich, Domingo c/ Diario La Capital", Fallos: 240:122, del 5/03/58.
- 3) Palabras del ex Procurador General de la Nación, Ramón Lascano, al emitir su dictamen en el caso "Ratto, Sixto y otro c/ Productos Stani S.A.", al que posteriormente se aludirá.
- 4) "Reinhat, Brunhilde Margarita c/ Shell Argentina Ltda.", Fallos: 244:520, del 23/09/59.
- 5) Fallos: 265:242, del 26/08/1966.
- 6) Fallos: 308:359, del 20/03/86.
- 7) Fallos: 311:394, del 28/08/88.
- 8) Ackerman, Mario E., "Tratado del Derecho del Trabajo", Santa Fe, Rubinzel - Culzoni, 2005, T. III, p. 223.
- 9) Mansueti, Hugo R. "Despido discriminatorio y Convenio 111 de la OIT", Microjuris, edición electrónica del 15/03/2012, MJ-DOC-5721-AR / MJD5721.
- 10) C.N.A.T., Sala X, S.D. del 29/06/01.
- 11) C.N.A.T., Sala VI, S.D. del 10/03/04.
- 12) S.T. de la Provincia de Río Negro, S.D. del 2/06/05, in re "P., M. M. c/ Banco Hipotecario S.A.".
- 13) Fallos: 333:2306, del 7/12/10.
- 14) Entre ellos, pueden mencionarse los precedentes "Vizzotti" (Fallos: 327:3677 del 14/09/2004), "Aquino" (Fallos: 327:3753 del 21/09/04), "Madorrán" (Fallos: 330:1989 del 3/05/07), "A.T.E. I" (Fallos: 331:2499 del 11/11/08), "Pérez" (Fallos: 332:2043 del 1/09/09), "Rossi" (Fallos: 332:2715, del 9/12/09), "A.T.E. II" (Fallos: 336:672, del 18/06/13).
- 15) Indica el autor, en la obra citada, que "Como bien lo explica Gialdino, la "antropía" de un contrato, en esta perspectiva, consiste en la forma como la dignidad humana interviene en la esencia del mismo, y en la influencia que ella ejerce, de consiguiente, sobre el régimen de derecho de las relaciones entre las partes. Y, en dicho contrato laboral, la prestación de uno de los celebrantes está constituida por la "actividad humana, inseparable e indivisible" de la persona del hombre, y, por tanto, de su dignidad (Gialdino, Rolando E., Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos al derecho del trabajo y al de la seguridad social)".
- 16) Bechetti, César, "Despido discriminatorio y Derechos humanos fundamentales. Esperando a la Corte.", La Ley Online - Primera Hora.
- 17) Sentencia del 4/09/18.
- 18) C.S.J.N. en autos "Oilher, Juan C. c/ Arenillas, Oscar N.", del 23/12/80.
- 19) Gil Domínguez, Andrés. "Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y las discriminaciones encubiertas", 6/06/14, elDial DC1D05.
- 20) O.I.T., "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Igualdad en el Empleo y la Ocupación", Conferencia Internacional del Trabajo, 83& sesión, Ginebra, 1996, párrafo 230, pág. 97 y sgtes.
- 21) Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL, 1991-B, pág.1034. Cit. en CNAT, Sala VII in re "Cáceres Orlando c. Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s. Juicio Sumarísimo", S.D. n° 34.673 del 30/11/07, entre muchas otras.
- 22) C.S.J.N., Fallos: 324:268, 320:2715.
- 23) "Parra Vera, Máxima C/ San Timoteo S.A. S/ Acción De Amparo", S.D. n° 68.536 del 14/06/2006 del registro de la Sala V.
- 24) "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", Fallos 334:1387.
- 25) Ver Solicitud directa adoptada en el año 189, Publicación: 76& reunión CIT (1989); Solicitud directa adoptada en el año 2003, Publicación: 92& reunión CIT (2004); Observación adoptada en el año 2012, Publicación: 102& reunión CIT (2013); y Observación adoptada en el año 2016, Publicación: 106& reunión CIT (2017), entre muchas otras.
- 26) Respuesta del Estado Nacional a la C.E.A.C.R. con motivo de la Solicitud

directa adoptada en el año 1989, Publicación: 76& reunión CIT (1989).

27) La autora destaca la figurativa y popular expresión "se necesitan manos de mujer".

28) Vinograski, Roberto G.: "Discriminación laboral de la mujer" - DT - T.2000-B - págs. 2129 a 2138.

29) Reborido, Paula V., "Ley de Contrato de Trabajo: revisión de normas con reproche de discriminación", Doctrina Laboral Errepar, abril 2006, p. 329.

30) Fallos: 337: 611, del 20/05/14.

31) S.D. nº113.078 del 18/10/18, dictada en el expte. nº 25.952/2014.

32) Gil Dominguez, obra citada.

33) Ackerman, Mario E. "El Convenio nº111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y la negociación colectiva", Revista de Derecho Laboral, Tomo 2008 II, Discriminación y violencia laboral, Rubinzal-Culzoni.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE ABRIL DE 2019

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Ley 17.454 Art.377, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81, Ley 23.551 Art.18, Ley 23.551 Art.52, Ley 23.592, LEY 25013 Art.11, LEY 25013, LEY 25.674 Art.3, Ley 17.677
Ref. Jurisprudenciales: "Stafforini, Marcelo c/ Ministerio de Trabajo . Anses s/ Amparo", CN de Apel. Trabajo, 29/06/2001, "Parra Vera, M xima c/ San Timoteo S.A. s/ Amparo", CN de Apel. Trab , 14/06/2006, "ulvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", CSJN, 07/12/2010., "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", CSJN , 15/11/2011, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo", CSJN, 20/05/2014, "Borda,  rica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo", C:N de Apel.Trab, 11/10/2018, "Ratto, Sixto y otro c/ Productos Stani S.A. s/ dif. salarios", CSJN, 26/08/1966., "Liliana Beatriz Del Papa c/ Sur cia. argentina de seguros s/ procedencia del recurso extraordinario - sentencias arbitrarias - contrato de trabajo - despido indirecto - maternidad - salario - derechos humanos", CSJN, 20/03/1986., "Fern  ndez, Estrella c/ Sanatorio Guemes S.A. s/ Recurso de Hecho", CSJN , 23/08/1988

Los aspectos legales relativos a la salud en la tercera edad. Sus dificultades mas frecuentes y sus soluciones. Conocer sus derechos

FUERTES, MARIANA

Publicación: www.sajg.gob.ar, 13 DE MAYO DE 2019

TEMA

DERECHO A LA SALUD-DERECHO A LA VIDA-PROTECCION DE LA TERCERA EDAD-
DISCRIMINACION POR EDAD-DISCRIMINACION POR ENFERMEDAD-MEDICINA PREPAGA

TEXTO

1.- Dificultades y trabas usuales para afiliar a prepagas u obras sociales a personas de la tercera edad y sus soluciones.

Para comenzar, es necesario saber que para afiliarse a una prepaga u obra social hay cuestiones relevantes que Usted debe conocer :

- Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios.
- La declaración jurada es el único requisito para la afiliación.
- Es ilegal que la prepaga exija la realización de estudios médicos para evaluar si va a aprobar la solicitud de afiliación de una persona.
- Las prepagas pueden exigir un arancel diferencial en ciertos casos pero para ello se necesita la autorización de la Superintendencia de Servicios de Salud, lo cual también tiene un tope.
- Ser anciano, estar embarazada o padecer una enfermedad grave no es óbice para obtener afiliación.

Permanentemente llegan a nuestro estudio personas mayores de edad que intentan afiliarse a la prepaga de su elección, y si bien no tienen negativas explícitas, les pasan valores exorbitantes de cuotas, o los dilatan a través de estudios médicos (que muchas veces deben costar costear de su propio bolsillo), buscando de esta forma cansar a la gente, a los fines de evitar asumir costos mayores a lo que consideran que serán sus ingresos.

Una persona mayor de 65 años, conforme la ley, con más de diez años de antigüedad como afiliado, no podrá sufrir aumento de la cuota por razones de edad, salvo aquellos aumentos generales estipulados y aprobados por la Superintendencia de Servicios de Salud. Las nuevas afiliaciones podrán tener una cuota diferencial, pero esto requiere siempre y en cada caso específico una previa aprobación de la Superintendencia.

Además de esto, entra en juego la Ley de Defensa del Consumidor, por la cual se pueden aplicar sanciones o multas a favor del consumidor, considerando consumidor a todo aquel que solicita la afiliación, sin relevancia a que se le otorgue o no.

En las siguientes líneas trataremos brevemente un caso llevado adelante por este estudio jurídico, que puede ser de utilidad para Ud. o algún familiar o conocido que atraviese una situación similar.

En febrero de 2017 presentamos un amparo de salud en representación de la Sra. M.C.T. debido a que la prestigiosa empresa de medicina prepaga H.A. se negó a afiliarla. Desde ya que esto no lo hizo en forma directa, por el contrario, se valió de evasivas, dilaciones y pedidos fuera de la ley como lo son los estudios previos, ya que la preexistencia de enfermedades se acredita con una declaración jurada por parte del futuro cliente, siendo esta DDJJ requisito único para afiliar a cualquier persona. No existe causal que autorice a las empresas de medicina prepaga a negar una afiliación, ni tampoco pueden solicitar exámenes médicos de ninguna índole.

Muy grande fue su sorpresa al recibir este trato por parte de una de las más prestigiosas instituciones de este tipo. Ante el paso del tiempo, estas

trabas a su afiliación ponían en riesgo a nuestra clienta, dado que necesitaba cobertura médica.

Más allá de que la Sra. T. goza de una excelente salud, se le pidió que se realice toda una batería de exámenes que fueron en muchos casos invasivos y, por lo tanto, representaron un sufrimiento innecesario. Lo cierto es que la declaración jurada previa es un requisito más que suficiente partiendo del principio de buena fe entre los contratantes, esto sin olvidar que por una enfermedad preexistente no puede negarse la cobertura, si bien podrá tener un período de carencia para el tratamiento de cuestiones que excedan el PMO (Plan Médico Obligatorio).

En el caso relatado quedó más que clara la discriminación sufrida por la Sra. T. por el solo hecho de pertenecer al grupo de la tercera edad. A partir de este hecho la empresa se negó, ya que su silencio así debe ser interpretado, a brindar su servicio bajo la creencia de que la misma poseía problemas de salud, obligando a realizar una serie de estudios que la actora, muy a su pesar, llevó a cabo pero que son discriminatorios. Esta forma de discriminación atenta contra el principio de igualdad consagrado en nuestra carta magna y ataca el trato digno e igualitario que se le debe a una persona.

Con este gran pesar concurrió a nosotros, quienes iniciamos el amparo de salud, y logramos en un plazo de un mes, que el magistrado de la causa ordene la inmediata afiliación sin diferencial alguno en el valor de la cuota y pudiendo elegir libremente el plan que cubra sus necesidades. A saber::

..."la accionada H. A. arbitrará las medidas del caso para proceder a la afiliación de la accionante SRA. M.C.T. y brindarle la cobertura médica que requiere, correspondiente al plan de afiliación que dicha empresa comercializa y que optara la actora, contra el pago de la cuota correspondiente sin diferencial alguno, hasta el momento en que se expida la Superintendencia de Servicios de Salud sobre el reclamo de preexistencia efectuado por la demandada y/o se dicte sentencia definitiva en el presente amparo".

2.- Certificados de Discapacidad. Los derechos que se pueden reclamar y sus soluciones.

Muchas veces ocurre que, una vez estando la persona afiliada por muchos años a una empresa de medicina prepaga u obra social en la cual deposita su confianza, para los momentos más duros de la vida, como son los de enfermedad o discapacidades, éstas no cumplen con las obligaciones a su cargo.

Según el conocimiento que poseemos los especialistas del estudio en esta materia, a través de la presentación judicial de un amparo podemos llegar a que se le brinde la asistencia deseada a usted o su familiar. Nuestro estudio ha obtenido éxito al llevar adelante este tipo de acciones judiciales.

Solo a modo de ejemplo citaremos algunos de los fallos judiciales obtenidos por este estudio, en los cuales se reclamaba la cobertura geriátrica, ya que así lo estipulaban los Certificados de Discapacidad, entre otras cuestiones. A saber::

"P.R. C/ OSDE S/ AMPARO DE SALUD" en donde hemos conseguido gracias a nuestro trabajo la cobertura de la internación geriátrica::

... "Tratándose la señora R.P. de una persona discapacitada se debería aplicar la ley 24.901, en cuanto dispone la cobertura "integral" de las prestaciones requeridas para las personas con discapacidad. En subsidio, peticiona que se aplique el módulo correspondiente al de "Rehabilitación Internación" cuyo monto asciende a la suma de \$ 50.304 según la Resolución 1126/2015 del Ministerio de Salud"...

El derecho a la salud se ve muchas veces vulnerado por las empresas de medicina prepaga o por las obras sociales. Al pasar por estas penosas circunstancias es cuando más vulnerable una persona se puede sentir ya que la empresa en la cual confió para que responda en los momentos de mayor zozobra de su vida, le informa que no le prestará este vital servicio.

Otro caso relevante fue el de una señora de 92 años y con un problema de salud relacionado con la enfermedad de alzhéimer en un estado crítico, que no lograba que su prepaga cubriera su internación geriátrica y medicamentos al 100%, desconociendo la gravedad de su estado.

A través de un amparo en materia de salud se logró que la empresa de medicina prepaga mediante el dictado de una medida cautelar abonara el 100% del costo de su internación como así también de sus medicamentos. Se cita el fallo a sus efectos::

... "Corresponde disponer como medida precautoria que la demandada OSDE cumpla, desde ahora y hasta el dictado de la sentencia, , con la cobertura del 100% respecto de la internación de la Sra. M. S. L. C. en la institución donde se encuentra internada actualmente, "Edificio Manantial" y la medicación conforme la indicación médica, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a la Justicia Penal por el eventual delito de desobediencia".... (L.C.M.S. c/ O. s/AMPARO DE SALUD Juzgado Civil y Comercial Federal nro. 9. 12/06/2017).

3.- Corolario: el valor supremo del Derecho a la Salud y a la Vida. Marco legal.

Es necesario saber que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un estado de derecho que "en la escala de las prerrogativas humanas ocupa el primer puesto" (Marienhoff, Miguel S. en "El derecho a la libertad integral del ciudadano", publicado en Anales de la Academia Nacional del Derecho, Año XII; 2º época, N° 9). Y así se reconoce, sin vacilaciones, que el derecho a la salud posee rango constitucional -art. 42 C.N., art. 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054 y recepcionada por el art. 75 inc. 22 C.N.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de jerarquía constitucional, establece medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como el estado de perfecto bienestar físico, mental y social.

Es importante destacar que las leyes 22.431, 24.240, 24.754, 26.682, 26.862, tanto como los tratados internacionales con jerarquía constitucional: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en las leyes 19.865 (Convención de Viena), 23.660, 23.661, y en los arts. 42, 43, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, jurisprudencia y doctrina en la materia aplicables al caso, no dejan lugar a duda respecto del Derecho a la Salud y su rango de carácter supremo.

La arbitrariedad e ilegalidad manifiesta del acto que limita seriamente el pleno goce del derecho a la salud y la integridad del actor, constituye una conducta en franca contravención a lo dispuesto por las leyes 22.431 (Sistema de protección integral de los discapacitados), 24.240 (Defensa al consumidor), 24.754 (Programa Médico Obligatorio), 26.682 (Medicina Prepaga),, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), y desde ya, el art. 42 de la Constitución Nacional, entre otros.

Como podrá verse, el marco legal es amplio y claro respecto de los derechos en materia de salud, y toda traba impuesta por las prepagas u obras sociales, pueden obtener una resolución judicial rápida. No se deje avasallar y reclame por aquello que le corresponde.

-"El derecho a la salud" Martha Wolff. (Ed). Palabras Mayores (pp. 266-272) . Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Sofía Ediciones.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 13 DE MAYO DE 2019

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42,

Constitución de la Nación Argentina Art.43, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 22.431, Ley 23.660, Ley 23.661, Ley 24.240, Ley 24.754, Ley 24.901, LEY 26.682, LEY 26.862, Ley 19.865, Ley 23.054 Art.5

Las redes sociales como disparadores de la violencia de género

BENTIVEGNA, SILVINA A.

Publicación: <http://ar.microjuris.com/> MJ-DOC-10571-AR | MJD10571, 2 DE DICIEMBRE DE 2016

TEMA

TECNOLOGIA-REDES SOCIALES-VIOLENCIA DE GENERO-DISCRIMINACION-RESPONSABILIDAD CIVIL-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TEXTO

I Introducción.

En el siglo XXI las redes sociales vinieron a formar parte de nuestra cotidianidad, desde plasmar nuestro día a día y "postear" la cotidianidad hasta inmiscuirnos en la vida de los demás.

Ahora bien, (hasta dónde llega ese interés en querer saber del otro o bien avasallar la vida de los demás? La humanidad con el advenimiento de las redes sociales como Facebook, Twitter y otras más ha cambiado radicalmente y me atrevo a aventurar un poco más, como un tsunami.

Las redes sociales constituyen un mar de contenidos, opiniones, fotos, videos y, en suma, tendencias que muchas veces cuando se viralizan con la rapidez de un virus hacen aparecer en la escena cibernetica los famosos derechos personalísimos en juego, los cuales aparecen vulnerados por terceros.

Por otra parte -y no menos importante-, el uso indebido o abusivo de las redes sociales da lugar, a su vez, a las acciones de bullying y grooming. Si dichas acciones desplegadas a través de la red tienen como receptor a una mujer, no cabe lugar a dudas que estamos en presencia de violencia de género o contra la mujer. Temas que serán abordados a continuación.

II Facebook, Twitter y sus condiciones de contratación.

Ambas redes sociales poseen sus condiciones de contratación, las cuales son, básicamente, unilaterales; se las puede asimilar a un contrato de adhesión, ya que son aceptadas por los miles de usuarios que día a día se suman a la red y que, con tan solo un click, quedan inmersos en esa vorágine que son las redes sociales.

Muchos de estos usuarios que se suman a navegar a través de las redes sociales hacen caso omiso a las estipulaciones que se ventilan en estos contratos, y dan por sentadas todas sus cláusulas. Ahora bien, debemos tener en cuenta que tanto Facebook como Twitter en sus cláusulas de contratación protegen al usuario frente a las intimidaciones, acosos, contenidos que tengan lenguaje ofensivo, pornográfico, que inciten a la violencia, que contengan desnudos, violencia gráfica, entre otras. A su vez, Facebook estipula que no se utilizará esta red para actos ilícitos, engañosos, malintencionados o discriminatorios. Asimismo, ofrece al usuario la posibilidad de denunciar contenidos ilegales y perfiles falsos, los cuales serían dados de baja, previa moderación.

Ahora bien, Twitter ha establecido una serie de "reglas" en cuanto al tipo de contenido y los comportamientos de sus usuarios, quienes deberán respetar las políticas establecidas en ellas, cuyo incumplimiento da lugar a ciertas sanciones, como el bloqueo temporal o la suspensión permanente de la cuenta de ese usuario.

Dentro del marco de contenido explícito en los tweets, la empresa no permite usar material pornográfico o que muestre violencia excesiva en la imagen de perfil ni en la imagen de encabezado. Si el contenido representa imágenes de muerte que rayan lo gratuito, Twitter podría solicitar al usuario que elimine el contenido por respeto a los fallecidos.

Por otra parte, la red Twitter dentro de sus reglas establece que no se permite usar el servicio con fines ilícitos o para la promoción de actividades

ilegales.

III Comportamiento abusivo en Twitter.

Dentro de las reglas de uso de Twitter se establece una serie de limitaciones al comportamiento abusivo del usuario. Si bien se hace alusión a la libertad de expresión, de expresar opiniones, dicha red establece que no se tolerarán comportamientos que impliquen acosos, intimidaciones o "el uso del miedo para silenciar la voz de otros usuarios", como asimismo las amenazas violentas o su incitación, las amenazas terroristas o la incitación al terrorismo.

Además, Twitter establece dentro de la categoría "acoso" lo siguiente: "No se permite incitar o participar en situaciones de abuso o acoso dirigidos a otras personas". Estos son algunos de los factores que podemos tomar en consideración a la hora de evaluar comportamientos abusivos: .

- a) si uno de los objetivos principales de la cuenta denunciada es acosar o enviar mensajes abusivos a otras personas.
- b) si el comportamiento denunciado es unilateral o incluye amenazas.
- c) si la cuenta denunciada incita a otras personas a acosar a otra cuenta; y .
- d) si la cuenta denunciada envía mensajes de acoso a una cuenta desde varias cuentas.

A su vez, Twitter detalla aquellos comportamientos que incitan al odio en estos términos: "No se permite fomentar la violencia contra otras personas o atacarlas o amenazarlas directamente por motivo de su raza, origen étnico, nacionalidad, orientación sexual, género, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad. Tampoco permitimos la existencia de cuentas cuyo objetivo principal sea incitar la violencia hacia otras personas en función de las categorías antes mencionadas...".

Por otra parte y siguiendo este lineamiento, tampoco se podrá publicar información confidencial o privada de otras personas, ni publicar fotos o videos íntimos tomados o distribuidos sin el consentimiento de la persona que sea el sujeto de dicho material.

Frente a todo el accionar mencionado, Twitter debe proceder a aplicar como medida sancionatoria el bloqueo temporal o la suspensión definitiva de la cuenta.

IV Régimen de responsabilidad.

Frente al ejercicio violento que vemos manifestado a través de las redes sociales existe una vulneración latente de los derechos personalísimos: el honor, la intimidad, la identidad, sin dejar de soslayar hechos puntuales de discriminación y tipos de violencia amparados por la ley de género 26.485, particularmente la violencia psicológica y simbólica manifestadas a través de la violencia mediática.

Ahora bien, frente a ello no contamos en la Argentina con una legislación específica en cuanto a la manera de responder frente a estas violencias que se despliegan como un tsunami en el mundo cibernético. Sin perjuicio de ello, frente a esta lesión de derechos personalísimos es dable aplicar la normativa relativa al régimen de responsabilidad civil consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

A tal efecto, la doctrina (1) ha considerado que es aplicable a la red social la responsabilidad subjetiva por un obrar culpable, criterio que comparto, ya que frente a contenidos injuriosos, difamantes, en suma, violentos para el usuario receptor, es posible que ella responda civilmente frente al daño causado.

Es fundamental que la red social -Facebook/Twitter- previamente haya sido intimidada extrajudicialmente de modo fehaciente a fin de que tome conocimiento de los contenidos ilegales que estén circulando en la red social; si frente a ello y pese a dicha intimación la empresa no hubiera actuado poniendo fin al contenido violento -bloqueando al usuario, suspendiendo la cuenta, eliminando el perfil-, deberá responder civilmente.

La red social debe actuar diligentemente frente a la intimación a fin de que el contenido violento no continúe viralizándose.

En el marco internacional encontramos, a su vez, que la vulneración de derechos frente a estas violencias encuentra su amparo legal en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, la propia CN en su art. 19 protege la esfera de reserva respecto a las acciones privadas de los hombres y el principio de no dañar a otro. Por otra parte, no quiero dejar de soslayar la ley 11.723 respecto a la protección legal de la imagen, que se encuentra amparada por su art. 31.

Adentrándonos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará", podemos mencionar el art. 4°, el cual comprende el derecho que tiene la mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre ellos y el que nos ocupa, el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona, como asimismo el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, contenido en el art. 6°.

No quiero dejar de soslayar la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, la cual define la violencia contra la mujer como aquella que "viola y menoscaba o impide el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales". La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a "todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico".

V Colofón.

A todas luces, la sociedad actual ha cambiado radicalmente, plasmando la cotidianidad a través de las redes. Pero muchas veces esa cotidianidad lleva a algunos usuarios a inmiscuirse en la vida del otro, generando un avasallamiento a la intimidad y derechos personalísimos, colgando contenidos y emitiendo mensajes violentos que van más allá del uso razonable de las redes sociales, en suma, haciendo un ejercicio abusivo de la red. Por ello, el uso consciente del espacio cibernetico y la responsabilidad de las empresas es una cuestión que se encuentra en cabeza de toda la sociedad: la libertad de expresión razonable.

Notas al pie::

- Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Coautora de Violencia familiar. Aspectos prácticos, Hammurabi, 2013. Autora de Violencia familiar, Hammurabi, 2015. Autora de La gran telaraña. Violencia contra la mujer. Con una mirada de género, Barcelona, Penguin Random House, 2016. Disertante en congresos y seminarios. Publicaciones de numerosos escritos especializados en la materia. Ex-coordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de Trata con fines de explotación sexual dependiente del GCABA. Exletrada patrocinante de mujeres víctimas de violencia familiar de la DGMUJ de la CABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio.

1) Tomeo, Fernando, Redes sociales y tecnológicas 2.0, 2a ed., Astrea, 2014.
2) Art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

3) Art. 17, inc. 1°: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación"; inc. 2°: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

4) Art. 31: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta esta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre".

5) Aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: <http://ar.microjuris.com/> MJ-DOC-10571-AR | MJD10571

Fecha: 2 DE DICIEMBRE DE 2016

:

Editorial: ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19, Ley 11.723 Art.31, LEY 26.485, Ley 23.313 Art.17, Declaración Universal de Derechos humanos Art.12

Los concursos de belleza para niñas y adolescentes en jaque

BORAGNIO, ALDANA|BURGUÉS, MARISOL|SALITURI AMEZCUA, MARTINA
Publicación: www.infojus.gov.ar, 18 DE DICIEMBRE DE 2014

TEMA

VIOLENCIA DE GENERO-DISCRIMINACION-PROTECCION DE LA MUJER-PROTECCION DEL MENOR Y LA FAMILIA

TEXTO

I.- Introducción.

A lo largo de todo el país se dan fiestas provinciales que están estrechamente relacionadas con una particularidad productiva o atractivo según cada región. En casi la totalidad de estas fiestas, se presenta como acto final la elección de la "reina de...".

Estos concursos se encuentran tan incorporados a la tradición de las distintas localidades que ponerlos en cuestionamiento parece poner en cuestionamiento cuestiones "naturales" inmodificables. Hace algún tiempo, esta situación comenzó a resquebrajarse para abrir espacios importantes para seguir trabajando por la igualdad de los géneros y la no violencia hacia las mujeres.

Los medios de comunicación empezaron a hacerse eco de esos reclamos y han difundido observaciones respecto a estos concursos, como que en general los reglamentos de los certámenes son discriminatorios y sexistas, la mayoría convoca a chicas a partir de 15 o 16 años -y hasta 23, 24 o 25 años en general-, les hacen anotar medidas, peso, color de ojos y cabello, se les suele imponer como condición que sean solteras y no tengan hijos, en algunos casos se eligen "reinitas" entre nenas de apenas 5 años, les exigen desfilar en trajes de baño con sandalias de tacón aguja y los jurados -muchas veces funcionarios públicos- las evalúan en función de su "belleza física", además de otras cualidades como "porte", "desenvoltura" y "personalidad" (4); asimismo se resalta en una nota periodística que entre los requisitos solicitados para la inscripción de candidatas a reina y mini reina de una ciudad, se pide en el primer caso ser soltera y tener entre 15 y 22 años, en tanto que para minireina las pequeñas deben contar con 3 a 6 años, además de consignar en una ficha las medidas de las postulantes (5).

En este sentido, en el año 2012 la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) emitió opinión en relación a criterios discriminatorios observados en el reglamento del concurso de la reina de los estudiantes en una provincia, en virtud de que entre los requisitos para las aspirantes -jóvenes de entre 15 a 18 años- constaba que debían ser solteras y sin hijos (6).

Como vemos, de un tiempo a esta parte nos venimos replanteando como sociedad los fundamentos que motivan ciertas tradiciones sociales que se han impuesto a lo largo de nuestra historia y que aparecen como legitimadas ante nuestros ojos pero, (realmente son legítimas?)

Estos concursos presentan dos cuestiones a tratar, en donde ambas funcionan de forma conjunta y articulada, produciendo y reproduciendo la violencia contra las mujeres a partir de una violencia simbólica que desde la "tradición" justifica la banalización de lo femenino, del cuerpo de las mujeres y su sexualidad: la discriminación y la cosificación de las mujeres -que lleva a la hipersexualización de la infancia como consecuencia inmediata.

La sociedad occidental -patriarcal- constituye filosóficamente a la mujer a partir de oposiciones binarias -como "Bueno/Malo", "Verdad/Falsedad", "Hombre/Mujer"- donde la primacía del primer término depende de la definición de su opuesto. Esto ubica a la mujer como el Otro (7) y, por lo tanto, ella

será constituida desde la mirada masculina. Quedando como víctimas de la violencia que producen estos procesos, todas las mujeres de la sociedad. Por ello es necesario mantener la mirada crítica atenta y hacer hincapié en estos concursos, que se enfocan en las mujeres adolescentes ya que son específicamente dirigidos a ellas.

II.- Consideraciones jurídicas.

II.1.- Nuestro Estado: un Estado democrático y social de derecho.

Nuestro Estado actual es un Estado democrático y social de derecho, tal como lo indica nuestra doctrina ello implica la satisfacción de un valor formal y de otro de fondo, el primero es la legalidad, el respeto y cumplimiento de la ley por gobernantes y gobernados, y el segundo implica la concreción de un Estado de justicia, conforme las exigencias de la justicia lo demandan en una instancia histórica puntual (8).

En este sentido se habla de "la concepción del derecho constitucional como derecho de y para el Estado democrático y social de derecho. Esto importa privilegiar la cotización axiológica de una fórmula política (la democrática y social de derecho) y la deslegitimación de los restantes sistemas políticos. En un acto de sinceramiento jurídico-político, se reconoce así que el derecho constitucional no es ideológicamente neutro, sino que está al servicio de un tipo político singular; y que un derecho constitucional concreto que se aparta de tales cauces doctrinarios (v.gr, uno crudamente individualista, otro totalitario, o aquel que niegue la intervención del pueblo en la adopción de ciertas decisiones o en la elección de cuerpos representativos de la sociedad -lo que no impide ocasionalmente admitir algunas autoridades no electivas, como en las monarquías limitadas, o en la designación de jueces-, o aquel que pregone el no sometimiento de las autoridades al ordenamiento jurídico), concluye como derecho constitucional espurio, aprincipista, anómalo" (9).

Es decir que el Estado democrático de derecho es, actualmente, el que mejor se condice con el reconocimiento y el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos. Aspecto este que es así entendido tanto por el sistema universal como interamericano de derechos humanos.

En este sentido, "para las Naciones Unidas, el concepto de "Estado de derecho" ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal" (10).

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana establece que "la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos" (artículo 7); y que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana (artículo 9).

En consecuencia, las exigencias del Estado de justicia -de acuerdo al momento histórico actual- sumado al principio de la participación ciudadana y al reconocimiento y realización plena de los derechos humanos, nos permiten evaluar críticamente el momento actual de nuestra sociedad a la luz de considerar que, "fenómenos tales como la poderosa atención que han suscitado últimamente los derechos económicos, sociales y culturales, instalándose en el centro de la agenda de gobiernos y de organismos internacionales, la creciente

igualación entre los sexos, el surgimiento de líneas de argumentación a favor de los derechos de las minorías y de las obligaciones de los países del primer mundo respecto de las naciones menos aventajadas prueban (...) que el concepto de "derechos humanos" permanece abierto a nuevas interpretaciones que pueden extender sus alcances o fortalecer su valor. Y son los propios sujetos de derecho quienes tienen que transformar la estructura jurídica en la que viven a través de los medios que ofrecen las organizaciones no gubernamentales, la libre formación de la opinión pública en el ámbito de la sociedad civil, los medios masivos de comunicación y el debate parlamentario" (11).

Es decir que formamos parte de un país donde todas las personas -gobernantes y gobernados- debemos respetar la ley y somos iguales ante ella, debiendo respetarse y garantizarse la efectividad de los derechos humanos y garantías fundamentales de todos y todas sin discriminación alguna, como base de nuestro Estado de justicia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la negación de reconocimiento político a una agrupación que se basaba en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza y que promovía diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, en virtud de que el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos), y que el Estado argentino debe velar por el cumplimiento estricto de este marco jurídico, ya que se obligó a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen (12).

II.2.- El sistema jurídico vigente.

En este contexto, pasamos a analizar las normas de referencia respecto a la cuestión planteada que componen nuestro ordenamiento jurídico vigente.

II.2.a.- Bloque de constitucionalidad federal y otros tratados de derechos humanos.

En primer término, cabe referenciar a nuestra Constitución Nacional (CN) y a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que conforman el "bloque de constitucionalidad federal".

Así, debemos mencionar el principio de igualdad (artículo 16 CN), la atribución del Congreso de la Nación 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 CN y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las mujeres (artículo 75, inciso 23 CN) y los preceptos sobre derechos humanos que sobre la materia contienen los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 CN), así como los derechos no enumerados que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (artículo 33 CN).

Específicamente en cuanto a los derechos y a la protección especial de niñas y mujeres debemos destacar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, ambas de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 CN), así como también a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-, que si bien no tiene jerarquía constitucional es un tratado ratificado por nuestro país y, por ende, de jerarquía supralegal (artículo 75, inciso 22, primer párrafo CN).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entiende como "discriminación contra la mujer" a toda

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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 (artículo 1).

Consagra el compromiso de los Estados Partes en seguir una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, absteniéndose 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 (artículo 2, inciso d), tomando todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas (artículo 2, inciso e) y adoptando todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (artículo 2, inciso f).

Y establece la obligación del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para 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 (artículo 5, inciso a).

La Convención de Belém do Pará establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículo 6, incisos a y b). Y manifiesta, entre sus considerandos, la preocupación por la violencia contra la mujer en tanto es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Entre los deberes de los Estados Partes se encuentran los de: 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; y 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 (artículo 7, incisos a y e).

Respecto a este tratado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (13) (Corte IDH) ha dicho que "en casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010, punto 177).

Esta protección a las mujeres se refuerza, a su vez, en el caso de las niñas, en virtud de la protección especial e integral de sus derechos, al respecto la Corte IDH -en el caso citado como en otros casos anteriores y también en su Opinión Consultiva 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño- "(...) ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados

especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad (caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, sentencia del 31 de agosto de 2010, punto 201).

En cuanto a la protección especial de que gozan las niñas, tal como venimos mencionando, ella se encuentra receptada en el artículo 19 de la Convención Americana y regulada específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-, la cual consagra entre sus principios rectores el de igualdad y no discriminación (artículo 2) y el interés superior del niño (artículo 3).

Asimismo, la CDN establece entre los objetivos hacia los que debe estar encaminada la educación del niño, el preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena (artículo 29, párrafo 1., inciso d).

II.2.b.- A nivel legislativo.

En segundo término, debemos considerar las leyes que resultan aplicables a esta cuestión. A nivel nacional, resulta primordial destacar la vigencia de las leyes N° 26.485(14), de Protección Integral a las Mujeres, y N° 26.061 (15), de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

A su turno, gran parte de las provincias y la C.A.B.A. cuentan con sus propias leyes locales en estas materias o con adhesiones a las leyes nacionales.

La Ley Nacional de Protección Integral a las Mujeres es una ley de orden público y de aplicación en todo el territorio del país en sus aspectos de fondo (artículo 1), y tiene por objeto, entre otros aspectos, promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida (artículo 2, inciso a), el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia (artículo 2, inciso b) y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (artículo 2, inciso e).

La ley entiende por violencia contra las mujeres 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 poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal, quedando comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes; y se considera violencia indirecta toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (artículo 4).

Se contemplan y definen cinco tipos de violencia contra la mujer: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica (artículo 5); y seis modalidades, según las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia en los diferentes ámbitos: violencia doméstica, violencia institucional, violencia laboral, violencia contra la libertad reproductiva, violencia obstétrica y violencia mediática (artículo 6).

Cabe destacar que la ley destina uno de sus Títulos -el Título II- al desarrollo de políticas públicas en la materia, estableciendo que los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias para el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones, y regula los preceptos rectores y lineamientos básicos para las políticas estatales, determinándose que el Consejo Nacional de la Mujer será el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la ley.

Por su parte, la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes consagra el principio de igualdad y no discriminación estableciendo que, las disposiciones de la ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales (artículo 28).

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y personas en desarrollo, a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio (artículo 9, primer párrafo).

III.- Discriminación.

Preliminarmente, se recepta que lo primero que producen estos concursos es discriminación. Las mujeres postulantes deben cumplir determinadas características físicas y biográficas obligatorias, dejando por fuera a quienes no las posean -o no las alcancen-, siempre sobre la base de la arbitrariedad de la imposición de las mismas. (Por qué las concursantes deben ser de tal o cual altura? (Por qué deben ser solteras? (Por qué no pueden concursar si tienen hijos? (Quién instaura éstos requisitos? (Quién los controla?

En este sentido la Dirección de Asuntos Legales de la SENNAF sostuvo, en el caso puntual de un concurso provincial, que "la exclusión que impone el reglamento a las adolescentes casadas o con hijos para acceder al concurso referido, es una categoría sospechosa, injustificada, que implica una arbitrariedad absurda y manifiesta; por lo que resulta axiomático concluir opinión sobre la invalidez constitucional de la misma" (16).

Al mismo tiempo, en el proceso de inscripción, se toman las medidas de los volúmenes corporales y se llenan planillas con la información de esos cuerpos. Aunque estas planillas tienen formato de "declaración jurada", las mujeres son puestas a prueba en búsqueda de registrar la verdad; organizando así esos cuerpos no sólo por lo que dicen ser sino lo que tienen que ser. (Quién controla esos datos? (Qué significado tienen esas medidas? (Quién toma esas medidas? (Quién invade la subjetividad de las mujeres en un control detallado de lo que ellas dicen medir? (Quién se acerca, toca, mide e invade esos cuerpos convirtiéndolos en objeto de clasificación y calificación?

El principio de igualdad y no discriminación es un principio básico y rector en materia de protección de los derechos humanos y, entre los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional en nuestro país, se encuentra receptado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1 y 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 3), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 1 y 2), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1, 2 y 3) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

La Corte IDH, en una de sus opiniones consultivas, sostuvo que "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de 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 incurso en tal situación de inferioridad" (17).

Estos concursos ponen a la mujer en el lugar de un objeto de exposición. Los

objetos de exposición se exhiben, se miran, hasta se pueden tocar, pero no se interactúa con ellos, no ocupan un lugar activo, son objetos que están en situación estática con el sólo fin de ser mirados y al mismo tiempo, juzgados.

Las mujeres -mayormente adolescente- caminan, desfilan, se muestran para que un determinado "jurado" -compuesto en su mayoría por hombres y funcionarios públicos- no sólo las observen, sino que además las califiquen. La calificación funciona como instancia de cuestionamiento, de alcance de ciertos requisitos establecidos, donde el jurado mira, observa, vuelve a mirar y califica en base a argumentos que a pesar de no quedar en claro cuáles son, se concentran en las "cualidades" físicas de las concursantes. Hombres públicos califican a cuerpos femeninos en función de su belleza, que sorprendentemente ellos mismos estipulan al calificar. (Cuáles son los atributos físicos con mayor calificación? (Cuáles son los atributos físicos que llevan a una concursante a ganar? (Quién estipula que tantos centímetros de altura merecen mayor calificación que tantos otros? (Qué es lo que se califica, lo que se pide, lo que se desea de esos cuerpos?

En suma podemos observar que las selecciones en estos concursos son discriminatorias, estando basadas en estereotipos opresivos de mujeres que no respetan el principio de igualdad.

IV.- Cosificación e hipersexualización de la infancia.

En la sociedad actual, donde el cuerpo aparece como una imagen hegemónica, normalizada, constituida por un campo material siempre factible de ser modificado, las mujeres concursantes se encuentran en un espacio conformado por el cuerpo que se posee, el cuerpo deseado, y el cuerpo impuesto; donde la calificación del jurado -que toma el lugar de especialista, de palabra instituida de la verdad- viene a ubicar a ese cuerpo en la categoría ganador, de "bello". Se instaura la belleza como una categoría objetiva y principalmente, en la única válida para ser calificada.

Estas prácticas sostienen que es el hombre quien califica y decide el valor de la mujer, y esto, siempre sobre la base de su belleza que también estará estipulada por los hombres. Primero se decide su valor, y después se la califica, siempre mediada por la mirada lasciva de un jurado que aparece como el representante de la autoridad, de la verdad y, en este caso, mayormente del Estado.

El cuerpo femenino se conforma como "lo Otro" que estos concursos sólo vienen a reforzar a través de la "autoridad" institucional, ubicada en la representación del Estado, y la "autoridad" social, ubicada en la tradición.

En este sentido, la ley 26.485 de Protección Integral a la Mujer entiende como violencia institucional contra las mujeres 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 la ley, quedando comprendidas además las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil (artículo 6, inciso b).

Es posible afirmar que estos concursos cosifican a las mujeres, ya que las consideran desde parámetros estéticos, hegemónicos, estereotipados y tiránicos. Las mujeres son medidas y clasificadas, según sus volúmenes corporales, con el fin de complacer a la mirada masculina que no sólo observa sino que califica.

Así las mujeres poseen un cuerpo que se encuentra jugando entre la presión de lo que es "poseer un cuerpo", las presiones sociales y mediáticas de los que es "el cuerpo" y el cuerpo material, innegable, que aparece constantemente alejado de lo que "debe ser".

Al fin y al cabo, estas prácticas están sosteniendo que las mujeres valen por sus atributos superficiales y que estos son lo que le darán la aprobación

social. Las mujeres aparecen como objetos que valen por el cuerpo que poseen, siempre y cuando éste se acerque a los estándares hegemónicos de belleza.

El cuerpo femenino y las formas sociales cómo éste es tratado, da cuenta de cómo la sociedad simboliza y produce ese cuerpo, cuánto está preparada -o no- para él y cuál es el lugar que le asigna instantáneamente. En la actualidad esta relación entre las formas sociales y el cuerpo de la mujer se da profundizando a niveles ridículos la distancia entre el cuerpo "real" y el cuerpo socialmente aceptado, instaurando la idea que para ser mujer hay que ser bella, y para ser bella "hay que tener" un determinado tipo y forma de cuerpo, que rara vez es el propio.

Así, vemos que las selecciones en estos concursos no sólo son discriminatorias estando basadas en estereotipos opresivos de mujeres, sino que refuerzan concepciones patriarcales de los roles de las mujeres en la sociedad. En donde se advierte la inequidad de los géneros en la cosificación de la mujer como objeto "bello" de contemplación, siendo ésta la base social para la desigualdad de géneros que sólo puede mantenerse bajo estructuras de dominación que generan y naturalizan diversos tipos de violencia.

Aporta a la discusión traer el concepto "dominación masculina" (18) ya que éste nos permite analizar la relación entre los dominados, los dominadores y la reproducción del sistema de dominación, para poder pensar de forma superadora la antinomia que se genera cuando se dice que las participantes están por su voluntad y deseo. La dominación masculina aparece como una violencia simbólica en donde se legitima la desigualdad entre los géneros, presentando la diferenciación sexual como la construcción del orden histórico/social. Así se constituye un mundo social construido por y para el hombre, en donde tanto hombres como mujeres están insertos y son susceptibles de reproducir esos principios de dominación de forma cotidiana e inconsciente. Estos mismos "dominados aplican a lo que los domina ciertos esquemas que son el producto de la dominación" (19) donde como resultado se obtiene que los pensamientos y percepciones de los dominados están estructurados a partir de las estructuras resultantes de la misma relación de dominación en la que se formaron. Por lo tanto, sus estructuras estarán basadas en estructuras de adhesión a las creencias que crean la violencia simbólica que sufren, siendo su reconocimiento un reconocimiento de sumisión.

El objetivo de estas reflexiones es dejar de ubicar el punto nodal de la temática en la mujer que participa de estos certámenes sino ubicarlo tanto en las condiciones de producción y reproducción de éstos, como en las consecuencias sociales que producen.

La ley N° 26.485, en el artículo 5, tipifica la violencia simbólica como "la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, iconos o signos transmite y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad", por lo que la discusión en torno al cuestionamiento de si una mujer siendo evaluada por su físico es violencia simbólica, ya está saldada con la sanción de la ley.

La hipersexualización de las niñas.

Un eje central a tener en cuenta en estos concursos que se está extendiendo rápidamente, es la edad de las concursantes y los concursos conexos que surgen de la elección de la "reina principal".

Estos concursos, que forman parte de la tradición lugareña, ubican a la mujer en una desigualdad respecto a los hombres desde la primer infancia. En la totalidad de los concursos de elección de reina las concursantes son mujeres adolescentes o mujeres jóvenes -en su mayoría, por debajo de los 23 años-, hace algunos años comenzaron a surgir nuevos certámenes, con nombres en diminutivo en donde las mujeres que son cosificadas son niñas a partir de los 3 años. Aunque en alguno de estos casos la finalista es elegida por sorteo, en otros las niñas deben desfilar y someterse a la decisión de un jurado. Por lo que hay que agregar a la reflexión, las dimensiones de infancia y la

hipersexualización (20) de las niñas. Esta vez desde espacios institucionales que se justifican en la tradición y se suman al peligro de normalizar un comportamiento que es nocivo para los niños.

Al respecto, y en relación a las niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño manifestó que tanto los niños como las niñas corren el riesgo de sufrir todas las formas de violencia, pero la violencia suele tener un componente de género (21). En cuanto a las dimensiones de género de la violencia, el Comité sostuvo que los Estados Partes deben procurar que las políticas y medidas que se adopten tengan en cuenta los distintos factores de riesgo a que se enfrentan las niñas y los niños en lo que respecta a las diversas formas de violencia en diferentes entornos, debiendo hacer frente a todas las formas de discriminación de género en el marco de una estrategia amplia de prevención de la violencia, lo que significa luchar contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación (22).

La hipersexualización infantil es un concepto relativamente nuevo pero muy trabajado, cuyas manifestaciones de violencia están insertas en nuestras realidades de forma naturalizada. Éste hace referencia a la erotización de posturas, vestimentas, prácticas y expresiones en los infantes. Si bien los niños no están exentos de este fenómeno, es cierto que en su abrumadora mayoría son niñas las afectadas.

La Asociación Americana de Psicología (APA) se manifestó respecto a la hipersexualización infantil advirtiendo sobre las consecuencias que conlleva la exposición de niñas en certámenes de belleza, en donde se mencionan el desarrollo de desórdenes alimenticios, la distorsión de la autoimagen, la fragilidad en la autoestima y la precipitación de conductas no relacionadas a la edad. Al mismo tiempo, los efectos sociales también son diversos ya que la discriminación, la mercantilización de los cuerpos y la cosificación del cuerpo de la mujer no sólo constituye a la mujer en un lugar de desigualdad respecto al hombre sino que desensibiliza a la sociedad ante diferentes formas de violencia física, psicológica, sexual, económica y simbólica.

Así, lo que la sociedad inculca a las niñas en el proceso de socialización es que su valor como mujeres radica en cómo lucen y que la definición de sus cuerpos no será dada por la forma en que ellas sienten sus propias corporalidades sino por cómo las ven los otros. A partir de los certámenes de belleza, a cada vez más corta edad, se va asumiendo con naturalidad la condición de objetos sexuales bajo la creencia de que la sociedad las va a calificar en función de lo físicamente bellas que resulten para los hombres.

En este sentido, las mujeres se socializan desde el momento cero con la posibilidad "natural" de ser evaluadas, medidas y calificadas por hombres que jerarquizarán sus cuerpos y con la idea de que esos cuerpos deben ser hegemónicamente bellos y atractivos.

Sobre este punto podemos mencionar que el Comité de los Derechos del Niño, en otra de sus Observaciones Generales, también señaló las consecuencias que el principio de igualdad y no discriminación tiene en la realización de los derechos en la primera infancia, manifestando que los niños pequeños corren un riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos y que la discriminación contra las niñas es una grave violación de derechos, que afecta a su supervivencia y a todas las esferas de sus jóvenes vidas, limitando también su capacidad de realizar una contribución positiva a la sociedad23.

V.- Consideraciones finales.

En consonancia con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belem do Pará, la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral a las Mujeres estatuye la remoción de los patrones socioculturales que promuevan y sostengan la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres y el derecho a vivir una

vida sin discriminaciones y sin violencia.

Sin perjuicio de que la cancelación de estos concursos de belleza se encuentra incluida en una reflexión más amplia sobre la equidad de los géneros y el lugar que las prácticas sociales tienen en la búsqueda de ésta y nos plantea un desafío pendiente que deberíamos re-pensar a la luz de los instrumentos jurídicos analizados, cierto es que como lineamiento de mínima se impone con urgencia la eliminación de todo criterio discriminatorio y lesivo del principio de igualdad que, en los reglamentos de estos certámenes, se estipula en relación a las aspirantes, estableciendo distinciones arbitrarias de oportunidades y de trato que nuestro sistema vigente de protección de los derechos humanos claramente no admite.

Así debemos recordar que el Comité de los Derecho del Niño alienta la lucha contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación, factores todos ellos que contribuyen a perpetuar la utilización de la violencia y la coacción en el hogar, la escuela y los centros educativos, las comunidades, el lugar de trabajo, las instituciones y la sociedad en general (24).

El Estado tiene la obligación no sólo de impedir que estos actos de desigualdad, violencia y discriminación se perpetren, sino también de actuar a través de políticas activas en pos de la igualdad real de los géneros, habiéndose comprometido internacionalmente a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (25).

En tales términos se ha manifestado la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en dos oportunidades, con motivo de un pedido de opinión proveniente de la provincia de Jujuy y de una consulta proveniente de los referentes de la Secretaría en la Provincia de San Luis por de la elección local de "reinas" y "reinitas" (26).

Estas reflexiones han comenzado a integrarse social y culturalmente, generando espacios de quiebre donde las preguntas, los cuestionamientos y las acciones de quienes deben adoptar medidas al respecto encuentran su lugar. Es por ello que resaltamos con énfasis la reciente noticia acerca de la ordenanza del Municipio de Chivilcoy, mediante la cual el Concejo Deliberante de dicha ciudad aprobó por mayoría el fin de los concursos de belleza en las fiestas populares que organiza y patrocina el municipio (27), por considerarlos una práctica discriminatoria, sexista y que promueve varios tipos de violencia contra la mujer.

Sabemos que queda un largo camino por recorrer, pero también sabemos que los cambios culturales se realizan de a poco, trabajando con convicción y sabiendo que estos hechos sientan precedente, abriendo el espacio para la reflexión, la discusión y la acción de toda la sociedad hacia caminos cada vez más igualitarios.

(*) El presente se basa, en su mayoría, en un artículo publicado en microjuris.com (MJ-DOC-6791-AR/MJD6791), a partir de un trabajo que venimos llevando a cabo en la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia desde abril del 2014. Considerando la importancia de los acontecimientos de los últimos días en virtud de la ordenanza aprobada en la localidad de Chivilcoy el 15/12/2014, republicamos estas líneas invitando a la sociedad y al Estado a seguir reflexionando y trabajando en pos de la igualdad de géneros en nuestro país.

Notas al pie.

(1) Licenciada en Sociología, egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda en investigación social, FSOC-UBA. Integrante del Grupo de Estudios sobre Sociología de las Emociones y Cuerpos - IIGG-UBA. Asesora técnica de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez,

Adolescencia y Familia.

(2) Abogada, Mg. en Derecho de Familia y Niñez por Universidad de Barcelona (UB). Asesora técnica de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(3) Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Integrante del proyecto "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", UBACyT 2013-2016, dirigido por Dra. Marisa Herrera. Asesora técnica de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(4) Página 12, Las reinas de la polémica,
<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-241419-2014-03-09.html>

(5) Diario El Comercial.com.ar, Piden suspender elección de reina y mini reina en San Luis por tratar a la mujer como "objeto de exhibición",
http://www.elcomercial.com.ar/index.php?option=com_telam&view=deauno&idnota=429920

(6) Dictamen N° 37/12 del 22/08/2012 del Departamento de Asistencia Jurídica, Dirección de Asuntos Legales, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(7) Esta definición fue trabajada por filósofos clásicos, retomada por Simone de Beauvoir y trabajada por una multiplicidad de autores y disciplinas, centrándose su desarrollo en las Ciencias Sociales, la filosofía y las teorías feministas.

(8) Sagüés, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, la reimpresión, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, págs. 107-108.

(9) Sagüés, Néstor Pedro, Ob cit., pág. 107.

(10) Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616), <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>.

(11) Montero Julio, Derechos Humanos, Paternalismo y Democracia,
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/1ye/revistas/81/derechos-humanos-paternalismo-y-democracia.pdf>.

(12) P. 1469. XLI. - "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal" - CSJN - 17/03/2009.

(13) Al respecto cabe considerar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en el caso "Giroldi" del 07/04/1995 sostuvo que tanto la jurisprudencia como las opiniones consultivas emanadas de la Corte IDH sirven de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, siendo que el Estado argentino reconoció la competencia de la mencionada Corte Interamericana para intervenir en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. Así al haberse otorgado, a través del artículo 75 inciso 22 de la CN, a determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", debemos integrarlos en su interpretación y aplicación con los criterios y opiniones que emanan de los organismos internacionales competentes. Dicho criterio ha sido reafirmado, de manera más reciente, por la CSJN a través del fallo "Carranza Latrubesse", cuya doctrina estableció la obligatoriedad de las recomendaciones e informes definitivos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(14) Sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada de hecho el 1º de abril de 2009.

(15) Sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de

octubre de 2005.

(16) Dictamen N° 37/12 del 22/08/2012 del Departamento de Asistencia Jurídica, Dirección de Asuntos Legales, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(17) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (punto 55).

(18) Bourdieu, P. (2010) *La dominación masculina, y otros ensayos.* Buenos Aires, La Página S.A. ISBN 978-987-503-526-3.

(19) Bourdieu, P. , Ob.cit., Pág. 17.

(20) Concepto utilizado por la sexóloga canadiense Jocelyn Robert, para referirse a la violencia sexual de "la representación del niño o niña como una especie de adulto sexual en miniatura".

(21) Observación General N° 13, del año 2011, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (punto 19).

(22) Observación General N° 13, del año 2011, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (punto 72.b).

(23) Observación General N° 7, del año 2006, Realización de los derechos del niño en la primera infancia (punto 11, a. y b.i).

(24) Observación General N° 13, del año 2011, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (punto 72.b).

(25) Artículo 2, inciso f) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

(26) Dictamen N° 23/2014, de la Dirección de Asuntos Legales, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(27) <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-262102-2014-12-17.html>

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 18 DE DICIEMBRE DE 2014

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.33, Constitución Nacional Art.75, LEY 26.061, LEY 26.485, Ley 23.054 Art.19, Ley 23.179, Ley 23.849 Art.2, Ley 23.849 Art.3

"Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente"

GUADAGNOLI, ROMINA SOLEDAD

Publicación: www.infojus.gov.ar, 9 DE DICIEMBRE DE 2013

TEMA

DISCRIMINACION LABORAL-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O GENERO-TRABAJO DECENTE

TEXTO

I.- INTRODUCCIÓN:

En la actualidad y pese a los grandes avances logrados por las mujeres en la lucha y defensa de sus derechos, y la existencia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la materia ratificados por los Estados, existen aún prácticas que determinan que la mujer sufra de discriminaciones basadas en su género. Y justamente uno de los ámbitos donde dichas violaciones ocurren con gran frecuencia es el mercado laboral.-

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un breve repaso por la discriminación y violaciones de los derechos humanos que sufren las mujeres en el mundo del trabajo.-

Haré entonces un recorrido por la normativa vigente en la materia, por informes de organismos internacionales que advierten esta problemática y dan propuestas para su abordaje, y por algunos interesantes fallos jurisprudenciales donde se tratan casos puntuales de mujeres víctimas de discriminación en el trabajo.-

Aclaro que no se consignarán datos estadísticos en el presente trabajo, los que en caso de ser de interés pueden ser consultados en los Informes que se citan.-

II.- RELACIÓN ENTRE DISCRIMINACIÓN LABORAL Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO:

Para abordar los problemas de la mujer en el ámbito laboral es necesario entender que gran parte de dichas complicaciones se derivan de los estereotipos de género, que pese al gran avance social en materia de los derechos de las mujeres y la no discriminación, continúan en muchos ámbitos aún demasiado impregnados, y el ámbito laboral es justamente uno de ellos.

Debemos comprender primeramente que los estereotipos de género son el conjunto de características que social y culturalmente se asignan a hombres y mujeres. A través de estos estereotipos en el ámbito del trabajo se refuerza y se normaliza la idea de que la mujer debe dedicarse a cuestiones hogareñas o de servicio, y el hombre a cuestiones vinculadas a la autoridad y al poder.

De esta forma, por ejemplo, las profesiones y trabajos vinculados al servicio a terceras personas están ocupados en su mayoría por mujeres, ello sustentado en el estereotipo de género conocido de que en la mujer es inherente el rol de madre y esposa al servicio de sus hijos y esposo. Eso trasladado al plano de lo público y dentro de éste al ámbito laboral, se traduce en que en profesiones como la docencia, enfermería o el servicio doméstico, consignado aquí como empleados de casas particulares, sean amplia mayoría las mujeres. Y son profesiones que más allá de su importancia para la sociedad, (detengámonos por un segundo a pensar que la educación es el pilar fundamental de toda sociedad) están mal remuneradas.

Siguiendo con este análisis, dichos estereotipos consolidan una práctica conocida como "techo de cristal", que determina que la mujer no pueda acceder a puestos laborales jerárquicos, y dichos cargos son ocupados por hombres, puesto que social y culturalmente son los hombres los que tienen el rol de autoridad.

Lo hasta aquí expresado puede ser fácilmente entendido con el siguiente ejemplo que se corresponde con mi experiencia personal: Graciela Vargas (Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos) en una reciente disertación expresaba los siguientes datos estadísticos: 1914 había solo 6 mujeres abogadas, y hoy el 60 % de los alumnos de las Facultades de Derecho son mujeres. Pese a ello, y si bien en la matrícula de San Nicolás, donde me

encuentro matriculada, las mujeres somos amplia mayoría, en el Consejo Directivo del Colegio de Abogados hay solamente 2 abogadas mujeres, de un total de 12 miembros. Asimismo, en los estudios jurídicos más importantes de la ciudad los hombres están al frente. Se observa claramente entonces que, pese a la importante inserción de la mujer en el ámbito legal, las posiciones jerárquicas están ocupadas por hombres. Y así surge claramente el techo de cristal, y el hombre asociado a la voz de autoridad.

Por otra parte, me ha tocado vivir en carne propia situaciones de inequidad laboral sustentadas en estereotipos de género. Así, en distintas entrevistas de trabajo me indagaron sobre cuestiones que nada tenían que ver con mi capacidad profesional para acceder a un puesto. Me preguntaron si planeaba casarme, si iba a ser madre en lo inmediato. Tomé conocimiento de que en una determinada dependencia no se tomaban mujeres porque "después quedaban embarazadas, había que darles la licencia por maternidad con lo cual faltaban mucho tiempo".

Lo hasta aquí expresado, y que fuera reproducido en el trabajo realizado junto a la Lic. Julieta Marucco, titulado Mujer y Trabajo (1), es manifestado también por especialistas en el tema con mayor profundidad conceptual.-

Así Nora Goren (2) expresa que parecería muy normal cuando hablamos y nos referimos a que varones y mujeres eligen participar en el mercado de trabajo, en sectores y puestos de la estructura productiva, diferente. Por ejemplo, las mujeres mayoritariamente y/o en gran medida se insertan en ocupaciones como maestras, en el sector administrativo; los varones, como operarios de la industria, en el área de la construcción. Parecería natural que los varones y las mujeres se orientaran a elegir este tipo de ocupaciones, pero también debemos tener presente, que la selección de personas para ocupar estos puestos también está orientada hasta este tipo de población, lo cual nos está hablando de que esta construcción tiene dos aristas que tenemos que tener presente, tanto la demanda como la oferta de trabajo, manifiesta Nora Goren.-

Continúa diciendo la especialista que para comprender este fenómeno es importante abordar el concepto de género, considerando a éste como una categoría relacional según la cual las características que se atribuyen como propias de cada sexo son socialmente construidas y asignadas, y van formando estereotipos sociales y culturales que se identifican con propiedades naturales de las personas. A su vez implican valoraciones jerárquicas donde los rasgos que se atribuyen a lo masculino se consideran con mayor valor que lo femenino, estableciéndose por tanto relaciones desiguales entre los géneros que se configuran históricamente y atraviesan todas las esferas de la vida social.

Nora Goren refiere también al concepto de la división sexual del trabajo, la que consiste en la diferenciación que se hace sobre las actividades que deben realizar las mujeres y las que deben realizar los varones, adjudicándose así espacios en función del sexo. Dicha división ha existido en todas las épocas y no ha nacido con el capitalismo, pero sí las características particulares que ha adoptado a partir de esa época son las que encontramos actualmente, dice la especialista. Al separarse los espacios y los tiempos de la producción y de la reproducción, las mujeres quedaron asociadas al ámbito privado con una valoración social inferior, por no decir nula, mientras que los varones quedan asociados al espacio público con una valoración superior, lo que ha dado a lugar a un establecimiento de relaciones de subordinación femenina y dominación masculina. Y se van instalando estereotipos de lo femenino y de lo masculino que se trasladan a las ocupaciones.

Creo que con lo aquí expuesto por esta parte y por la especialista queda concluida la idea de la relación directa entre los estereotipos de género y los problemas que sufre la mujer en el mundo del trabajo.

III.- NORMATIVA VIGENTE

A) Constitución Nacional

Desde el texto de nuestra Carta Magna se recepta en distintos artículos la igualdad de derechos que debe existir entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral.-

Así el artículo 14 bis expresa "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ..., igual remuneración por igual tarea;... -"

El artículo 16 manifiesta que "...Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad..."

El artículo 37 se refiere a la igualdad en el ámbito de los derechos políticos, diciendo "La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral."

Y el artículo 75 inciso 23 insta a la formulación de políticas públicas que garanticen esa igualdad. Así la cláusula constitucional enuncia: "Corresponde al Congreso: 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.- ...-

Por último el artículo 75 inciso 22 recepta con jerarquía constitucional Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a los que me referiré específicamente en el apartado de este punto titulado Normativa Internacional.-

B) Leyes Nacionales

La Ley de Contrato de Trabajo, Ley N° 20.744, contiene disposiciones específicas y concretas en cuanto a la no discriminación de la mujer.-

Así el artículo 17 refiere "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad."

El artículo 81 aborda la igualdad de trato que debe existir entre el empleador y sus trabajadores, sin hacer diferencias entre ellos. La norma expresa "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."

Nótese que los dos artículos aquí transcriptos no mencionan expresamente la palabra mujer, pero claramente refieren a la ilegalidad de realizar discriminaciones por el hecho de ser mujer, en tanto aluden a que no se deben realizar discriminaciones en razón del sexo. Quizá la redacción más conveniente hubiese sido colocar la palabra género en lugar de sexo, por ser más amplia, en razón de todo lo manifestado en el punto anterior al abordar la cuestión de los estereotipos de género al cual me remito a los fines de la brevedad.-

El artículo 172 de la LCT se refiere específicamente a la mujer y dice "La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse 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.- En las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor."

Es interesante la redacción de este artículo en tanto como ya fuera manifestado en el punto anterior es muy común que en determinados empleos se prescinda de contratar mujeres bajo el pretexto que "luego se casan y quedan embarazadas". El punto claro es la dificultad de demostrar en la práctica la existencia de este tipo de discriminaciones, dado que estas palabras que se expresan por el empleador en una entrevista laboral de modo alguno serán plasmadas por escrito en documento alguno, dado que ello resultaría de una ilegalidad manifiesta. Pero lamentablemente la discriminación se practica y se sufre, raras veces se escribe.-

Hasta aquí las normas referidas a la discriminación en el ámbito del Derecho Individual del Trabajo.-

En el Derecho Colectivo del Trabajo debo mencionar a la Ley 25.674 del año 2002 y el Decreto reglamentario N° 514/2003 de Participación Femenina en las Unidades de Negociación Colectiva de las Condiciones Laborales (Cupo Sindical Femenino).

La norma referida expresa en su artículo 1° que "Cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, deberá contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad."

Y en su artículo 2º manifiesta que "Los acuerdos celebrados sin la representación proporcional de mujeres, no serán oponibles a las trabajadoras, salvo cuando fijaren condiciones más beneficiosas."

En el año 1988 se sanciona y promulga una interesante e importante ley en materia de Discriminación, la Ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios, que como título expresa "Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional"

La referida ley con un breve articulado introduce una herramienta importante en el ordenamiento jurídico interno para hacer cesar los actos discriminatorios y obtener la reparación integral por los padecimientos sufridos.-

Así el artículo 1º de la norma expresa "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."

Y a continuación se hace una enumeración no taxativa de los actos que se entienden como discriminatorios, diciendo "A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos."

Mucho más reciente es la Ley 26.485, que fue sancionada en el año 2009, y que se refiere específicamente a la Mujer.-

La ley se denomina Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.-

El título de la norma es seguramente demasiado largo para recordarlo, pero es simplemente la consagración en la normativa interna de los Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos de la Mujer, principalmente la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, más conocida por su sigla en inglés como CEDAW y de la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, más conocida como Convención Belem Do Para, tratados ambos con jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.-

La referida ley es de impecable redacción, realizando primeramente una conceptualización de los tipos y modalidades de violencia y consignando luego una serie de medidas y políticas públicas de necesaria implementación para el cumplimiento de sus objetivos.-

Lamentablemente debo decir que la falta de presupuesto y asignación de recursos han hecho que la ley referida se vea reducida a una simple declaración de propósitos.-

El artículo 6º de la norma refiere a las modalidades de violencia y dentro de éstas a la violencia laboral. A continuación se transcribe la parte pertinente del citado artículo:

"A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: ... c) Violencia laboral contra las mujeres: 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;...-(3)

Por último, y dentro de la normativa nacional en la materia, considero interesante destacar un Decreto Nacional, cuya existencia desconocía antes de la realización del presente trabajo. Se trata del Decreto Nacional N°254/98,

denominado "Plan para la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el mundo laboral".- (4)

Dicho decreto pone en cabeza del Consejo Nacional de la Mujer, organismo dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación la coordinación e implementación de las actividades y medidas que surgen de dicho plan.-

Menciono a continuación algunas de las medidas de dicho plan que considero más destacables:

1. Acordar entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social propuestas a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones en el ámbito del trabajo.

1.2. Promover la formación profesional y técnica de las mujeres para la diversificación de sus opciones profesionales para que amplíen sus posibilidades de inserción laboral.

1.4.2. Articular con las organizaciones sindicales y empresariales a efectos de definir estrategias con el fin de propiciar la aplicación del derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, para varones y mujeres.

1.6. Promover la conciliación de la vida familiar y laboral.

1.7.3. Realizar estudios de diagnóstico sobre cantidad de mujeres en puestos jerárquicos, con poder de decisión y en actividades no tradicionales. Difundir los resultados."

C) Normativa internacional:

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen Tratados que receptan la igualdad entre Hombres y Mujeres en todos los espacios de la vida.- (5)

Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948 expresa en su artículo 2º que "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

Y el artículo 23 de la misma refiere específicamente a la igualdad y a la no discriminación en el mundo del trabajo, diciendo "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos del año 1.966 que dan a los principios de la Declaración una forma legal vinculante, determinan claramente que los derechos establecidos son aplicables a todas las personas, sin distinción de ninguna clase, y de nuevo, cita expresamente el sexo como una de las categorías que no deben fundamentar dicha distinción. Además, cada Pacto obliga específicamente a los Estados que los ratifiquen o adoptan a que se encarguen de asegurar que hombres y mujeres tengan un derecho igual al disfrute de los derechos que establecen. (6)

Así el artículo 7º del PIDESC se refiere específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral, diciendo: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;...c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;..."-

Y en 1981 entra en vigor en el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Dicha Convención es ratificada por nuestro país en el año 1985, mediante ley N° 23.179.-

La referida Convención significó un avance muy grande en la lucha por lograr

la igualación de derechos entre hombres y mujeres, asumiendo los Estados firmantes el compromiso de adoptar "...todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre." (art. 3º).-

El artículo 1º da una definición de "discriminación contra la mujer", diciendo que dicha expresión "denotará toda distinción, exclusión a 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."

Y el artículo 11 se refiere específicamente al compromiso de los Estados partes de adoptar medidas para garantizar la no discriminación de la mujer en el mercado del trabajo.-

A continuación se transcribe de forma íntegra el artículo referido, dada su vital importancia en el tema que nos ocupa:

"1. 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:

- a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
- c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
- d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;
- e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
 - b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;
 - c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
 - d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda."

En el año 1999 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adopta el Protocolo Facultativo de la Convención de referencia. Dicho Protocolo es ratificado en nuestro orden interno mediante Ley N° 26.171 del año 2006.-

El objetivo central de dicho Protocolo es la puesta en práctica de todos y cada uno de los enunciados de la Convención, y principalmente el control del cumplimiento por parte de los Estados partes de la misma, adecuando su orden interno e instaurando políticas públicas para el logro de los objetivos de la

misma.

Para la realización de dicho control y como órgano de aplicación de la Convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.-

En junio de 1994 el Sistema Interamericano de Derechos Humanos instaurado a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto San José de Costa Rica, del año 1969, sanciona la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer o "Convención de Belem do Pará". La misma es ratificada por nuestro país en el año 1996 mediante Ley N° 24.632.-

Mediante Convención Belem Do Pará los Estados partes se comprometen a aunar políticas públicas para erradicar todo tipo de violencia contra la mujer, ya sea física, psicológica, económica, en la esfera pública o privada, basada en el sexo.

El artículo 1° da el concepto de violencia contra la mujer, entendiendo ésta como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."

El artículo 2° se refiere a los ámbitos donde dicha violencia puede tener lugar, y así en su inciso b se refiere al lugar de trabajo: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, ..."

El artículo 4° expresa "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos."

Y el artículo 6° refiere "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación..."

Hasta aquí un breve recorrido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que abordan la problemática de la discriminación de la mujer.-

Destaco que todos los instrumentos internacionales aquí referidos, además de haber sido ratificados por nuestro orden interno, integran el bloque de constitucionalidad federal, de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y por ende ostentan jerarquía constitucional.-

Demás está decir que cuando un Estado suscribe Convenciones de esta índole ello implica un compromiso para adecuar su legislación interna al texto de dichos tratados, y de cumplir con las mandas convencionales mediante la elaboración e implementación de políticas públicas apropiadas. El incumplimiento de dichas normas genera una responsabilidad internacional para los Estados partes.-

Y en el ámbito de cada una de estas Convenciones se crean organismos de control, que serán los encargados de revisar el cumplimiento de dichas mandas en la órbita del orden interno de cada Estado parte.-

D) Consideración especial sobre los Convenios de la OIT en la materia: (7)

La OIT ha desarrollado a lo largo de los años un trabajo muy interesante en lo que respecta a la no discriminación en el mundo del trabajo, y siguiendo una línea de actuación ha elaborado importantes Convenios en la materia.

El derrotero de la OIT en la materia es receptado en el año 2009 por la Conferencia Internacional del Trabajo, en el Informe titulado "La igualdad de género como eje del trabajo decente". En un aparte de dicho informe se enuncian los Convenios elaborados por la OIT en la materia y los alcances de los mismos al momento de la elaboración del informe.-

El Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), del año 1958 es el instrumento de referencia del derecho fundamental de la no discriminación en el trabajo, y es el más completo sobre la materia.

En virtud de dicho Convenio los Estados Miembros ratificantes deben formular y promover políticas nacionales que fomenten la igualdad de oportunidades y de trato en lo que atañe al empleo y la ocupación, con el propósito de eliminar

la discriminación.

Los motivos prohibidos de discriminación comprenden el sexo, la raza, el color, la religión, las convicciones políticas, la procedencia nacional y el origen social.

La discriminación de género comprende la discriminación por razones que tienen que ver con la maternidad y las responsabilidades familiares, y abarca el acoso sexual (tanto de las mujeres como de los hombres).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1, 1), b), del Convenio núm. 111, es posible agregar otros motivos a la enumeración anteriormente enunciada, previa celebración de consultas con los representantes de las organizaciones de los empleadores y de los trabajadores y otros organismos competentes.

Con arreglo al Convenio, las distinciones por motivos de sexo sólo se admiten en pocos casos en los que la distinción está relacionada con un requisito específico del empleo (por ejemplo, ser hombre o mujer puede ser un requisito en la industria del espectáculo y en empleos que exigen un contacto físico cercano, como ocurre con el personal médico o el personal de seguridad aeroportuaria). Otro ejemplo sería la adopción de medidas temporales de discriminación positiva para el mercado del trabajo, con la finalidad de remediar las desigualdades que existían en el pasado, por razón de consideraciones de sexo.

El segundo instrumento fundamental sobre la igualdad es el Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, del año 1951.

En dicho instrumento se aborda específicamente la cuestión de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor y se recogen los términos de la Constitución de la OIT de 1919, conforme a la cual es urgente mejorar las condiciones de trabajo entre otras cosas, mediante el "reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor."

Al contrario de lo que se piensa generalmente, la principal razón de las diferencias de sueldo no son el nivel de instrucción más bajo y la trayectoria profesional intermitente de las mujeres en el mercado de trabajo. De hecho, esta disparidad es un síntoma palpable de que la discriminación por motivos de sexo es profunda y de carácter estructural. Factores tales como la existencia y persistencia de los estereotipos de género, la segregación profesional, los sistemas de clasificación del empleo, las estructuras salariales sesgadas por razones de sexo y los mecanismos débiles de negociación colectiva son factores determinantes de la desigualdad en materia de remuneración.

Falta comprensión en cuanto al alcance y las implicaciones del concepto de "trabajo de igual valor". Este concepto va más allá de la remuneración por un trabajo "igual", "idéntico" o "similar": comprende también el trabajo que, aunque sea completamente diferente, tiene el mismo valor.

Un tercer instrumento fundamental que aborda el tema de la igualdad es el Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, del año 1981.-

En el siglo XXI ha cobrado cada vez más importancia el reconocimiento de la necesidad de compaginar las responsabilidades laborales y familiares (incluidas las que se refieren a los adultos y los hijos a cargo) y de sus implicaciones para la igualdad de género en el mercado de trabajo.

Algunos factores como los horarios de trabajo prolongados tienen efectos desiguales sobre las mujeres, quienes en la mayoría de los casos son las que se ocupan principalmente del cuidado y la atención de sus familias. Existen otros factores como la disponibilidad de servicios de cuidado de los niños y la distancia de los trayectos entre el hogar y el lugar del trabajo.

La posibilidad de realizar trabajos a tiempo parcial, ha abierto el camino para compaginar el trabajo con las responsabilidades parentales. Sin embargo, en la mayoría de los países, el trabajo a tiempo parcial sigue siendo catalogado como un "trabajo femenino", lo cual refuerza las divisiones tradicionales del trabajo por sexo.

Por último en este apartado debo manifestar que la protección de la maternidad ha sido uno de los temas centrales de atención de la OIT desde su fundación y ha adoptado tres convenios sobre protección de la maternidad, a saber, el Convenio núm. 3, en 1919; el Convenio núm. 103, en 1952; y el Convenio núm. 183, en 2000.

Junto con sus recomendaciones correspondientes, estos Convenios han ampliado gradualmente el alcance y las prestaciones de protección de la maternidad en

el trabajo, y ofrecen orientación pormenorizada respecto de las políticas y las acciones en el plano nacional.

Las preocupaciones fundamentales han sido permitir que las mujeres combinen de manera exitosa sus funciones reproductivas y productivas, e impedir que, debido a su función reproductiva, reciban un trato desigual a la hora de conseguir y de conservar un empleo.

Destaco que todas los Convenios referidos a excepción de los N° 103 y 183 sobre maternidad, han sido ratificados por nuestro país, y por ende son parte integrante del orden jurídico interno, con jerarquía supralegal, de acuerdo al artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional.-

IV.- INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES:

De todo lo hasta aquí manifestado surge claramente que la problemática de la inclusión de la mujer en el mundo laboral en términos de igualdad con el hombre, y evitando cualquier tipo de discriminación y/o menoscabo de sus derechos humanos, es una preocupación a nivel nacional y mundial. Y dicha problemática ha sido receptada por normas internas e internacionales, las que ya fueron reseñadas en los puntos anteriores.-

Pues bien, la preocupación en la materia ha determinado que diversos organismos internacionales recopilen información y datos de la situación de la mujer en el mercado laboral y elaboren periódicamente informes, con el fin último de elaborar estrategias de acción que permitan modificar positivamente la realidad existente.-

A) Informe OIT del año 2009 (7)

Así es de destacar la ya citada en el punto anterior, Conferencia Internacional del Trabajo, del año 2009 dentro del ámbito de la OIT.-

En dicha reunión se elabora un informe sobre el tema, denominado "La igualdad de género como eje del trabajo decente".

De acuerdo al informe de la Conferencia de la OIT puedo entonces argumentar que "La igualdad de género es una premisa fundamental de una sociedad decente, sin igualdad de género no existirá sociedad decente, ni por ende trabajo decente".-

El informe es extenso y se divide en distintas partes. Se destacan aquí los puntos y expresiones del mismo que considero más relevantes a los fines del presente trabajo.-

La OIT postula en el Informe referido como aspecto central que "La adopción de un enfoque integral de la igualdad de género es un elemento intrínseco del Programa de Trabajo Decente."

Expresa entonces la OIT que la igualdad de género debe considerarse una cuestión transversal en el marco de los cuatro objetivos estratégicos del Programa de Trabajo Decente, esto es: (1) el empleo, (2) la protección social, (3) los principios y derechos fundamentales en el trabajo aplicados mediante las normas internacionales del trabajo, entre otros medios, y (4) el diálogo social. Por tanto los esfuerzos encaminados a lograr que la igualdad de género forme parte de la esencia del trabajo decente deberían ser de carácter integral.

El planteamiento de la OIT se basa en un enfoque basado en los derechos y en la eficacia económica: la igualdad de género en el mundo del trabajo no es sólo una cuestión de derechos humanos y de justicia para los trabajadores, sino que también reviste interés desde el punto de vista empresarial para los empleadores, y es fundamental para el logro del crecimiento económico y la reducción de la pobreza a nivel nacional.

Se manifiesta además en el informe que el sexo no es un indicador de las competencias, y la decisión de contratar, capacitar o promover a las mujeres y hombres jóvenes debería basarse siempre en factores como las competencias profesionales y los requisitos inherentes al empleo.

El informe hace un repaso por las complicaciones que sufre la mujer en el ámbito laboral.

La mujeres tropiezan con obstáculos sistémicos de todo tipo en el mundo del trabajo, empezando por el hecho mismo de si tienen o no un trabajo remunerado (ya sea a tiempo completo o parcial); el tipo de trabajo que consiguen o del que quedan excluidas; su acceso a ayudas tales como servicios de guardería; la remuneración y prestaciones que perciben y las condiciones en que trabajan; su posibilidad de acceder a ocupaciones "masculinas" mejor remuneradas; la inseguridad de sus empleos o empresas; su falta de derecho a pensión o a prestaciones, y su falta del tiempo, de los recursos o de la información

necesarios para hacer valer sus derechos.

Seguidamente realiza algunas propuestas de solución a estas problemáticas y consejos de acción.

Modificar el reparto de las tareas del hogar según el género para distribuirlas de manera más equitativa, e invertir en tecnología que alivie el trabajo son dos cosas que pueden tener importantes repercusiones en la productividad. En las parejas de doble ingreso, los hombres son los que más salen ganando al lograr un mejor equilibrio entre la vida laboral y familiar, un mejor contacto con los hijos y una mejor inclusión en la vida familiar, así como una menor vulnerabilidad ante las crisis económicas.

Las políticas y programas de desarrollo deben luchar contra los estereotipos acerca del papel que corresponde a cada sexo, y que ahora han adquirido un carácter sistémico. Se debería recurrir a medidas proactivas, como medidas de discriminación positiva, actividades de sensibilización sobre los derechos de los trabajadores, un desarrollo permanente de las competencias profesionales, y el empoderamiento económico de la mujer.

Por último es destacable el trabajo que realiza la OIT en la materia, y que es expresado en el texto del informe de forma extensa, lo que resumo en los siguientes párrafos.-

El Plan de acción de la OIT sobre la igualdad de género pide que en todas las políticas, estrategias y programas se lleve a cabo un análisis explícito y sistemático de las distintas necesidades de las mujeres y los hombres. Al mismo tiempo, en el Plan se reconoce la necesidad de realizar intervenciones selectivas cuando uno u otro sexo se enfrenten a desventajas sociales, políticas o económicas.

Por último considero interesante manifestar que la OIT considera al diálogo social y la negociación colectiva como una herramienta de política esencial para promover la igualdad de género en el mundo del trabajo en todos los ámbitos, y para determinar los términos y las condiciones de empleo. Por tanto, expresa, es necesario crear y fortalecer órganos tripartitos a fin de institucionalizar el diálogo social sobre cuestiones de género, impartir formación en igualdad de género y de remuneración a los negociadores, hombres y mujeres, de las tres partes e incluir un mayor número de negociadoras.

B) Objetivos de desarrollo del Milenio ONU. Informe 2010: (8)

El Objetivo N° 3 consistía en "Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer".

Y en el Informe del año 2010 relevó en relación a este objetivo y en particular a la igualdad de género en el mundo del trabajo que la situación vigente determinaba que "A las mujeres se les suele relegar a las formas de empleo más vulnerables".

Asimismo destacó que "Gran cantidad de mujeres trabajan en empleos informales, con la consiguiente falta de prestaciones y seguridad laboral."

Por último se identificó que "Los puestos en los niveles más altos siguen obteniéndolos los hombres, la diferencia es abrumadora. Los puestos más altos (oficial senior, gerentes) siguen siendo el dominio de los hombres. En todo el mundo, sólo uno de cada cuatro oficiales senior o gerentes son mujeres. Y en todas las regiones, las mujeres son minoría entre los trabajadores de alto nivel, habiendo obtenido el 30% o más de tales posiciones en sólo tres de 10 regiones. En Asia Occidental, Sur de Asia y Norte de África, menos del 10% de los puestos de alto nivel están en manos de mujeres."

C) Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe: (9)

En el Informe denominado "(Qué es Estado para la igualdad?", surgido de la Conferencia citada, desarrollada en Brasilia en julio de 2010 un párrafo que destaca recepta de modo brillante la problemática de la mujer en el ámbito laboral: "En la demanda de trabajo asalariado de las empresas se retoman los estereotipos de la capacidad de trabajo de las mujeres. De este modo, mediante procesos de contratación discriminatorios, se establecen correspondencias entre las ocupaciones o los oficios asignados a las mujeres y esos estereotipos.-...-. Para contar con una mano de obra disponible, mantener los costos salariales o contener el aumento de los salarios, reducir los costos ligados a las prestaciones por maternidad o los costos de la rotación de trabajadores, las empresas tienden a escoger distintos perfiles en concordancia con las obligaciones objetivas del cuidado y los estereotipos correspondientes. Cuando eligen mujeres jóvenes sin hijos, se trata de una discriminación en contra de las mujeres con responsabilidades de trabajo

reproductivo que va de la mano con el control del tiempo de la mano de obra. En la elección de mujeres adultas, casadas y con hijos subyace el supuesto de que las mujeres aceptan salarios bajos por la necesidad de financiar el cuidado y la reproducción de su familia. Esta estrategia convierte el cuidado como función social en un instrumento de discriminación y de control de la remuneración de la mano de obra."

D) Informe División de Asuntos de Género de la CEPAL sobre la Plataforma de Acción de Beijing. Año 2010 (10) (11)

En este documento se muestra el progreso de América Latina y el Caribe a 15 años de la aprobación de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) y a 5 años del documento del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (2000). Se subrayan especialmente los avances de los últimos 5 años, teniendo en cuenta que el período en revisión debe colocarse en la perspectiva de 15 años desde la adopción de la Plataforma de Acción.

El análisis se realiza sobre la base de las respuestas proporcionadas por los mecanismos nacionales al cuestionario elaborado por la División para el Adelanto de la Mujer de las Naciones, y dedica un apartado especial a "La Mujer y la economía".-

Bajo este título se mencionan por un lado los logros y por el otro los desafíos en la materia.-

Dentro de los logros se refiere que "la población económicamente activa femenina se incrementó, aunque sin llegar al nivel de participación económica de los hombres, y disminuyó el porcentaje de mujeres que se dedican al trabajo doméstico no remunerado, un trabajo no reconocido y marginal, pero con un valor muy importante para la sociedad.- ...- A los datos aportados debe sumarse la mejora del acceso al crédito de las mujeres micro emprendedoras, el impacto positivo de las políticas de reforma previsional y el reconocimiento de derechos a mujeres trabajadoras.

Y dentro de los desafíos el punto central consiste en "alcanzar mayores niveles de empleo formal para las mujeres e implementar políticas de igual empleo e igual salario."

Sobre la brecha salarial entre mujeres y hombres se expresa que la misma en muchos países supera el 30% y que afecta a las mujeres, ya que reciben menor remuneración aun cuando desempeñan igual tarea y tienen igual capacitación que los hombres.

Por último se expresa que uno de los problemas que enfrentan las mujeres que trabajan se asocia al cuidado de los hijos e hijas que no alcanzan la edad de escolaridad obligatoria.

E) Informe del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) (12)

En el año 2011 ELA emite un informe denominado "Las deudas del bicentenario: Una agenda de trabajo por los Derechos de las Mujeres en Argentina", en el cual se dedica un capítulo específico al tema aquí en estudio.- (13)

Así bajo el título "Derecho al Trabajo y autonomía de las Mujeres" se analiza en profundidad la situación de la mujer en el mercado laboral, y en especial en Argentina, y se esboza una sugerencia a implementar.-

Es necesario destacar que el referido informe es presentado por ante el Comité de la CEDAW.-

A continuación se transcriben los principales puntos de dicho informe los que considero de vital importancia a los fines del presente trabajo, y de allí la extensión de la cita.-

"El mercado laboral presenta una fuerte segmentación horizontal y vertical por sexo. De acuerdo con la información sistematizada por ELA: a) se registra una importante presencia de mujeres en ocupaciones de baja calificación; b) las mayores posibilidades de ingreso en el mercado laboral de las mujeres más calificadas no significa que logren paridad en la incorporación de los distintos sectores económicos; c) el sector económico se expandió en la última década (en el empleo asalariado privado formal, casi 7 de cada 10 empleos es ocupado por varones); d) existe una ausencia estatal de servicios de cuidado de personas dependientes, tarea que recae preponderantemente en las mujeres, quienes así ven coartadas sus posibilidades de desarrollo personal y profesional."

El nivel de segmentación en el empleo es mayor cuando se analiza su composición por sector. No se observan cambios significativos de esta tendencia en los últimos cuatro años, lo que conlleva a una baja participación

de la mujer en la industria y una fuerte concentración del empleo femenino en servicios.-....-

Las intervenciones estatales dedicadas a distribuir ingresos y servicios vinculados al cuidado de niños se restringen a cuatro acciones: a) las vinculadas al sistema educativo; b) el programa de asignaciones familiares y de Asignación Universal por Hijo, que representa una mejora sustanciosa en la disminución de la pobreza e indigencia, pero presenta límites en materia de garantizar derechos, c) los programas sociales que distribuyen bienes o servicios relativos al cuidado de los niños, nutricionales y de atención médica, d) el conjunto de programas de transferencias condicionadas de ingresos, en los que la presencia de menores hace elegible al hogar, asignándole a la mujer la "titularidad" del beneficio por cada hijo/a

En Argentina es palpable la falta de políticas públicas respecto del cuidado de menores, personas con discapacidad y adultos mayores, que recae en forma prácticamente exclusiva en las mujeres.-....-

Por lo apuntado, se sugiere lo siguiente: Los Estados manifiestan su preocupación por la persistente desigualdad de género en las posibilidades efectivas de acceso al empleo formal, y las consecuencias presentes y futuras que resultan para las mujeres y sus familias en términos de protección de la salud, acceso a beneficios jubilatorios y protección social. Se insta al Estado a tomar medidas para la disminución del trabajo informal de las mujeres. Asimismo, se requiere que informe qué políticas concretas se están adoptando en las distintas jurisdicciones del país para superar las situaciones de discriminación ocupacional que enfrentan las mujeres.

Los Estados manifiestan su preocupación por la falta de información sobre los servicios e infraestructura de cuidado que facilitarían la incorporación plena de las mujeres al empleo. Los servicios de cuidado para niños y niñas menores y para otras personas dependientes de la familia deben estar disponibles para el conjunto de la población y no sólo vinculadas con el empleo formal asalariado. "

F) Comité de la CEDAW. Evaluación de Informe de Argentina del año 2010 (14) Por último me refiero al Informe del Comité de la CEDAW en relación a un informe presentando por nuestro país de donde surge que Argentina no cumple con los parámetros de condiciones de igualdad en el sector laboral para hombres y mujeres, lo que es posible de generar Responsabilidad para el Estado.-

En ocasión de la Evaluación del Informe de Seguimiento del Sexto Informe periódico presentado por Argentina en julio de 2010 el Comité de la CEDAW formuló las siguientes recomendaciones a nuestro país: "El comité expresa preocupación por las desigualdades en las condiciones de trabajo para las mujeres en los sectores estructurado y no estructurado de la economía, por la persistencia de la segregación ocupacional y la concentración de las mujeres en empleos poco remunerados, por las disparidades salariales entre mujeres y hombres en los sectores público y privado"; por consiguiente, "El Comité insta al Estado parte a que adopte todas las medidas necesarias para garantizar una mejor aplicación de su legislación laboral, poner remedio a las desigualdades salariales... " (Párrafos 35 y 36)."

V.- PRINCIPALES ASPECTOS DE LA DESIGUALDAD:

Luego de revisar la estrecha relación entre las dificultades experimentadas por la mujer en el ámbito laboral, de analizar la normativa vigente en la materia y de hacer un repaso por los Informes Internacionales más importantes de los últimos años que relevan los datos a nivel mundial y regional sobre la problemática y emiten propuestas o planes de acción, estamos en condiciones de identificar y analizar los principales aspectos donde reside la desigualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.-

A) Brecha Salarial:

Uno de las mayores desigualdades vigentes es la brecha salarial entre mujeres y hombres.-

Una reciente nota periodística de Página 12 realizada por Luciana Peker titulada "El trabajo es de nosotras, la platita es ajena" (15), realiza una interesante recopilación de datos estadísticos del INDEC y el Ministerio de Trabajo que ponen en evidencia la brecha existente.-

Según datos el INDEC (que incluye a los trabajos no registrados) los varones

ganan en promedio un 36 por ciento más que las mujeres.-

Los datos del INDEC indican que los hombres trabajan más horas por semana (ellos 44 y ellas 33), suelen tener puestos más calificados y con mayor estabilidad laboral, y las mayores diferencias salariales se dan en Chubut, Misiones y Salta. En la Ciudad de Buenos Aires, los varones ganan 25 por ciento más. En los puestos más altos de las empresas (CEO), que sólo son ocupados por ejecutivas en un 7 por ciento, según la consultora Mercer, la brecha alcanza al 41 por ciento de diferencia entre sexos.

La brecha salarial, según las cifras oficiales (que no tienen en cuenta el trabajo en negro) del Ministerio de Trabajo, procesados con datos del tercer trimestre de 2011, varían según el rubro. Por ejemplo, no existe en la enseñanza, es del 15 por ciento en hotelería y restaurantes; es del 16,6 por ciento en comercio; es del 19,8 por ciento en servicios inmobiliarios, empresariales y de alquiler; es del 19,9 por ciento en la industria manufacturera; es del 23,4 por ciento en los servicios sociales de cuidado y de salud, y es del 27,8 por ciento en intermediación financiera y otros servicios financieros.

A su vez en el Ministerio de Trabajo tienen un estudio sobre brecha salarial de la Coordinación de Equidad de Género e Igualdad de Oportunidades en el Trabajo. El primer dato que muestran son las pocas mujeres que trabajan, por ejemplo, en la industria (18,5 por ciento), que es un área mucho mejor remunerada que el servicio, en donde hay un 42,9 por ciento de trabajadoras. Dime dónde trabajas y te diré cuánta plata te llevas a fin de mes. Esto quiere decir que si no se consiguen borrar patrones culturales que ponen a la mujer en el lugar de trabajadora del hogar, vendedora de ropa o en la guardia de una inmobiliaria, pero no manejando un colectivo o en la industria automotriz, va a ser difícil equiparar los salarios.

Por otra parte, el Centro de Estudios Mujeres y Trabajo a cargo de Estela Díaz realizó un completo informe sobre la caracterización de la inserción laboral de las mujeres en el periodo 2003-2009, donde la brecha salarial aparece como un aspecto central de la desigualdad imperante.- (16)

Se consigna en el informe que las evidencias muestran que la segmentación horizontal y vertical, ubica a las mujeres en sectores y en ocupaciones de baja productividad y, por tanto, de menor nivel de retribuciones monetarias.

En este mismo sentido, las mujeres trabajan en promedio menos horas, producto de la importante participación en empleos de jornada parcial, que también origina una brecha entre los ingresos laborales mensuales de varones y mujeres.

Las diferencias salariales por sexo se repiten sistemáticamente en perjuicio de las mujeres según diversas clasificaciones: edad, nivel educativo, posición en el hogar, condición de registro, entre otras.

Las diferencias más pronunciadas se presentan principalmente en los ocupados que alcanzaron nivel educativo inferior a secundario incompleto, dado que si bien la discriminación laboral está en todos los niveles educativos pero resulta mucho más fuerte entre las mujeres con menor educación formal alcanzada.

El no registro de la relación laboral aparece como un factor que amplifica la diferencia de las remuneraciones según sexo.

Por lo tanto, admite el informe del CEMyT, "en el conjunto de los asalariados registrados posiblemente las instituciones laborales del salario mínimo y de la negociación operen positivamente para reducir la brecha de ingresos. En el único caso que no disminuye la brecha de ingreso por condición de registro es entre los universitarios que constituye un segmento del empleo que tradicionalmente se encontró excluido de la protección sindical y de la negociación colectiva."

B) Diferencias que nacen de las responsabilidades familiares y domésticas:

El informe del CEMyT referido en el apartado anterior, manifiesta en este aspecto que "La asimetría en la distribución de las responsabilidades familiares entre los miembros de los hogares condiciona las oportunidades de participación laboral de las mujeres en empleos económicamente remunerados. Durante gran parte del siglo pasado la fuerte segmentación social de las responsabilidades familiares determinó que el hombre cumpliera las funciones de proveedor de ingresos y que la mujer se encargara de la provisión del trabajo doméstico no remunerado ni reconocido como trabajo. Si bien se está

modificando la organización de la sociedad en base a los roles rígidos de género, lo cierto es que todavía sigue recayendo mayoritariamente sobre las mujeres las responsabilidades relativas al cuidado de las personas dependientes (niñas, niños, adultos mayores, enfermos, etc.) y las actividades domésticas en el hogar. Estas desigualdades se manifiestan en el mercado de trabajo, específicamente en indicadores tales como la segmentación horizontal y vertical-, en la brecha salarial, en la tasa de desempleo, y en la calidad del empleo."

En ocasión de un trabajo realizado recientemente junto a la Lic. Julieta Marucco titulado "Mujer y Trabajo", realicé algunas consideraciones sobre el punto aquí en estudio, las que reitero a continuación.- (17)

Es necesario resaltar que cultural y socialmente la mujer tiene asignado su rol principal en la esfera doméstica. Debe ser ama de casa, madre y esposa. Y entonces si osa insertarse en la esfera pública, y por tanto en el mercado laboral, deberá asegurarse de no descuidar sus otros roles para no ser juzgada de forma negativa. Así, cuántas veces hemos escuchado: "es una mala madre", "desatiende a su familia". De esta forma la mujer que quiere desarrollarse profesionalmente, deberá resignar horas de descanso y convertirse en una malabarista para que su mundo privado y su mundo público funcionen en perfecto equilibrio. Esta situación es conocida como doble o triple jornada laboral.

En el Informe del a CEMyT se expresa en relación a lo por esta parte manifestado que "Se expande el modelo de "doble presencia" de las mujeres en el mundo productivo y reproductivo, ya que aumenta su participación en el mercado de trabajo aunque no disminuyan las responsabilidades reproductivas y sociales. Por su parte, las mujeres pobres devenidas en trabajadoras extradomésticas, se exponen a la "triple jornada", de servicio-hogar, actividad laboral y atención comunitaria, lo que aumenta aún más sus cargas y responsabilidades y posibilidades de inserciones equitativas en el mercado de trabajo."

Considero oportuno citar aquí a la brillante Dora Barrancos, investigadora del CONICET, quien, en referencia a la situación expresa ut supra, introduce un novedoso concepto "la revolución doméstica". Así en una entrevista realizada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género y en su charla inaugural de las XI Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres y VI Congreso Iberoamericano de Estudios de Género realizadas en San Juan en Septiembre de 2012, la que tuve la suerte de presenciar, sostiene "Los varones tienen todo el tiempo del mundo, las mujeres debemos gerenciarlo con mucha prudencia e inteligencia. No hemos podido hacer la revolución doméstica y la organización del hogar y la familia sigue a cargo de las mujeres. Aunque es verdad que los varones hoy día están muy entusiasmados con una nueva tarea, les encanta ir al supermercado" Y continúa diciendo "Tenemos la tremenda plasticidad de encargarnos de las tareas domésticas y el cuidado de los niños, de realizar un trabajo académico, afrontar un debate en la intendencia, participar en una mesa de trabajo en la legislatura o concejo deliberante.

Es decir que cuando los varones pierden tiempo, ganan poder, pero cuando nos ocurre a las mujeres sentimos un vacío incommensurable, nos ataca la culpa".

Incorporo entonces el concepto de revolución doméstica, y planteo que la asunción por parte del hombre de las tareas y responsabilidades domésticas en igualdad con la mujer, es un factor determinante para lograr la igualdad en el plano laboral. Si por ejemplo tanto el hombre como la mujer tuvieran iguales responsabilidades en la crianza de sus hijos, el empleador se interesaría en preguntar, cuando entreviste a un hombre, si cuenta con gente para dejar a cargo de sus hijos cuando se encuentre en el trabajo, al igual que hoy lo hace solamente en las entrevistas a mujeres.

Por último señalo que la consecuencia directa de mayores responsabilidades familiares en cabeza de la mujer, es la existencia de gran porcentaje de mujeres empleadas a tiempo parcial.-

C) Diferencias en el colectivo de las mujeres:

El informe del CEMyT marca este interesante punto del que surgen varias consideraciones.-

En primer lugar, aparece que las mujeres con menor nivel de educación formal participan en menor grado del mercado laboral que las mujeres con nivel educativo más elevado. Y la brecha de género tiende a cerrarse a medida que aumenta el nivel educativo de las mujeres.

En segundo lugar, es necesario resaltar que las posibilidades de inserción de las mujeres en el mercado de empleo resultan muy diferentes según el estrato socioeconómico al que pertenecen. Se comprueba que las mujeres de hogares de bajos ingresos participan en menor medida del mercado de trabajo que las que provienen de estratos altos crece la tasa de participación de las mujeres que pertenecen a los hogares de estratos altos favorecidas por su mayor nivel educativo y por la posibilidad de transferir, aunque sea parcialmente, las responsabilidades domésticas.

Y en tercer lugar, la desigualdad se ve reflejada de distinto modo en las distintas regiones del país. Así en las regiones más pobres que se encuentran en el norte del país son las que registran menores tasas de participación laboral.

D) Segmentación Ocupacional:

En este punto retomaremos algunas de los conceptos abordados en el primer punto del presente trabajo cuando me refiriera a la relación entre la Desigualdad en el ámbito laboral y los estereotipos de género.-

El informe del CEMyT refiere en este punto al concepto de "Segmentación Ocupacional", el que sirve para identificar la polarización de la mujer en determinados sectores, estratos y cargos del mercado laboral, reconociendo ésta dos variantes:

a) La Segmentación Horizontal, que es la que relega a la mujer en ocupaciones catalogadas como típicamente femeninas que representan una continuación de las tareas que las mujeres desarrollan habitualmente en los hogares y que se basan en los estereotipos de género. El resultado de la segmentación horizontal se refleja en una sobre-representación de las mujeres en el sector de servicios, en particular, en las áreas del servicio doméstico remunerado, en el área de educación, en servicios de salud y en servicios personales. Por su parte, en ciertas ramas de la industria y en la construcción los varones están sobre-representados, al igual, que en las actividades de transporte.

b) La Segmentación Vertical, más conocida como "Techo de Cristal", implica que se excluye a las mujeres de los puestos que cumplen funciones jerárquicas de dirección y las relega en los puestos de menor calificación y de escasas posibilidades de progreso. En este sentido, se les impone a las mujeres un umbral que determina escasas perspectivas de ascenso y un desarrollo de la carrera profesional mucho más limitado.

Es información valiosa para visualizar el techo de cristal el "Mapa de género de la justicia argentina", realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación. El relevamiento, que tuvo como fecha de corte octubre de 2009, permitió observar que si bien el poder judicial está integrado mayormente por mujeres, sus posibilidades de acceso a cargos decisarios disminuyen a medida que aumenta la jerarquía de los tribunales.

(18)

Esta segmentación en sus dos formas, es una clara consecuencia de trasladar los estereotipos de género, que lamentablemente aun imperan en nuestra sociedad, al ámbito del trabajo con sus consecuencias discriminatorias para las mujeres. Me remito en todo a lo expuesto en el primer punto de este trabajo.-

E) Precariedad laboral:

La segregación del mercado de trabajo relega a las mujeres a desempeñar tareas y acceder a empleos en ramas de menor calidad. La discriminación en el mercado de trabajo, en estos casos, aparece solapadamente acotando las posibilidades laborales de las mujeres.

La Lic. Julieta Marucco expresa en este punto que "Se plantea con más fuerza que la mujer trabaje por fuera del hogar. Pero no para igualar su condición y aptitud para el trabajo o por su independencia económica, sino por una necesidad productiva. Ahora bien, en Argentina el ingreso mayoritario de las mujeres al mercado laboral, también se da a partir de una crisis económica. La mujer entra al mercado laboral porque el salario del jefe de familia no alcanza. O porque su marido ha sido despedido como producto del cierre de fábricas. Por lo cual, el mercado laboral absorbe a mujeres que pasaron muchos años en el hogar, sin ningún tipo de experiencia laboral y mucho menos sindical. Es decir que han tomado el trabajo femenino como una variable de ajuste. Justamente la tasa de participación económica femenina aumentó de forma sostenida en la década del '90. Exactamente en el momento de mayor privatización, comienzo de una época de cierre de industrias y rebajas

salariales. Se toma el trabajo femenino para complementar un salario que no cubre la canasta básica familiar. Y como sujeto inexperimentado en luchas laborales y de costo laboral menor.

La mujer aparece entonces en el mercado del trabajo como un factor de la precarización laboral, dato claramente alarmante. Y no es menor el hecho de cómo expresa la Licenciada, la mujer no tenga experiencia sindical, puesto que ello deriva en que sea fácilmente utilizada su fuerza de trabajo como mera mercancía, lo que revela una total carencia de condiciones laborales dignas para las mujeres.

El informe del CEMyT analiza la situación del trabajo no registrado, que en gran parte es realizado por mujeres. Así se expresa que "El empleo en el servicio doméstico, desempeñado por las mujeres de forma casi exclusiva, es un ejemplo paradigmático de este aspecto de la inequidad de género. Pero también se pueden citar los casos del comercio, la gastronomía, la industria de la confección y del calzado que son sectores en los que se demanda mano de obra femenina y simultáneamente la forma de inserción predominante se origina a través del no registro."

Y de la falta de registro de la relación laboral se deriva la falta de Seguridad Social, toda vez que un trabajador no registrado no cuenta con cobertura de salud, no aporta para su jubilación, no percibe asignaciones familiares, ni subsidio por desempleo en caso de extinción del contrato laboral. Probablemente, tampoco cuente con protección sindical, ni con la aplicación de los derechos derivados de los convenios colectivos de trabajo.

Por tanto, las mujeres sufren una doble discriminación: la del mercado de trabajo que las segregá y la de la seguridad social que las excluye de su protección.

VI.- MUJER Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO:

Considero fundamental la capacitación de la mujer trabajadora en el derecho colectivo del trabajo para que pueda ocupar los espacios sindicales, que están mayoritariamente ocupados por hombres, y así poder luchar por sus derechos, que en algunos casos coinciden con los intereses y derechos de los hombres trabajadores, y en otros exceden a estos, como todo lo vinculado a la maternidad, lucha contra el acoso sexual, violencia de género, entre otros.

A) Cupo sindical femenino:

En este punto debo reiterar la existencia de la Ley 25.674 y su decreto reglamentario, de los años 2002 y 2003 respectivamente, la que fuera citada en el punto dedicado a la normativa vigente.-

La referida ley conocida con el nombre de "Ley de Cupo Sindical Femenino", resulta de vital importancia para garantizar la participación de las mujeres en los cargos electivos de los sindicatos y, por otro lado, para que integren las comisiones negociadoras de los convenios colectivos. Excede al objeto del presente trabajo el estudio pormenorizado del contenido de dicha norma.-

Sin embargo, luego de varios años de la sanción de dicha ley la mujer no es aún parte activa de las asociaciones sindicales y de las negociaciones colectivas.

Y a pesar de la verificación de incumplimientos respecto del cupo de mujeres en los cargos sindicales y las mesas de negociación colectiva, no se conocen antecedentes de denuncias en relación con la falta de cumplimiento de la legislación vigente.-

B) Cláusulas de Género en los Convenios Colectivos:

Receptando la necesidad de participación de la mujer trabajadoras en el ámbito colectivo del trabajo, en diciembre de 2011 las especialistas Nora Goren y Estela Díaz, integrantes del CEMyT, realizaron un trabajo titulado "La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la equidad de género y diversidad" (19)

De dicho trabajo surge como eje central la incorporación de la perspectiva de género en la negociación colectiva, más allá de las dificultades que esto conlleve, dada "la escasa presencia de mujeres en las mesas de negociación y conducción sindical, y la invisibilidad en la agenda de políticas de empleo y el mundo del trabajo de las asimetrías vinculadas a las relaciones de género".

Y aparece en el trabajo referido una interesante propuesta posible de aplicar para que la incorporación de la perspectiva de género no se vuelva algo

ilusorio o irrealizable en la práctica.

Así se refieren las especialistas a la incorporación de Cláusulas de Género en los Convenios Colectivos de Trabajo.-

Dichas cláusulas podrán ser de tipo generales o declarativas, conteniendo principios que rigen la cuestión de manera constitucional y legal. Se pretende que el poder de divulgación de las mismas sea un paso importante a llevar adelante, y logre un efecto positivo y de concientización en el ámbito laboral específico donde se aplique el convenio.

Así puede resultar una buena práctica colectiva incluir en el convenio el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, adaptándolo en su caso a la empresa o sector de referencia.

Por otra parte, las cláusulas podrán ser específicas, considerando alguno de los siguientes aspectos a ser receptados por las mismas: Acceso al empleo, Formación y promoción profesional, La clasificación profesional y los sistemas retributivos, La corresponsabilidad de la vida laboral y familiar y Violencia laboral.-

Estela Díaz, Secretaria de Género de la CTA, refiere una experiencia exitosa en este sentido en el Sindicato del Neumático de la CTA, que ha sido pionero no sólo en la discusión de las cláusulas de género.

Cuenta Díaz que "En el convenio del 2007 incluyeron una cláusula de igualdad de oportunidades, en el convenio que firmaron en el año 2011 incluyeron una cláusula para favorecer la presencia de mujeres en la producción. Esto es importante, no hay mujeres trabajando en el sector, y al único que obedece hoy, con toda la automatización que existe, no es trabajo pesado, en realidad obedece a razones culturales que no haya presencia de mujeres."

La cláusula incorporada en el año 2011 expresa textualmente: "Las empresas se comprometen a adoptar medidas de acción positiva, durante la vigencia del presente Convenio Colectivo, que posibiliten la participación efectiva de las mujeres en la industria del neumático."

Continúa expresando Díaz que "Estas barreras se derriban con políticas activas, la negociación colectiva es una herramienta clave y además lo que debería ser muy importante es que en las mesas de diálogo, como las comisiones tripartitas de igualdad de oportunidades que tenemos en el Ministerio de Trabajo, alienten para que esto no sea una experiencia aislada que podamos mostrar en un cuadrito, sino que realmente cada día sean políticas más inclusivas, más generales en relación cuando miramos el tema del trabajo, también políticas de formación profesional."

VII.- FALLOS:

La desigualdad de género en el ámbito laboral, entendiendo ésta como una grave violación de los derechos humanos, que perjudica a las mujeres, ha sido receptada en numerosos pronunciamientos judiciales, que marcaron la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el mercado del trabajo.

A continuación se destacan tres fallos considerados por esta parte dentro los más trascendentales en la materia.-

Cada uno de los tres fallos elegidos aborda distintos momentos de la relación laboral en los que la mujer es víctima de discriminación.-

A) Discriminación en el acceso al empleo:

En el primer fallo que se analiza, la discriminación era padecida por las mujeres en el acceso al empleo, viendo restringida su posibilidad de ser contratadas por la Cadena de Heladerías Freddo por el solo hecho de ser mujeres.-(20) (21)

El proceso judicial contra la empresa Freddo S.A. se inicia cuando un colectivo de mujeres nucleados en la organización de la sociedad civil denominada "Fundación Mujeres en Igualdad" inicia este amparo colectivo contra la referida empresa alegando que ésta realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala la organización que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, la demandada rechazaba la contratación de personal femenino.

La cuestión llega a la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que el 16 de diciembre del año 2002 emite un interesante y trascendental pronunciamiento condenando a la empresa a que "en el futuro, sólo contrate 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."

Para llegar a este decisorio los magistrados realizan un interesante recorrido por la normativa internacional y constitucional de los derechos humanos en materia de no discriminación e igualdad de género.

A continuación cito alguno de los considerando que estimo de mayor interés:

Expresan los magistrados que "La no discriminación por razón del sexo, en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por "antes" el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva."

Y continúan diciendo que "Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, 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 uno de sus últimos considerandos del fallo manifiestan los magistrados que "...si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predictable 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."

Particular consideración merece el análisis que realiza la Cámara en relación a los conflictos de probanza que los casos de discriminación generan para las víctimas de dichos actos. Para contrarrestar esta dificultad el Tribunal admite la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, o más bien la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, exigiendo su producción a quien esté en mejores condiciones de hacerlo.

Así expresan los miembros de la Cámara que "Esta Sala ya resolvió, por mayoría, que "Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40)."

Demás está decir que el fallo reviste una singular importancia en la lucha contra la discriminación sufrida por la mujer en el mercado laboral, y mediante una condena que contiene una medida de acción positiva busca contrarrestar las desigualdades que la empresa demandada realizaba en la selección de personal.-

Se establecía dentro de la condena que la empresa debía acreditar el cumplimiento de la manda judicial mediante la presentación de informes periódicos, y que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del fallo daría lugar a la aplicación de una multa a determinarse oportunamente.-

Pues bien, la empresa no obedece la orden judicial y es por ello que en el año 2004 es condenada a pagar una multa de cuatro mil pesos, más la suma de trescientos pesos por cada día que siguiera desoyendo a la Justicia.-

Asimismo el magistrado que dicta este último pronunciamiento, del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 16, Dr. Dávolos, remite el expediente a la Justicia Penal para que se evalúe si pudo existir desobediencia a una orden judicial.

Y más allá que pueda considerarse irrisorio el monto de la multa, en relación a la magnitud del giro empresario condenado, estos pronunciamientos constituyen un paso muy importante en la deconstrucción de los estereotipos de género que impiden a la mujer su inserción en el mercado laboral en iguales condiciones que el hombre.-

Un año después de la aplicación de la multa, si bien la empresa contratado un

alto porcentaje de mujeres, no pertenecían a la planta estable, sino que eran temporarias. La historia cambia en el informe que cubre de octubre 2006 a septiembre 2007: el porcentaje de mujeres alcanza alrededor del 49 por ciento.

B) Discriminación durante la vigencia de la relación laboral: El Techo de Cristal

A continuación se analiza un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo contra el Diario La Nación, muy interesante y relevante a los fines que aquí nos ocupan, y de reciente data, ya que fue emitido el 18 de febrero de 2013.- (22) (23)

Resumidamente el caso es el de una mujer que reclamaba la indemnización por los daños sufridos en su trabajo a consecuencia de un caso de violencia de género y acoso moral por ella padecido.

En el caso surgía acabadamente de la prueba producida, principalmente la de testigos, que la víctima había sido discriminada por el solo hecho de ser mujer. Se le negó incluso un acenso y debió entrenar la víctima a quien ocuparía el puesto superior que a ella le había sido negado.

Así las cosas, el Tribunal considera aplicable al caso las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7) y de CEDAW (art. 11), en cuanto fijan estándares internacionales de derechos humanos referidos a la igualdad entre varones y mujeres en materia de empleo. Invoca además la Convención Belem do Para que en su artículo 6º refiere a que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y de toda discriminación incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada al margen de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

La Cámara cita dentro de sus considerandos la Evaluación que el Comité de la CEDAW realiza sobre el Estado Argentino, el que ya fuera analizado en este trabajo en el punto referido a los Informes de los Organismos Internacionales que abordan la problemática, al cual me remito.-

La camarista Vázquez, en su voto señala que la situación de discriminación laboral padecida por la actora "se encuadra dentro del fenómeno que los estudios de género denominan procesos de segregación ocupacional vertical, manifiestos en la baja participación de mujeres en los niveles más altos de responsabilidad -puestos jerárquicos, directivos o de especialización superior- en gran cantidad de áreas de la actividad económica". Esta dinámica de desigualdad, dice la jueza, encuentra su origen "en los obstáculos materiales y simbólicos con que las mujeres deben lidiar en diversos frentes, entre los que cobran especial trascendencia aquellos falsos supuestos que, con frecuencia, se asumen acerca de los roles femeninos -y de los masculinos- en donde se enfatiza la superioridad masculina apoyada en el mito de que es el varón quien trabaja, provee el sustento principal y resulta más apto para el contacto con el mundo exterior y, por consiguiente, sitúan a la mujer en un lugar de subordinación". Para ilustrar este fenómeno de segregación por sexo, frecuentemente se apela al concepto de "techo de cristal" (glass ceiling), una metáfora que da cuenta de las barreras invisibles -pero reales- que dificultan a las mujeres ascender a los puestos más altos. "Tal es la situación de P., quien claramente debía enfrentar obstáculos que dificultaban la optimización de su rendimiento laboral, y que no recibía el mismo trato ni oportunidades que los trabajadores varones", concluye la magistrada.

Y por último cito un párrafo de los considerandos del fallo donde se manifiesta que existiendo el marco legal nacional e internacional apropiado para combatir esta desigualdad, es necesario ahora que la sociedad tome conciencia de todo aquello que las leyes expresan. Dice el fallo "El marco normativo internacional y nacional es amplio y suficiente en lo que respecta a los derechos humanos de las mujeres, de modo que la eliminación de los roles estereotipados de varones y mujeres -y de la discriminación que esto implica- constituye una obligación del conjunto de la sociedad y, en consecuencia, también pesa sobre las organizaciones empresariales que tienen el deber de hacer más equitativas e incluyentes sus propias estructuras funcionales, objetivo que no podrá alcanzarse si se deja de lado el problema de la inequidad de género".-

Con éstos y otros fundamentos, se condena a la demanda a resarcir a la actora el daño material y el daño moral que la discriminación de género de la que fuera víctima generó en su persona.-

C) Discriminación en la extinción de la relación laboral: Despido fundado en el embarazo (24)

El último caso que aquí se analiza corresponde a una mujer que sostiene judicialmente que su despido obedeció a su sexo y estado de gravidez.

La cuestión fue rechazada por el juez de primera instancia., razón por la cual los autos llegaron a la Cámara de Apelaciones del Trabajo, a la Sala III, la cual entendió que el despido de la actora constituyó un acto discriminatorio motivado en su estado de embarazo, y que por ello corresponde disponer la nulidad del despido, la reinstalación de la actora al puesto de trabajo y la reparación del daño moral.

Los magistrados en su fallo invocan la vigencia en el caso del art. 11 inc. 2 a) de la CEDAW, y de las leyes nacionales 23.592 y 26.485.

Es interesante destacar alguno de las expresiones del voto de la Dra. Diana Regina Cañal, quien primeramente hace un análisis en relación a la mecánica probatoria en este tipo de causas, en consonancia con lo que fuera referido sobre el punto en el primer fallo analizado.-

Así expresa la Dra. Cañal que "no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes en tal sentido (conf. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos.-...- "

En relación a la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada, la Dra. Cañal expresa que este derecho "se encuentra garantizado por el art. 11 inc. 2 a) de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", el que reviste jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22) que establece: "a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán medidas adecuadas para:

a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y las discriminaciones de los despidos sobre la base del estado civil.-...- Nuestro país acató dicha manda constitucional, sancionando las leyes 23592 (Discriminación) y 26485 (ley de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales), entre otras.-...- Conforme dicha normativa, la pérdida de la estabilidad laboral por causa de embarazo, constituye un caso de violencia laboral y de discriminación contra la mujer."

Y concluye la Dra. Cañal considerando "plenamente aplicable a la especie el decreto de conducta discriminatoria, en el marco de la ley 23592, pues la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la señora G., haya tenido causas reales extrañas a la discriminación por embarazo."

VIII.- CONSIDERACIONES FINALES:

Hasta aquí he realizado un extenso recorrido por la problemática de la discriminación que sufre la mujer en el ámbito laboral por la sola razón de su pertenencia a un determinado género y sexo.-

Luego de analizar los Informes de Organismos Internacionales y los tres fallos jurisprudenciales aquí examinados, no quedan lugar a dudas que en la actualidad las desigualdades de género en el mundo del trabajo son aun profundas, y no han podido ser disminuidas considerablemente, ni menos aún eliminadas, pese a existir normas internacionales y nacionales que castigan las prácticas discriminatorias a la mujer en el empleo, entendiendo estas prácticas como violaciones de los derechos humanos fundamentales de las mujeres.-

Es entonces, que más allá de las grandes luchas realizadas por los colectivos de mujeres en la defensa de sus derechos, aun hoy subsisten importantes desigualdades de género, fundadas en estereotipos culturales, que impiden que la mujer pueda acceder a un empleo, gozar de un salario, tener posibilidades de ascenso, entre otros aspectos, en igualdad con sus pares hombres.-

No existen hoy en día tareas que deban ser desempeñadas necesariamente por uno u otro sexo, pues las únicas razones que en todo caso podrían determinar que un determinado trabajo deba ser realizado por hombres o mujeres serían razones biológicas, todas las demás razones se corresponderán con concepciones estereotipadas del hombre y de la mujer.

Un ejemplo de ello es que no siempre el hombre es biológicamente más fuerte que la mujer con lo cual no habría razón para que se prive a la mujer de un trabajo que requiera mayor fuerza física. E incluso en la industria, lugar

donde la inserción de la mujer es muy escasa, gran parte de las tareas pesadas han pasado a ser automatizadas, por lo cual la fuerza física ya no es excluyente.-

Y si bien la mujer ha abandonado la lógica del siglo pasado de acuerdo a la cual su ámbito de injerencia y acción era el mundo privado, la casa, las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, y ha incursionado en el ámbito público y en el mundo del trabajo, aun recaen sobre ella las mayores responsabilidades familiares y domésticas. Ello da lugar a que la mujer trabajadora deba experimentar lo que se conoce como "doble jornada", es decir por un lado su jornada laboral, y por el otro su jornada familiar y doméstica, con la sobrecarga de ocupaciones que ello genera. Y muchas veces esta situación determina que no pueda cumplir más que trabajos que los de tiempo parcial.-

En este sentido, la falta de servicios de cuidados a cargo del Estado y de las empresas privadas, donde la mujer pueda delegar el cuidado personal de sus hijos es un gran obstáculo para la inserción laboral de la mujer en condiciones de igualdad.-

Es entonces que de lo aquí manifestado, y de todo lo expresado en este trabajo, surge que las inequidades de género en el mercado de trabajo aún persisten y a la sociedad le queda un largo recorrido por transitar para derribar toda expresión de inequidad, en particular, la de género.

IX.- CONCLUSIONES:

Se proponen las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Es momento para nuestra sociedad de comenzar a destruir patrones culturales que nos impiden avanzar en la lucha por la igualdad y es menester rever aquellos estereotipos de lo masculino y lo femenino que determinan una desigualdad de la mujer en el mundo del trabajo.-

SEGUNDA: El derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional postula la igualdad y la no discriminación en el empleo, y nuestro derecho interno ha sancionado normas específicas sobre la materia, pero en tanto no opere un cambio en la sociedad que permita "mirar la vida con perspectiva de género", dichas normas serán poco más que una expresión de deseos. Para que opere este cambio será necesario fomentar la educación con perspectiva de género en todos los niveles.-

TERCERA: Para que la mujer pueda insertarse en el mundo laboral en igualdad de condiciones con el hombre deberá producirse una "revolución doméstica" a través de la cual las responsabilidades familiares y domésticas de distribuyan entre ambos sexos en partes iguales. Mientras tanto deberá pregonarse la multiplicación de Servicios de cuidados públicos y privados.-

CUARTA: Resulta de vital importancia la capacitación de las mujeres trabajadoras en cuestiones relativas al derecho colectivo del trabajo, así como su participación en las organizaciones sindicales y negociaciones colectivas para velar por la defensa de sus derechos en el ámbito laboral. La aplicación efectiva de la Ley de Cupo Sindical es una medida propicia para la paulatina incorporación de la mujer en este ámbito.-

QUINTA: En el derecho colectivo del trabajo la incorporación de Cláusulas de Género de contenido generales y específicos en los Convenios Colectivos constituyen una herramienta de acción positiva para paliar a mediano y largo plazo la discriminación sufrida por la mujer en el mundo del trabajo.-

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 9 DE DICIEMBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis , Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.37, Constitución Nacional Art.75, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.172, Ley 23.592, LEY 25.674, LEY 26.485, Ley 23.179, Ley 23.313, Ley 24.632, LEY 26.171,

REF. BIBLIOGRAFICAS

- 1) Mujer y trabajo, por la Lic. Julieta Marucco y la Dra. Romina Guadagnoli, publicado en Edición Revista N° 97. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. Publicado el 04-06-2013 www.eft.org.ar y en www.infojus.gov.ar Sección Doctrina en fecha 26/06/2013
- 2) Exposición realizada por Nora Goren, Investigadora en el Centro de Estudios de Mujeres y Trabajo, en el Módulo I del Curso Virtual de la Dirección Nacional de Formación en Derechos Humanos Curso "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social" www.campusdh.gov.ar
- 3) <http://www.infoleg.gov.ar>
- 4) <http://inadi.gob.ar> Documentos inclusivos para la construcción de una sociedad igualitaria. Género y discriminación. "Marco jurídico sobre los derechos de las mujeres"
- 5) <http://www2.ohchr.org>
- 6) <http://www.celem.org/>
- 7) Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009 Informe VI La igualdad de género como eje del trabajo decente Sexto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo Ginebra www.ilo.org
- 8) Objetivos del Desarrollo del Milenio. ONU. Informe 2010. Documento extraído del material de estudio del Curso Virtual de la Dirección Nacional de Formación en Derechos Humanos Curso "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social" www.campusdh.gov.ar
- 9) (Qué Estado para qué Igualdad? Informe del Observatorio de Igualdad de Género, CEPAL, 2010 www.eclac.org/publicaciones/xml/6/40116/Que_Estado_para_que_igualdad.pdf Documento extraído del material de estudio del Curso Virtual de la Dirección Nacional de Formación en Derechos Humanos Curso "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social" www.campusdh.gov.ar
- 10) Comisión Económica para América Latina y el Caribe. División de Asuntos de Género. Examen y Evaluación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing www.cepal.org
- 11) En junio de 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) estableció la Comisión sobre el Estatus de la Mujer (CEM) para garantizar la facultación de la mujer y la igualdad de género), y para proveer recomendaciones al Consejo sobre los obstáculos referentes a los derechos de la mujer en los campos político, económico, civil, social y educativo. A lo largo de los años, la CEM ha organizado diversas conferencias a fin de reafirmar y mejorar los derechos de la mujer. Hasta ahora, se ha celebrado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer. Las conferencias han buscado unificar a la comunidad internacional con una serie de objetivos comunes y con un plan de acción eficaz para el adelanto de la mujer en todas partes y en todos los ámbitos de la vida pública y privada. En marzo de 2010 se cumplió el 15° Aniversario de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (Beijing +15). Y dentro del marco de la 54& Sesión de la CEM, la Asamblea General de la ONU realizó un seguimiento de los avances por parte de los gobiernos en la aplicación de los objetivos de la Plataforma de Acción de Beijing. www.un-nngs.org/
- 12) ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género ("ELA") es una asociación civil sin fines de lucro constituida conforme a las leyes argentinas, con el objetivo de promover la equidad de género y la plena vigencia de los derechos de las mujeres a través del derecho y las políticas públicas. Fundada en mayo de 2003, está integrada por un equipo de especialistas con trayectoria en el Estado, las Universidades y Centros de Investigación, Organismos Internacionales, práctica jurídica y organizaciones no gubernamentales (ONGs).
- 13) "Las deudas del bicentenario": UNA AGENDA DE TRABAJO POR LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN ARGENTINA INFORME SOMBRA Y OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE LA CEDAW AL ESTADO ARGENTINO" Informe elaborado por ELA- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Febrero de 2011 www.ela.org.ar
- 14) <http://www2.ohchr.org>
- 15) "El trabajo es de nosotras, la platita es ajena", por Lucía Peker, publicado en fecha 23/08/2013 en la sección Equidad del diario digital

<http://www.pagina12.com.ar>

16) "CARACTERIZACION DE LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES EN EL PERIODO 2003-2009. INFORME N° 1" Trabajo realizado por el Centro de Estudios Mujeres y Trabajo. Coordinadora: Estela Díaz Equipo de investigación: David Trajtemberg y Nora Goren o.

17) "Mujer y Trabajo", obra ya citada

18) "Mapa de Género de la Justicia", realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2009. www.csjn.gov.ar

19) "LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO MECANISMO DE PROMOCIÓN DE LA EQUIDAD DE GÉNERO Y DIVERSIDAD". Trabajo realizado por el Centro de Estudios Mujeres y Trabajo. Coordinadora: Estela Díaz Investigación: Nora Goren. Diciembre de 2011. Documento extraído del material de estudio del Curso Virtual de la Dirección Nacional de Formación en Derechos Humanos Curso "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social" www.campusdh.gov.ar

20) CASO FREDO Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Buenos aires, 16 de diciembre de 2002. <http://www.uca.edu.ar>

21) "Fallo por discriminación sexista", por Olga Santoro, publicado en fecha 13/09/2004 en el diario digital <http://www.pagina12.com.ar>

22) SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 8846 - CAUSA NRO. 32.797/2010 - AUTOS: "P. M.A. C/ SOCIEDAD ANONIMA LA NACION S/ DESPIDO" - JUZGADO NRO. 1 SALA I

23) "LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA: El techo de cristal", por Mariana Carabajal, publicado el 30/04/2013 en la sección Sociedad del diario digital <http://www.pagina12.com.ar>

24) SENTENCIA NRO. 92702 CAUSA Nro. 30300/08 AUTOS "G. L. A. C/ U. d. B. A. S/ DESPIDO". -JUZGADO Nro. 6.- CNTA sala III, de fecha 24/8/2011

El trabajo y la escuela: dos espejos de la calle

Texto completo

PÉREZ DEL VISO, ADELA

Publicación: Revista Científica Equipo Federal del Trabajo (www.eft.org.ar) - Revista 76., 4 DE SETIEMBRE DE 2011

TEMA

MOBBING:DEFINICION;CARACTERISTICAS-VIOLENCIA:EFFECTOS;CLASIFICACION-EDUCACION

TEXTO

Los comportamientos denominados Mobbing y Bullying forman parte de otro fenómeno social que los comprende, cual es el de la Violencia. Si definiéramos la violencia sólo como un comportamiento que provoca daños físicos o psicológicos a otros seres, nos estaríamos quedando en lo aparente, sin indagar causas, circunstancias transversales, contextos en que la violencia puede darse, pertenencia del fenómeno a otro mayor.

Así ocurre cuando los medios de comunicación hegemónicos nos relatan casos de atracos callejeros, desde robos de carteras hasta asaltos seguidos de muerte; o bien la lucha de jóvenes en una escuela, enfatizando siempre los resultados: los jóvenes y/o docentes que resultaron heridos, cuando no algo peor.

Sin embargo, existen muy diversos modos de violencia. Hay ciertos modos que son olvidados a la hora de evaluar resultados, atracos, bajas, golpes, piquetes, robos, peleas. Esos modos de violencia fueron anteriores al epifenómeno, y pueden llegar a explicarlo, si nos tomamos el trabajo de indagar por su existencia.

La Violencia Estructural:

Un cura portorriqueno de Nueva York, psicólogo y educador, llamado Luis Barrios, considera que "no es posible explicar la violencia personal o interpersonal sin un claro entendimiento de su relación con la violencia institucional y estructural. de allí que todo proceso de intervención debe tomar en consideración la experiencia de la concientización a través del cual las personas reconocen la necesidad de no sólo cambiar sus conductas de violencia sino también cambiar las estructuras de opresión y exclusión de nuestra sociedad. La violencia presenta diversas formas. ... Muy en particular la violencia por omisión, la cual cae dentro de la categoría de violencia indirecta, la cual se distingue por no asistir a los seres humanos que están en peligro. También se hace necesario que entendamos que la violencia tiene un carácter histórico y por consiguiente es imposible entenderla fuera del contexto social en que se produce. No sigamos tapando el cielo con la mano y reconozcamos que existe una violencia estructural. Vamos a salirnos de los paradigmas personales que sólo descubren los síntomas de los problemas. "(1)

La Violencia Simbólica:

También hay violencia en otras situaciones, aquéllas que ni siquiera se perciben como tales. Se produce un acto de dominación, donde una o unas partes "salen gananciosas" en detrimento de otras que aceptan esa sumisión sin advertirlo siquiera, e inclusive, de manera agradecida. ""La violencia simbólica es esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas "expectativas colectivas", en unas creencias socialmente inculcadas" (2)

La Violencia simbólica puede llegar a originar una idea vaga de injusticia, pero quien la sufre no llega a explicarse o a ponerse en palabras lo que le ocurre. La violencia simbólica es entonces una violencia "dulce", invisible, que viene ejercida con el consenso y el desconocimiento de quien la padece, y que esconde las relaciones de fuerza que están debajo de la relación en la que se configura. Estas formas de violencia no se notan, no se saben, no se presuponen. Así pueden mantenerse mucho más tiempo en acción sin ser descubiertas.(3)

Partiendo entonces de la base de ese concepto mayor de la Violencia, que no

incluye sólo el ataque a la propiedad privada, sino como algo instalado en nuestras estructuras sociales, pasamos a puntualizar los conceptos de Mobbing y de Bullying, y la relación que podría establecerse entre ambos.

El "Mobbing": (que debe pronunciarse "mobin" y no "mubin") es una figura del Derecho Laboral, que per-se no está legislada en Argentina.

El término proviene del verbo inglés "to mob", que puede traducirse como "atacar, maltratar o asediar", y como sustantivo, "mob" significaría "turba, banda, muchedumbre".

Este término, llamado también "ACOSO LABORAL" o "ACOSO MORAL", fue acuñado en los años 1980 por Heinz Leymann, Alemán, Doctor en Psicología del Trabajo, que consideraba que es "Aquella situación en que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otra persona o personas, en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, perturbar el ejercicio de sus labores, y lograr que finalmente esa persona acabe por abandonar el lugar de trabajo."

Una característica distintiva del acoso psicológico, máxime en la forma en que se desenvuelve el mobbing en nuestro país, es la finalidad perseguida por quien realiza el proceso de mobbing (el empleador, o el jefe, en la generalidad de los casos): se busca primeramente perjudicar la integridad psíquica del trabajador, menoscabar su ánimo y autoestima, y finalmente, obtener su renuncia.

Heinz Leymann inclusive llegó a realizar un INVENTARIO de posibles situaciones de Mobbing, muy interesantes para ser analizadas, y que quien las lea llegue a tomar conciencia de que está siendo objeto de este injusto tratamiento, ya que el mobbing es "un proceso de hostigamiento silencioso que en muchos casos no es advertido por sus compañeros de trabajo ni por el mismo trabajador víctima del mobbing; el mismo siente confusión y no sabe que está pasando en su relación laboral con su superior que resulta ser su acosador. "(4)

El "inventario de acoso moral de Leymann" incluye cinco conductas que, reproducidas con frecuencia, pueden llegar a hacer enfermar psicológicamente a una persona:

1. Limitarle la comunicación (En su trabajo, a la víctima no se le da toda la información que debiera tener para realizar adecuadamente su tarea), lo cual puede implicar: a) Interrumpir continuamente a la víctima cuando habla, ya sea el jefe o los compañeros. b) Recibir gritos, injurias o ataques verbales criticando las tareas realizadas o inclusive su vida privada. c) Realizar a la víctima llamadas de teléfono presionándolo o amenazándolo. d) Rechazar el contacto con la víctima (evitando el contacto visual, mediante gestos de rechazo, desdén o menospicio, etc.), o ignorar su presencia.

2. Aislar a la víctima y limitarle el contacto social: No hablarle ni permitir que otros le hablen, asignarle un puesto de trabajo que lo aísle, desprestigiarlo.

3. Se calumnia y ridiculiza a la víctima, o bien se le atribuye ser un enfermo mental o se intenta forzar un examen psiquiátrico, se imitan sus gestos ridiculizándolo. Se atacan sus creencias, sus orígenes o nacionalidad. Se monitoriza cada uno de sus movimientos en actitud "vigilante", malintencionada.

4. Actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima mediante la desacreditación profesional: a) No se asigna a la víctima trabajo ninguno.b) Se le asignan tareas totalmente inútiles o absurdas. c) Se le asignan sin cesar tareas nuevas.

5. Actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima.(5)

Un caso especial de acoso moral es aquél realizado sobre las trabajadoras en relación con actuales o potenciales embarazos: ya sea imponiéndoles la "obligación de no embarazarse" o bien acosando a la persona que se ha quedado embarazada.

En el segundo de los casos, la ley argentina ya desde antaño nos trae una disposición taxativa, protectoria de la mujer embarazada, siempre y cuando haya comunicado fehacientemente su estado a la empleadora. Pero en el primero de los supuestos, la presión para que la empleada "no se embarace", entra dentro de la categoría de acoso moral, con todas las dificultades que ello presenta, inclusive desde un punto de vista probatorio, para la persona

empleada.

Las diversas decisiones judiciales junto con las obras de los autores jurídicos van construyendo un "sistema preventivo o reparatorio de Mobbing" más o menos útil, precisamente porque no hay una definición concreta en la Ley.

En el caso "A. Alejandra c/ Atento Argentina S.A. " (6), la Sala de la Cámara Nacional del Trabajo que dictó la sentencia entendió que se había acreditado que la señora Alejandra se desempeñaba al principio como supervisora, pero que luego le fue modificada su categoría, pasaron a darle tareas meramente administrativas hasta que la dejaron totalmente sin labores; se le había modificado también su lugar de trabajo, se le quitó el uso de computadora así como el personal a cargo. Y todo eso, solamente debido a que la trabajadora, cuando era supervisora, se había negado a obedecer las órdenes superiores de "presionar al personal" para que dejaran sin efecto ciertas medidas de fuerza por incorrecto encuadre sindical. El mensaje patronal fue entonces: "Si Ud. es supervisora, Ud. tiene que acosar a sus supervisados. Si no lo quiere hacer, entonces Ud. será a su vez acosada."

El Tribunal, viendo esta realidad, sentenció que "La actitud asumida por los superiores de la actora revela un proceder ilegal, ya que si la empleadora entendía que la actora incumplía órdenes pudo aplicar las medidas disciplinarias que estimaba correctas, pero nunca pudo adoptar medidas que tuvieran por objeto afectar la dignidad de la trabajadora frente a la comunidad laboral, sólo por la actitud asumida por ella en relación con el personal que se plegó a las medidas de fuerza."

Lo interesante fue el resultado final de este razonamiento: como innovación a lo que se considera una "indemnización normal" por despido, se sumó a esta última una indemnización o reparación "por daño moral" por haber afectado la dignidad de la trabajadora, consistente en la suma equivalente a un año de remuneraciones completa.

Como se ha dicho, entonces, nuestra ley concreta no contiene una previsión expresa o sancionatoria del "Mobbing", aunque sí ciertas disposiciones tales como aquélla que prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores (por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad), el principio de buena fe en la celebración e interpretación del contrato de trabajo, y la prohibición de realizar modificaciones en la relación contractual que sean contrarias a la dignidad del trabajador, o a sus derechos patrimoniales. (artículos 17, 67 y 68 de la Ley de Contrato de Trabajo).

En cambio, países tales como Suecia, Países Bajos, Francia, Bélgica, Dinamarca y Finlandia, han optado por una legislación específica que contemple y sancione el acoso laboral. También la Unión Europea ha publicado dos Directivas: Una de ellas fijando el principio de no discriminación por razón de raza u origen étnico, y la otra enfatizando el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

(7)

Pasaremos ahora a nuestro siguiente fenómeno sociológico, y la relación que media entre ambos.

El Bullying:

El Bullying es un término que viene del inglés "Bully" (matón, bravucón), y fue universalizado a partir de estudios del psicólogo noruego Dan Olweus, para nombrar algunas formas específicas de maltrato entre escolares.(8)

Esta palabra comienza a utilizarse para referir a la conducta de acoso entre pares, dentro de las organizaciones escolares: conductas de intimidación que desarrolla un niño o adolescente, en las que involucra a un compañero para maltratarlo, acosarlo, insultarlo, humillarlo o golpearlo, incluyendo a otros como testigos de esa acción.

En las acciones bullying encontramos cuatro formas de violencia posible: violencia física, violencia verbal, violencia psicológica y violencia simbólica (las dos últimas son invisibles o mudas). La violencia simbólica estaría constituida por todos aquellos actos u omisiones que lleven a la segregación, humillación o discriminación de un alumno, por sus pares.

Lo que el victimario "bully" busca con su conducta es generar un profundo proceso de aislamiento o segregación social, sobre la víctima; esto equivale a una agresión que se suma al maltrato directo (9).

Algunos de los síntomas que puede presentar un alumno acosado son: a) retraimiento en su conducta. b) llanto o estados de angustia incontenible y extemporáneos. c) mutismo. d) baja importante en el rendimiento escolar. e) síntomas psicosomáticos, como dolor de cabeza o contracturas musculares, erupciones, alergias. f) irritabilidad excesiva. g) negarse a concurrir al colegio.

El acoso "bullying" se realiza de las siguientes formas:

a) No se realiza en cualquier momento o en presencia de un adulto. b) Lo realiza quien es temido o respetado en el grupo. c) el sujeto acosador pondrá la responsabilidad "afuera" de la acción. c) se despliega un maltrato verbal que incluye la humillación, los insultos, la descalificación y hasta la tortura. d) se realiza delante de otros, testigos mudos y sometidos a la situación. (10)

En este aspecto, los estudios de Psicología de la Infancia puntualizan que la violencia escolar no sólo puede ser considerada "indisciplina", sino que también es la expresión de una cierta violencia social que se proyecta en el ámbito escolar: violencia social consistente en la falta de justicia, la desocupación, la marginalidad, la impunidad y por último la inseguridad. "Los jóvenes no se enteran de que la conducta negativista y desafiante que desarrollan, es en realidad una conducta reactiva a un mundo que se les presenta hostil, sin autoridad, sin disciplina y escaso de referentes y valores. " (11)

La relación entre ambos fenómenos:

En ambas situaciones, la laboral y la escolar, se produce el abuso por parte de una persona, respecto de otra. Abuso físico, psicológico, verbal o simbólico. También en ambos supuestos, quien es víctima del acoso en numerosas oportunidades desconoce que está siendo sometido a un abuso (máxime cuando éste no presenta manifestaciones físicas). Y, a nuestro juicio, ambas conductas son producto de una violencia social y estructural. En el mobbing: violencia consistente en el aprovechamiento de la posición de desventaja de ese trabajador, que lo coloca en hiposuficiencia, por la cual no puede protestar, contestar, y en ocasiones, reconocer siquiera, que está siendo objeto de acoso. En el bullying: violencia en reacción a un mundo que al joven se le presenta hostil, vacío de significaciones, escaso de referentes. Tanto el trabajo como la escuela son un ESPEJO, un REFLEJO de lo que ocurre en la calle. Los dos fenómenos no pueden quedar sin reconocimiento.

En el caso del Mobbing: se requiere un reconocimiento legal, un protocolo probatorio (aligerar las posibilidades de probar la situación de acoso) y decisiones judiciales ejemplarizantes.

En el caso del Bullying: Todo lo que se haga en pos de asegurar la justicia social y la distribución de la riqueza, como también, para combatir la violencia familiar, contribuirá a erradicar las causas del Bullying. En forma concomitante, es necesario brindar a los sistemas educativos equipos (efectivos, es decir, proporcionales a la cantidad de alumnos de cada escuela) de orientación, de asistencia social, de intervención psicológica y psicopedagógica que permita personalizar más la educación y realizar diagnósticos tempranos de situaciones, para intervenir en forma preventiva y no paliativa de los hechos ya consumados. (12)

Notas al pie:

1) P. Luis Barrios. Citado en "Educando para la Guerra. " 2da. Parte. Silvio Litvin. "El independiente. Diario digital" La Rioja, R.A. 23-04-2008. Edición 18.355.

2) Bourdieu, Pierre: "Creencia Artística y Bienes simbólicos- Elementos para una sociología de la Cultura". Aurelia Riveria Libros. Buenos Aires. 2003 (año original de publicación: 1999).

3) En nuestro país, tan imbuido de ideas de libertad, de difusión de la Escuela Pública como elemento aglutinante y formador de la nacionalidad Argentina, de la idea de igualdad de todos ante la ley, es una suerte de violencia simbólica pensar que todos los niños son iguales ante el proceso educativo. Dado que las desigualdades de hecho existen: el capital cultural que traen esos niños desde su casa condicionará las posibilidades reales y efectivas de proseguir en la escuela y tener éxito en sus estudios, por lo que

unos estarán condenados a quedarse en cierto nivel, propio de la clase trabajadora o inclusive la clase excluida; y otros tendrán casi asegurados un futuro de éxito escolar. Eso es violencia simbólica: imponer una idea de que "todos somos iguales", cuando es una falacia.

4) Mac Donald, Andrea Fabiana: "El mobbing y los medios probatorios en el proceso laboral". - en Jurisprudencia del Perú:

<http://heinerantonioriverarodriguez.blogspot.com/2011/01/el-mobbing-y-los-medios-probatorios-en.html>

5) LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

6) "Almazan Alejandra c/ Atento Argentina S.A. y otro s/ despido" C.N.A.T. sala III. 16-05-2008. MICROJURIS. MJ-JU-M-36517-AR | MJJ36517 | MJJ36517

7) Página de las directivas de la Unión Europea: // europa.eu- Allí: Directiva 2000/43/EC, Directiva 2002/73/EC del 23-9-2002 y Directiva 76/207/CEE sobre Igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

8) OLWEUS, Dan: Olweus, "Peer Harassment: A Critical Analysis and Some Important Issues," in Peer Harassment in School, ed. J. Juvonen and S. Graham (New York: Guilford Publications, 2001): 3-20.

9) OSORIO, Fernando. "Jóvenes perturbados, negativistas y desafiantes. Estilos de una cultura pos moderna." Revista Novedades Educativas nro. 219. Marzo 2009. Pg. 16.

10) Idem, pg. 18.

11) OSORIO, op cit. pg. 19.

12) OSORIO, Fernando: "La Violencia tiene que ver con lo que pasa en el país." Página de Osorio Fernando: // fosorio.com.ar

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: Revista Científica Equipo Federal del Trabajo (www.eft.org.ar) - Revista 76.

Fecha: 4 DE SETIEMBRE DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.67, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.68

El despido sin causa de la trabajadora embarazada durante el período de prueba

Texto completo.

MAC DONALD, ANDREA FABIANA

Publicación: www.microjuris.com.ar revista micro juris argentina, sección laborjuris, 2 DE JUNIO DE 2011

TEMA

DISCRIMINACION LABORAL-PRESUNCIONES-CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO-PERIODO DE PRUEBA-DESPIDO POR EMBARAZO-PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad trataremos uno de los temas de importancia como es el período de prueba previsto en el art. 92 bis de la LCT, qué efectos tiene la normativa en el caso de la trabajadora embarazada y haremos alusión a uno de los últimos fallos pronunciados por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, hasta llegar a nuestras consideraciones finales.

II. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO (NOCIÓN, EFECTOS, REGLAS)

El derecho del trabajo contempla diversos supuestos en donde la celebración de un contrato laboral reviste condiciones que son aceptadas por las partes dándose comienzo al vínculo entre el trabajador y el empleador. Es por ello que siempre debe tenerse en cuenta una de las obligaciones fundamentales para ambas partes, que debe cumplirse durante la relación laboral: el deber de buena fe contemplado en el art. 63 de la LCT. Este dice: "las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

Pero en la práctica cuando alguna de las partes incumple dicha obligación impuesta por el legislador, concurre la situación corriente de la ruptura del distracto o bien lo que conocemos como "despido".

Es así como en el caso en análisis, el período de prueba en el contrato de trabajo es previsto en el art. 92 bis de la LCT en su primera parte, que expresa: "el contrato de trabajo por tiempo indeterminado a excepción del contrato de trabajo caracterizado en el art. 96 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 3 (tres) meses. Los convenios colectivos de trabajo pueden modificar dicho plazo hasta un período de 6 (seis) meses".

Aquí el legislador hace previa mención del contrato de trabajo celebrado "a prueba" siendo el mismo de tres meses, existiendo la posibilidad de modificarse dicho plazo por los convenios colectivos de trabajo hasta un período de seis meses.

El segundo apartado del mencionado art. 92 bis hace referencia a que en el caso de que un empleador sea una pequeña empresa definida por el art. 83 de la Ley 23.467, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis meses, siendo en este último caso que los convenios colectivos de trabajo pueden modificar dicho plazo hasta un plazo de doce meses cuando se trate de trabajadores calificados, según definición que efectuarán los convenios.

De ahí que el legislador establece en la mencionada norma una serie de reglas o concesiones que deben cumplimentar las partes durante el período de prueba y son:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador más de una vez utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho que el empleador ha renunciado al período de prueba.

2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.

3. El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación

laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período.

4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.

5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el párrafo 4º del artículo 212.

7. El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

CABANELLAS expresa que "la consagración de un período de prueba en el marco de las relaciones laborales tiene por objeto obviar las consecuencias valiosas que conlleva aceptar la admisión definitiva, sin cautela, del prestador de servicios por lo cual se faculta a las partes a romper el vínculo sin expresión de causa y sin derecho a indemnización" (1).

La jurisprudencia ha dicho que "aún durante el lapso de prueba, corresponde a las partes comunicar fehacientemente su decisión rupturista, lo que debe efectivizarse antes de que venza el período de prueba, so pena de pago de las pertinentes indemnizaciones por haber adquirido el vínculo vocación de continuidad" (2).

En tanto, RUPRECHT manifiesta que: "si bien no existe la obligación de preavisar, la cesación de la vinculación laboral del período de prueba debe hacerse por escrito, ya que se trata de comunicar a la otra parte que el ensayo no resultó y que, por lo tanto, terminó la vinculación sin responsabilidades para nadie" (3).

III. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA TRABAJADORA EMBARAZADA. POSTURAS DE LA DOCTRINA

Una de las discusiones que se han planteado en la doctrina es si durante el período de prueba, la mujer trabajadora puede mantener la garantía de estabilidad por maternidad establecida en los arts. 177, 178, 180 y 182 de la LCT. Dos son las posiciones que se plantean en la doctrina al respecto:

1. La posición sostenida por MARTÍNEZ VIVOT, ETALA y CARCAVALLO manifiestan que la trabajadora no está amparada por la protección especial ya que consideran que: "las presunciones no son admisibles en este caso en la órbita laboral porque la propia ley lo eximió (al empleador) de expresar la causa de su voluntad de extinguir la relación, sin que jueguen en esta situación los textos legales, que admiten hacer valer la presunción en materia de maternidad contenidos en la LCT. Que durante el período de prueba el empleador haya extinguido la relación laboral inmediatamente de saber que la trabajadora estaba embarazada, no afecta las posibilidades legales que tiene el mismo para disponer la rescisión. Es decir, que en tal período, cualquiera de las partes puede extinguir la relación, sin expresar causa al respecto, sin otra consecuencia legal que la cesación del período de prueba en trámite y sin otras eventuales consecuencias previstas en el art. 92 bis de la LCT" (4).

2. La otra posición admite que la garantía de estabilidad tiene operatividad también en el período de prueba, generando el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT.

La jurisprudencia no ha sido pacífica en esta cuestión, dado que "cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes durante el período de prueba, (conf. art. 92 bis de la LCT) colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico le garantiza a la mujer embarazada, aquellas deben ceder frente a las normas de rango superior que tutelan esta última situación, tal es el caso del art. 14 bis de la CN y de diversas disposiciones de tratados internacionales han adquirido jerarquía constitucional así como las previsiones de los art. 178 y 182 de la LCT" (5).

PIROLO considera al respecto que: "durante el período de prueba no rige la presunción del art. 178 de la LCT pero la estabilidad de la mujer embarazada no surge de esa presunción sino del art. 177 de la LCT, con posterioridad a la comunicación del empleador que se vincula con una norma con jerarquía constitucional, el art. 11 inc. 2 ap. a) Convención sobre la Eliminación de

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer . La trabajadora no tiene la carga de la prueba porque tiene presumido por el empleador la garantía de estabilidad cuya violación genera un acto discriminatorio que no requiere ni necesita ser acreditado" (6).

IV. EL PERÍODO DE PRUEBA DE LA MUJER TRABAJADORA EN 'M. B. N. c/ DE LA VEGA TOMÁS'

Recientemente la Sala IV de la CNAT en los autos "M. B. N. c/ de la Vega Tomás s/ despido" , en donde condena a la parte demandada a indemnizar a la parte actora, que se encontraba embarazada durante el período de prueba.

En la demanda se expresa que la parte demandada había decidido no proseguir con la relación laboral que mantenía con la actora que finalizaba con el período de prueba, enviándole el telegrama poniéndola en conocimiento de la situación. En dicho telegrama la empresa esgrimió que la actora había cometido faltas e inasistencias no justificadas por esta y manifestaba poco interés y compromiso al momento de realizar sus tareas.

A los dos días, la empresa recibió una notificación en un telegrama de la actora donde ponía en conocimiento de su estado de embarazo.

La sentencia en primera instancia expresó que de la prueba informativa dirigida al Correo Argentino surgía que el despido -comunicado en una misiva fechada el 8 de enero de 2008- se perfeccionó con su entrega el día 10 de ese mes al mediodía.

Durante esta misma jornada, y bien temprano por la mañana, el empleador recibió una carta donde la exdependiente le informaba de su situación de gravidez. En base a estos acontecimientos, la compañía fue obligada a abonar las indemnizaciones por preaviso y sustitutiva de preaviso.

Es así como la jueza consideró que resultaba procedente el resarcimiento previsto en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo (consistente en trece salarios), porque del mencionado intercambio telegráfico surgía que el demandado tomó conocimiento de la situación de gravidez de la trabajadora con anterioridad al perfeccionamiento de la extinción del vínculo laboral.

Tal es como la parte demandada apela la sentencia en primer grado alegando diversos argumentos haciendo referencia la conducta de la actora durante el período de prueba y que de ello no resultó satisfactorio su rendimiento laboral.

También la parte demandada en sus argumentos de la apelación expresa que en la prueba testimonial, los dichos de los testigos revelaron que la actora faltaba regularmente a prestar sus tareas, por lo que resultó extemporánea su intención de justificarlas nueve días después de que se haya decidido concluir el vínculo laboral.

En segunda instancia, la Sala IV consideró que: "el período de prueba es un instituto útil, pero debe interpretarse y aplicarse con el cuidado que requiere tener en cuenta que la carencia de tan preciado bien, como es la estabilidad en el empleo, solo puede ser tolerada a los fines de lograr una mejor y mayor perdurabilidad del contrato de trabajo y que no puede aceptarse la sospecha de su utilización con otros fines (ver trabajo completo; Estela Milagros Ferreirós, "Las modalidades del negocio jurídico y el contrato de trabajo" Doctrina Judicial, N° 203, de julio de 2002, T. XVI, Errepar, págs.567/569)".

Los magistrados expresaron que :"si se produce el despido sin causa de la trabajadora embarazada dentro del período de prueba, pero con posterioridad a la comunicación del empleador, no es necesario que la empleada acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad".

La sentencia de segundo grado manifiesta que: "la mujer embarazada tiene una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, per se, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador, al instituir la referida garantía de estabilidad".

El voto del Dr. Zas expresó que: "la facultad legal de la empresa de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo, sin necesidad de expresar causa alguna durante el período de prueba, no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho de la empleada a la no discriminación de jerarquía constitucional, ilicitud que ha sido acreditada".

El fallo emitido por la Sala IV en el caso en análisis que: "la demandada no logró demostrar que el despido haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación por el embarazo de la empleada, así como que aquellas hayan sido de entidad suficiente para motivar la ruptura contractual,

de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental de la trabajadora".

Es por ello que la parte demandada fue condenada a abonar a la actora más de \$22.000 a la actora, de los cuales casi \$18.000 correspondían al resarcimiento por despido de la empleada embarazada.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto, en el presente análisis, llegamos a nuestras consideraciones finales las cuales son las siguientes:

1. El periodo de prueba contemplado en el art. 92 bis de la LCT y sus efectos en la ruptura del vínculo laboral entre trabajador y empleador.

2. Una de las discusiones que se han planteado en la doctrina es si durante el periodo de prueba, la mujer trabajadora puede mantener la garantía de estabilidad por maternidad prevista en los arts. 177, 178, 180 y 182 de la LCT, siendo dos de las posturas expuestas en el presente análisis.

3. El rol de la jurisprudencia en la garantía de la estabilidad por maternidad y los criterios adoptados por los tribunales nacionales. 4. El último fallo emitido por la Sala IV, en donde se condena a la parte demandada a abonar a la actora el resarcimiento con motivo de la ruptura de su contrato de trabajo durante el periodo de prueba, estando la trabajadora embarazada.

NOTAS AL PIE:

(1) Cabanellas, Guillermo: Tratado de derecho laboral, Heliasta, 3^a ed., 1988.

(2) Ver autos "Granja c/ Receptivo Península S.R.L.", DT, 2000- A-1251, Sala VII, 9/12/99.

(3) Ruprecht, Alfredo J.: Las nuevas leyes laborales, Zavalía, 1992.

(4) Ver autos "Albarenga Cintha Silvina c/ Sistemas Temporarios S.A. y otro".

(5) Ver SD 52.270 del 26/11/99, Sala VI, CNAT.

(6) Pirolo, Miguel A.: "La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer embarazada en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales", DT 2000-B-2266.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.microjuris.com.ar revista micro juris argentina, sección laborjuris

Fecha: 2 DE JUNIO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.63, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.92, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.96, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.177, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.178, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.180, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.182, Ley 23.467 Art.83, Ley 23.467 Art.212, Ley 23.179 Art.11

La acción afirmativa, el sujeto y la comunidad.

Texto completo

DÍAZ, LUIS ALBERTO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 1 DE OCTUBRE DE 2012

TEMA

MEDIDAS DE ACCION POSITIVA-UNIVERSIDADES-DISCRIMINACION EN LA EDUCACION-
IGUALDAD ANTE LA LEY-IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-IGUALDAD DE TRATO

TEXTO

INTRODUCCIÓN

Los "liberales igualitarios" (1), proponen una teoría del reparto equitativo, como la mejor interpretación o respuesta de lo que es tratar a las personas con igual consideración y respeto. Entienden que "la igual consideración y respeto", presupone estar comprometido con una política redistributiva de los recursos para corregir los resultados que arroja la libertad de mercado, con la finalidad de alcanzar una mayor igualdad en el reparto de la riqueza. En relación con la autonomía, creen que debería haber una intervención por parte del Estado, y que ella debe tener por objetivo el diseño de instituciones cuyo fin sea incentivar el ejercicio de la autonomía de los individuos, tales como la acción afirmativa.

Afirman que debemos; "... maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos..." (Nino, 1989: 345).

El igualitarismo ha recibido fuertes críticas de parte del comunitarismo, dando origen a un debate entre ambas corrientes.

Si bien Sandel no se pronuncia en contra de la acción afirmativa se vale de la defensa que Dworkin hace de aquella, para mostrar que tal concepción no logra justificar este tipo de medidas, que además es una teoría deficiente e inconsistente y por último que la propia concepción comunitaria tiene ventajas o un mayor poder explicativo que la liberal deontológica.

Por lo tanto, en primer término, nos ocuparemos de mostrar la importancia que ha tenido el tema de la acción afirmativa en la historia judicial de los EEUU., durante la década del 70, presentando algunos antecedentes que se consideran relevantes en la controversia legal en torno a la acción afirmativa a fin de identificar los argumentos centrales. Posteriormente, se explicitan los argumentos de Dworkin a favor de la acción afirmativa, y la objeción que Sandel le formula a la concepción de sujeto que estaría presupuesta. Y por último, a partir de la crítica comunitarista se explicita una replica que emerge de la propia concepción liberal igualitaria de Dworkin.

1.- ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS EN TORNO A LA ACCIÓN AFIRMATIVA

Creemos que es importante para nuestro análisis mostrar algunos antecedentes de la acción afirmativa, a partir de lo expuesto por María V. Ballestrero (2006), ya que al poner en evidencia los diferentes posicionamientos y argumentos esgrimidos, podemos contextualizar la defensa de Dworkin respecto de esta institución legal.

La Acción Afirmativa tiene su partida de nacimiento en el derecho de los EEUU., con la primera referencia expresa que se encuentra en la Orden Presidencial Nro. 10.925 del año 1961, emitida por el entonces presidente de los EEUU., John F. Kennedy.

En un primer momento la acción afirmativa estaba vinculada al acceso a puestos de trabajo por parte de las minorías, para luego, resultar un diseño utilizado en el ámbito de la educación superior. En ambos casos, la acción afirmativa ha sido considerada como una medida política que se instrumenta para enfrentar la discriminación en procura de la igualdad de oportunidades.

Uno de los primeros precedentes, del año 1978, es "Regents of the University of the California v. Bakke". El caso trata sobre la Escuela de Medicina de Davis, adscrita a la Universidad de California de los EEUU., que inició un programa de acción afirmativa, en la década de los años 70, consistente en que de los cien cupos que se abrían por año para el programa de medicina, diecisésis de los puestos estuviesen reservados para grupos étnicos minoritarios. A tal fin se crearon dos comités, el primero se concentraba en los candidatos blancos a quienes se les exigía un promedio de notas, cartas de recomendación, pruebas de trabajo extracurricular en la comunidad y una entrevista. El segundo, seleccionaba a los candidatos de los grupos étnicos minoritarios y si bien se tenía en cuenta los mismos requisitos, las exigencias eran menores y la importancia de la selección radicaba en la pertenencia al grupo minoritario.

En tales circunstancias, el aspirante Allan Bakke, de ascendencia caucásica, presentó exámenes de selección dos veces, en los años 1973 y 1974, siendo rechazadas sus solicitudes en ambas oportunidades por el comité evaluador en virtud de que el aspirante no cumplía con la calificación requerida para la admisión. Ante ello, enterado el solicitante del programa de admisión para grupos minoritarios, y de que sus resultados superaban a muchos de los escogidos por el segundo Comité, interpuso una demanda ante la Corte del estado de California, denunciando que su admisión había sido mal denegada, por que la razón del rechazo era que pertenecía a la raza blanca y no a las consideradas minoritarias. Que por lo tanto, había sido objeto de discriminación por parte de la Escuela de Medicina de la Universidad de California.

Por su parte, la Universidad fundó su defensa en los siguientes argumentos: Primero, que estaba en la obligación de compensar a los grupos minoritarios que en el pasado habían tenido una presencia casi nula en dicha universidad. Segundo, que se estimaba valioso formar profesionales de estas minorías por

que permitiría un acercamiento a la comunidad más pobres y discriminadas del estado de California. Esto garantizaría una mejor relación entre la comunidad, los profesionales y los sectores académicos.

El fallo de la Corte resultó favorable a los intereses del demandante *Bake*, y en consecuencia se ordenó su admisión, por que consideró que al determinar una cantidad fija para solicitantes provenientes de minorías, se promovía un sistema de cuotas que iba en contra del Acta de Derechos Civiles. En mérito a dicha Acta, la acción de la Universidad era ilegal por que era una forma de discriminación e inequidad social.

Sin embargo, en parte la decisión también resultó favorable a la Universidad, toda vez que se admitió la implementación de planes de acción afirmativa en la admisión de los aspirantes. Se permitió establecer la condición racial como factor, en tanto y en cuanto no fuese el único criterio de selección. Además, el juez *Powell* formuló la tesis según la cual la acción afirmativa no es contraria a la cláusula de igual protección (Equal Protection Clause), a condición de que dichos tratos respondan estrictamente a un interés estatal apremiante o imperioso (compelling state interest), que en el caso es identificado con la necesidad de la diversidad entre los estudiantes y, por lo tanto, dichos tratos preferenciales están en condiciones de satisfacer la prueba de control riguroso (strict scrutiny test), que tiene que superar para no entrar en contradicción con el principio de igualdad.

De los argumentos del fallo citado se sigue que un diseño como la acción afirmativa puede encontrar su justificación, o bien en el resarcimiento o compensación por una discriminación pasada; o bien, en la redistribución de oportunidades para las minorías con el fin de promover la diversidad y pluralidad.

En 1996, con el 54% de los votantes de California, se aprueba la Propuesta 209 en cuanto prohíbe la discriminación o tratamiento preferencial en el empleo público, la educación pública o la contratación pública, sobre las bases de raza, sexo, color, origen étnico o nacional.

En el mismo año, en el caso "Hopwood v. Estado de Texas", la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito declaró inconstitucional el programa de trato preferencial a las minorías de la Texas Law School. Se sostiene que los argumentos esgrimidos en los recientes precedentes de la Corte Suprema, en particular el caso "City of Richmond v. J.A. Croson Company", del año 1986, habían invalidado el precedente del caso *Bake*.

En el caso *Hopwood* se entiende que todas las calificaciones por motivos raciales, incluyendo las que están diseñadas en principio para favorecer a las minorías deben someterse a una prueba de control riguroso (2) y, que serán inconstitucionales, salvo que se demuestre que es el único modo de compensar una discriminación pasada llevada a cabo por la institución que aplica el programa.

En el año 2003, el fallo del caso "Grutter v. Bollinger", trata de los programas de admisión de estudiantes que tienen en cuenta su raza, en particular, de ciertos métodos de valoración de los candidatos en la admisión a la Law School de la Universidad de Michigan, pues estos tenían en cuenta, como factor adicional, la infra representación entre estudiantes afroamericanos, hispanos y nativos americanos.

El caso, como se dijo, refiere al programa de admisión de la Law School, en cuanto prevé favorecer la admisión de estudiantes provenientes de minorías raciales o étnicas, pues considera altamente formativo para el ejercicio de la profesión jurídica las relaciones interculturales producto de la diversidad.

Los razonamientos esgrimidos a favor de la acción afirmativa son, como ya se dijo, de al menos dos tipos o clases; por un lado, están los argumentos compensatorios que miran al pasado. En estos se sostiene que el trato preferente basado en la raza se justifica por que con ello se compensan daños por discriminaciones pasadas. Su finalidad es remediar injusticias pasadas. En este caso, la discriminación se presentó en forma sistemática a través del tiempo y por lo tanto, como ya se dijo, el trato preferente es un resarcimiento.

Por el otro, los argumentos distributivos que miran al futuro, en cuanto afirman que el trato preferencial se justifica sólo cuando tal medida satisface un interés estatal imperioso. La finalidad es hacer una sociedad mejor, es decir, tiene como objetivo alcanzar una mejor distribución de los recursos y libertades y/o un mayor bienestar.

En el caso de los colegios y/o universidades, el interés colectivo vendría dado por la diversidad en la educación, pues esto redundaría en beneficios para los estudiantes y la ciudadanía en general. Respecto de los primeros, por que tal trato preferente los lleva a compartir sus estudios con miembros de otras razas, elevando así la calidad de la educación. Además, con tales medidas, en el futuro, las minorías podrán contar con profesionales de su propia raza, eliminando o reduciendo así la tensión social por motivos raciales.

Con lo expuesto hasta aquí queda presentada brevemente la controversia en torno a la acción afirmativa y los argumentos centrales que se esgrimen en su defensa, por lo tanto, en el apartado siguiente nos ocuparemos de la defensa de R. Dworkin.

2.- R. DWORKIN Y LA ACCIÓN AFIRMATIVA

Dworkin adopta una posición favorable a las medidas de trato preferente y, para ello se vale de argumentos que pueden incluirse, sin excepción, entre

los que anteriormente identificamos como argumentos que miran al futuro o del interés colectivo.

"Las justificaciones compensatorias suponen que la discriminación positiva resulta necesaria, como Scalia expresó, para compensar a las minorías por el daño infligido a su raza o clase en el pasado. Como dicho juez advirtió acertadamente, constituye un error pensar que una raza deba a otra una compensación. Sin embargo, las universidades no utilizan estándares de admisión sensibles a la raza para compensar a los individuos o a los distintos grupos. En efecto, la discriminación positiva es una empresa que mira al futuro - no al pasado -, y los estudiantes que son miembros de los grupos minoritarios a quienes beneficia no han sido necesariamente víctimas, como individuos, de alguna injusticia en el pasado. Las universidades más importantes no esperan formar un mayor número de estudiantes negros o pertenecientes a minorías a modo de reparación por las injusticias cometidas en el pasado, sino para construir un futuro mejor para todos, ayudando a deshacer una maldición que el pasado ha puesto sobre todos nosotros. " (Dworkin, 2003:468).

Además, de mirar al futuro, las justificaciones de Dworkin deben entenderse en el marco de una concepción de justicia distributiva. Así, expresamente distingue entre los argumentos que responden a la cuestión de si el trato preferente dado a las minorías es injusto, de aquellos otros que se ocupan de una cuestión más práctica, que apunta a si la acción afirmativa causa daño o beneficio a las minorías.

"El primero de ellos es teórico: (Es la discriminación positiva a favor de los estudiantes negros injusta, porque viola el derecho de cada candidato a ser juzgado según sus propios méritos?. El segundo es un problema de política o de consecuencias prácticas: (causa la discriminación positiva más daño que beneficio, en tanto que admite a algunos estudiantes negros en una carrera que está más allá de sus capacidades, los estigmatiza como inferiores o hace a la comunidad más, en vez de menos, consciente de la raza? " (Dworkin, 2003:423).

Pone de relieve que ambas cuestiones no sólo pertenecen a niveles de reflexión diferentes sino que además son independientes, ya que la acción afirmativa puede conducir a una mayor participación de la minoría y pese a ello tener consecuencias injustas.

"... Las dos cuestiones, sin embargo son independientes, por que las políticas de admisión sensibles a la raza pueden resultar poco equitativas para los candidatos rechazados o para los negros en su conjunto, aun cuando consiguieran exactamente aquello para lo que están diseñadas" (Dworkin, 2003:424).

En "La discriminación inversa" (Dworkin, 1989) analiza el caso De Funis (3). Este caso no llegó a ser resuelto por la Suprema Corte y además, es anterior al caso *Bake*, es decir, Dworkin, al elaborar sus argumentos no tenía como

referencia el precedente que emerge del caso *Bake*, en cuanto regla constitucional válida en torno a la utilización de las clasificaciones raciales para dar trato preferente a las minorías raciales por parte de las universidades.

El caso *De Funis* trata de un aspirante judío que es rechazado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington por no pertenecer a las minorías étnicas o raciales favorecidas. A pesar de que sus calificaciones eran superiores a las de otros que sí habían ingresado por pertenecer a alguna de las minorías seleccionadas.

Dworkin, sostiene que muchos de los que están en contra de las medidas de trato preferente para algunas minorías, se basan en la hipótesis de que tales medidas de preferencia son inconstitucionales porque la distinción y clasificación racial es mala en sí misma, con independencia de sus resultados.

Sostiene que muchos jueces, abogados y académicos que dan apoyo a tal hipótesis se basan en el caso *Sweat*, que trata de un negro cuya admisión a la Universidad de Texas fue rechazada aduciendo que la ley de dicho Estado estipulaba que solo los blancos podían concurrir a ella, la que fue posteriormente declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Al igual que el caso *De Funis* se funda en una clasificación racial y por lo tanto, el programa de la universidad es inconstitucional, en mérito a que ningún Estado puede negar la igual protección de la ley.

Por lo tanto, para los juristas que están en contra de la acción afirmativa, ambos tipos de casos deberían correr la misma suerte ante los tribunales, porque ambos casos se fundan en una clasificación racial que es mala en sí misma para rechazar una admisión a la universidad. En ambos casos los programas vulneran la cláusula constitucional de igual protección de la ley.

El argumento moral que estaría por detrás es que las distinciones raciales son en sí mismas injustas porque violan los derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen, quedando discriminados como sucedió con *De Funis*.

Este argumento es el que le interesa a *Dworkin*, porque las medidas de trato preferente a favor de ciertas minorías pueden vulnerar los derechos individuales de quienes no pertenecen a los grupos favorecidos.

Dworkin sostiene que los programas de acción afirmativa no vulneran derechos individuales, entre otras, por las siguientes razones:

Primero, *De Funis* no tiene derecho a que el estado le asegure la educación superior, pues a diferencia de la privación de la educación primaria, la falta de educación superior no afecta la posibilidad de elegir y desarrollar un plan de vida.

"... Los individuos pueden tener derecho a igual tratamiento en la educación elemental, por que alguien a quién se le niegue la educación primaria, pocas probabilidades tendrá de llevar una vida útil. " (Dworkin, 1989:333).

Segundo, tampoco tiene derecho a que el criterio exclusivo de selección que se utiliza para la aceptación de los aspirantes por parte de las universidades sea la inteligencia. Pues la inteligencia como criterio de selección es un standar que se establece por su contribución a una práctica social determinada.

Tercero, el argumento para justificar la inconstitucionalidad del programa no se apoya en la violación de un derecho individual específicamente protegido por la Constitución, sino en el derecho más abstracto de igualdad ante la ley. Este derecho entendido como el derecho a igual consideración y respeto, sería la razón que impediría la utilización de acciones afirmativas fundadas en la raza como criterio, aún cuando pueda servir para el logro de un mayor bienestar social.

Ahora bien, para Dworkin, el oponerse a las acciones afirmativas que privilegian a minorías raciales, amparados en la cláusula de igual protección ante la ley requiere de un buen argumento moral, pues dada su abstracción no nos permite inferir una respuesta concluyente. Prueba de ello es que tanto los argumentos de las partes como las decisiones de la Corte Suprema, no dan una resolución definitiva respecto de si todas las clasificaciones raciales, por el sólo hecho de ser tales, convierten en inconstitucionales a las acciones afirmativas.

Por otro lado, Dworkin afirma que el argumento de aquellos detractores de la acción afirmativa que sostienen que tanto el caso De Funis como Sweat deberían tener la misma resolución va en contra de nuestra intuición de que son casos diferentes y que podrían admitir soluciones diferentes.

Por lo tanto, se propone encontrar un buen argumento moral que justifique la distinción entre ambos casos de modo que quede corroborada y justificada la intuición inicial de que son casos diferentes.

Ahora bien; (cuál es la diferencia entre la discriminación del caso Sweat y la del caso De Funis?).

Para Dworkin la base de la distinción y con ello las diversas soluciones jurídicas, pueden encontrarse en un análisis más detallado de su idea central de que "en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal" (Dworkin, 1994:338).

En este punto, Dworkin debate y enfrenta diferentes versiones utilitaristas, mostrando cómo y por qué estas fracasan a la hora de justificar un trato de los individuos con igual consideración y respeto.

Para el autor, "la mejor situación de la comunidad", puede ser entendida en un sentido utilitarista o ideal. Si tomamos el primero, la mejor situación se mide por el nivel promedio de bienestar de los individuos; mientras que si tomamos el segundo, la mejor situación se establece teniendo en cuenta si la sociedad resulta más equitativa, independientemente de si mejora o no el bienestar.

El utilitarista nos conduce a la necesidad de delimitar la idea de bienestar, la que, es entendida como la satisfacción de las preferencias de los individuos. Dworkin, criticando esta concepción, lleva a cabo una distinción entre preferencias personales, estos es disfrute por la asignación de bienes u oportunidades y preferencias externas, es decir, disfrute por la asignación a otros de los bienes u oportunidades. En vistas a mostrar cómo si aceptamos esta distinción se corrompe la idea de igual consideración y respeto, señala que las elecciones son el producto de una combinación de preferencias personales y externas. Por lo tanto, la asignación de un bien u oportunidad a un sujeto, termina recayendo en la consideración y decisión de terceras personas, sin que los sujetos puedan distinguir entre sus preferencias personales y las externas.

"La distinción entre preferencias personales y preferencias externas es de gran importancia por la siguiente razón. Si un argumento utilitarista equipara las preferencias externas con las personales, el carácter igualitario del argumento se corrompe, por que la probabilidad de éxito que tengan las preferencias de un sujeto cualquiera no sólo dependerá entonces de las demandas que las preferencias personales de otros impongan a recursos escasos, sino del respeto o afecto que esos otros tengan por él o por su modo de vida. " (Dworkin, 1994:342).

Por el contrario, sostiene Dworkin, si retomamos el argumento del sentido ideal mencionado supra, vemos que éste no se ve afectado por tales objeciones y consideraciones en orden a las preferencias de los sujetos, ya que aquél no se apoya en tales preferencias, sino en la idea de justicia distributiva.

Ahora bien, para Dworkin, la diferencia entre el caso Sweat y De Funis reside en que para negar la admisión a Sweat se valen únicamente de argumentos utilitaristas apoyados en preferencias externas de un modo que vulnera el derecho a igual consideración y respeto. Mientras que en el caso De Funis, el argumento que se utiliza para rechazar su admisión y apoyar una política de trato preferente a favor de las minorías, se basa en que dicho programa sirve para mejorar una situación de la comunidad sin afectar la igual consideración y respeto.

"En el caso De Funis nos quedamos, pues, con el argumento simple y directo

con que comenzamos. Los criterios raciales no son necesariamente los estándares correctos para decidir qué aspirantes deben ser aceptados por las facultades de derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales, ni - a la verdad - ningún otro conjunto de criterios. La equidad - y la constitucionalidad - de cualquier programa de admisión debe ser medida con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve a una política adecuada, que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario. Los criterios que usaron las facultades que se negaron a tener en cuenta a los negros no respondían a esa exigencia, pero los criterios usados por la facultad de Derecho de la Universidad de Washington si. " (Dworkin, 1994:347).

Por lo tanto, Dworkin afirma que ha encontrado un buen argumento moral que justifica la distinción entre ambos casos de modo que quede corroborada la perspectiva, *prima facie*, de que son casos diferentes.

Las medidas de trato preferente a una minoría que no lesionan un derecho específicamente previsto por la Constitución, tampoco vulneran la igual consideración y respeto por que "mejoran la situación de la comunidad como tal" (Dworkin, 1994:338).

3.- LAS OBJECIONES DE SANDEL A LA DEFENSA DE LA ACCIÓN AFIRMATIVA

El objetivo de la crítica de Sandel es reforzar el ataque a la noción de sujeto que estaría presupuesta por la teoría liberal igualitaria de la primacía de la justicia.

"El objeto de las críticas de Sandel es la concepción de la justicia como equidad tal como ésta era presentada por Rawls en *A Theory of Justice*. La tesis que Sandel intenta defender es, por un lado, que la concepción de justicia rawlsiana se encuentra asentada en una concepción metafísica equivocada de persona y, por otro, que este compromiso produce consecuencias que son contrarias a algunas de las principales características que Rawls le adjudica como virtud a su teoría. " (Seleme, 2004:164).

Sandel, si bien dirige su crítica a la teoría de Rawls, se ocupa de la defensa que Dworkin lleva a cabo en torno de la acción afirmativa con el propósito, como ya se dijo, de reforzar los cuestionamientos a la concepción del sujeto que estaría presupuesta por la teoría liberal igualitaria, denominada por este autor como "liberalismo deontológico".

"El liberalismo deontológico es, sobre todo, una teoría acerca de la justicia. En particular, es una teoría que sostiene la primacía de la justicia entre los ideales políticos y morales. Su tesis central podría formularse de la siguiente manera: la sociedad, compuesta por una pluralidad de individuos cada uno de los cuales tiene sus propios fines, intereses, y concepciones del bien, está mejor ordenada cuando se gobierna por principios

que no presuponen ninguna concepción particular del bien per se. Lo que justifica estos principios regulativos por encima de todo no es el hecho de que maximicen el bienestar social ni que promuevan el bien, sino más bien el que estén en conformidad con el concepto de lo justo, que es una categoría moral que precede al bien y es independiente de éste" (Sandel, 2000:13).

El autor evalúa la teoría del sujeto de Rawls, en relación con la teoría del bien y, desde tal marco lleva a cabo la crítica a Dworkin por considerar que la defensa de la acción afirmativa es una instancia que muestra las deficiencias del liberalismo deontológico.

La crítica que Sandel dirige a Dworkin hace referencia a la concepción antropológica de persona del liberalismo deontológico, que consistiría en un sujeto entendido como un "yo previo e independiente de los fines y vínculos". En tal sentido entiende que la defensa de la acción afirmativa de Dworkin es incompleta y que sus argumentos presuponen una noción paradójica e inconsistente de sujeto.

(Por qué, para Sandel, la defensa de la acción afirmativa es incompleta y la concepción del sujeto inconsistente?

Sandel sostiene que Dworkin defiende la acción afirmativa de dos formas, por un lado, argumenta que razones de utilidad social justifican la acción afirmativa y por el otro, se ocupa de mostrar por qué tal diseño no vulnera derechos individuales.

Señala que el argumento central de Dworkin a favor de la acción afirmativa es la utilidad social y dado que reconoce la primacía de los derechos individuales es que se ocupa de analizar si la acción afirmativa viola los derechos de aquellas personas no favorecidas y que en algunos casos llega a excluir, con la finalidad de demostrar que con tal diseño no se vulnera ningún derecho individual.

Frente a los siguientes dos argumentos en contra de la acción afirmativa:

1.- "... tener en cuenta a la raza es injusto por que se concentra en una cualidad que estaría más allá del control de la persona" y

2.- "... el postulado de que al admitir personas negras con calificaciones mas bajas que las que logran algunas personas blancas que son excluidas, la acción afirmativa viola el derecho de los solicitantes a ser evaluados sobre la base del mérito..." (Sandel, 2000, 172 ss.).

Según Sandel, Dworkin responde en los siguientes términos:

En cuanto al primer argumento afirma: "... Pero las personas blancas excluidas debido a la acción afirmativa no lo son por desprecio sino simplemente por el mismo tipo de cálculo instrumental que justifica los criterios que nos resultan más conocidos..."

En cuanto al segundo: "...lo que se considera mérito no puede determinarse en abstracto sino que depende de las cualidades consideradas relevantes para el propósito social que cumple la institución. " (Sandel, 2000, 172 ss.).

Detrás del segundo argumento, según Sandel, se haya implícita la siguiente idea: "... nadie puede alegar imparcialmente que sus derechos son violados por los programas de acción afirmativa, por que ninguna persona, blanca o negra, merece ir a la facultad de medicina o de abogacía por principio: nadie tiene un derecho anterior a ser admitido. " (2000: 174).

Sandel sostiene que cuando Dworkin, por un lado, respecto del primer argumento, afirma que tanto la raza como la inteligencia escapan al control humano y la elección de uno u otro criterio de selección depende de un cálculo instrumental; y por el otro, cuando respecto del segundo argumento, sostiene que las características relevantes no son producto del esfuerzo del sujeto sino más bien de la suerte, y que además, dichas características o cualidades dependen de las aptitudes que la tarea o profesión requiere, está afirmando también que los beneficios no son recompensas sino más bien incentivos para atraer las cualidades consideradas relevantes según el objetivo establecido por la institución.

En síntesis los aspectos sobresalientes del liberalismo deontológico serían: (i) las personas no tienen un valor o mérito intrínseco, es decir, anterior e independiente de lo que le atribuyen las instituciones justas; (ii) nadie tiene o merece por que el sujeto no posee en un sentido no distanciado y constitutivo, como para merecer o poseer, conduciéndonos a un "yo no corporeizado" (4); y (iii) que la utilidad social, al igual que el acervo común, nos conduce a un "yo radicalmente situado" (5).

La dificultad del argumento de Dworkin radica en que una vez que se rechaza la concepción meritocrática del individuo, nos quedamos nuevamente frente al problema de determinar los límites del yo. Dworkin en sus justificaciones remite a un sujeto con características ambiguas, de un modo que se acerca más, según Sandel, a la idea comunitarista de sujeto, o sea, a la noción de posesión o identidad ampliada que enarbola el comunitarismo.

Esto es puesto de relieve cuando justifica la acción afirmativa a partir de la tesis utilitarista de la utilidad social sin más, reconociéndole a la sociedad ser la beneficiaria residual de los atributos y beneficios, una vez que el sujeto es desposeído. Es decir, si la raza al igual que la

inteligencia pueden ser criterios de selección establecidos como resultado del cálculo instrumental llevado a cabo por la institución, y respecto de los méritos, no hay atributo que tenga un valor por sí mismo, sino por el contrario, su valor viene dado por la institución, que al considerarlo útil para sus propósitos lo establece como un requisito de admisión, entonces, lo que está presupuesto es una concepción de sujeto que no posee, en un sentido constitutivo, atributos naturales. Tales atributos recaen de un modo contingente y por lo tanto, los atributos y los beneficios que se obtienen de aquellos son arbitrarios desde un punto de vista moral. Esto es así por que el sujeto no es el propietario o poseedor de los atributos (raza, inteligencia, destreza, etc...) y por lo tanto, el sujeto no tiene un derecho preferente sobre los beneficios.

Para Sandel, de la desposesión del sujeto, Dworkin concluye erróneamente que los beneficios recaen en la sociedad, cuando, continúa Sandel, del hecho que los atributos recaen accidentalmente en un individuo no se sigue que sean propiedad de cierta sociedad o de que ésta sea la titular del goce de los beneficios que aquellos puedan producir.

En otros pasajes, sostiene Sandel, parece inferirse que asume la existencia de un sujeto de la posesión ampliado, aunque sin que pueda identificarse con precisión sus límites, ya que refiere a la sociedad estadounidense, al estado o nación.

Sandel afirma que los argumentos en favor de la acción afirmativa sólo resultarán completos si pueden sortear las perplejidades y ambigüedades señaladas. Por lo tanto, el problema central del liberalismo igualitario es identificar a este sujeto ampliado sobre el cual recaerían los atributos que contingentemente porta el individuo, pero que no puede utilizar en su propio beneficio porque no le pertenecen.

"Finalmente, a menos que sea posible identificar a la comunidad relevante dentro de la cual mis atributos se comparten adecuadamente, y establecer sus fundamentos, el argumento de Dworkin a favor de la acción afirmativa y la noción de Rawls del acervo común tienen el efecto, o bien de contradecir el postulado central en Kant y Rawls en contra de la utilización de algunos como medios para los fines de otros, o bien de evadir esta contradicción al relajar completamente los límites entre el yo y los otros, cayendo así en un sujeto radicalmente situado. " (Sandel, 2000: 185).

4. LA REPLICA LIBERAL

La critica comunitaria a la defensa de la acción afirmativa de Dworkin es que ésta es incompleta y que sus argumentos presuponen una noción paradójica e inconsistente de sujeto. Sandel sostiene además que una defensa completa de la acción afirmativa requiere de un sujeto ampliado, donde la comunidad es, en parte, constitutiva de la identidad del yo.

(Es correcta la objeción?. Creo que no, porque el liberalismo igualitario de Dworkin es una alternativa teórica capaz de dar apoyo a un diseño institucional como la acción afirmativa.

Para ello exploraré la relación entre el sujeto y la comunidad a partir del ensayo, "La Comunidad Liberal". En este artículo Dworkin hace referencia a la importancia de la comunidad política para el sujeto y critica diferentes tesis sobre la comunidad. En especial, se ocupa de responder a la tesis que equipara la comunidad al individuo, a aquella que atribuye a la comunidad todas las dimensiones de la vida del sujeto, por considerarla una concepción antropomórfica e hipertrofiada de comunidad.

Para llevar adelante tanto la crítica como el desarrollo de su propia concepción de comunidad, se vale de la idea de integración (6) entre el sujeto y la comunidad a la cual pertenece. Destaca que la comunidad tiene una vida comunal que incide en la vida del sujeto y, que la unidad de acción no debe ser imputada al individuo sino atribuida a la comunidad a la cual pertenece, es decir, presupone una idea de comunidad como agente colectivo de acción.

Si bien la idea de un sujeto colectivo de acción permite sostener una concepción metafísica de la integración según la cual la comunidad tiene una primacía ontológica, como se infiere de la tesis de Sandel, Dworkin, por el contrario, adopta una concepción práctica, es decir, la integración depende de prácticas y actitudes sociales que le permiten al sujeto identificar cuándo está en presencia de una unidad de agencia común, propia de la vida comunitaria.

Como la unidad de agencia común no es primigenia, tal como lo sostiene la tesis metafísica, sino que se constituye a partir de las propias prácticas sociales, resulta necesario identificar las condiciones o rasgos de la unidad de acción o agencia colectiva. Al respecto Dworkin señala que (i) debemos individualizar y considerar a ciertos actos como colectivos, es decir, no como realizados por individuos en cuanto tales; (ii) además tales actos colectivos deben ser realizados de manera concertada y, por último, (iii) que la composición de la comunidad se explica mediante los actos colectivos que aquella produce (7).

Tales condiciones de la unidad de acción colectiva sólo se cumplen en la comunidad política formal, es decir, las decisiones legislativas, ejecutivas y judiciales. Si bien esto le confiere vida propia a la comunidad política, de ello no se sigue que tal comunidad deba tener rasgos y dimensiones propios de los sujetos individuales.

Al definir la comunidad relevante para el sujeto como la comunidad política formal se obtiene una idea más precisa de ésta, pues tal definición tiene una doble limitación; la primera, refiere a la extensión de la comunidad, es

decir, abarca sólo a los poderes del Estado. La segunda, refiere al valor constitutivo de la comunidad, es decir refiere solo a la participación de ésta en la construcción de la identidad del sujeto, circunscripta al aspecto político.

"De modo que en Dworkin se da una doble limitación, ausente en los comunitaristas que hemos analizado anteriormente. Por un lado, el alcance del carácter constitutivo de la comunidad es limitado: la comunidad (tal como la entiende Dworkin) no abarca y constituye la totalidad de la personalidad moral de los individuos. Por otro, Dworkin logra definir con precisión los alcances del concepto (la comunidad política de un Estado o nación), sin tornar implausible su tesis semi comunitarista. " (Rivera Lopez, 1999).

El liberalismo, entendido como Dworkin lo propone no conduce a un debilitamiento de la vida comunal sino, por el contrario, mediante la idea de integración propicia una articulación de los sujetos en la comunidad política que no se da a través de la imposición de un plan de vida, sino por medio de principios compartidos de justicia. Ello así, porque la articulación se lleva a cabo por el reconocimiento que las instituciones hacen del principio de igual consideración y respeto.

Así, afirma: "De esa forma, nuestra vida privada - nuestro éxito o fracaso a la hora de llevar la vida que una persona como nosotros debe llevar - es en un sentido limitado, pero vigoroso, parasitaria de nuestro éxito político conjunto. La comunidad política tiene esa primacía ética sobre nuestras propias vidas individuales" (Dworkin, 2003).

5.- CONCLUSIONES.

En primer término, se ha mostrado el contexto y los argumentos centrales a favor de la acción afirmativa, señalando la distinción entre aquellos que miran al pasado o comenstarorios, y los que miran al futuro o del bienestar social.

En segundo término se presentó la defensa de Dworkin, señalando que su argumento central es del tipo de argumentos que miran al futuro o del interés colectivo o distributivo, en cuanto afirman que el trato preferencial se justifica sólo cuando tal medida satisface un interés estatal apremiante. Mediante tal diseño institucional se pretende alcanzar una sociedad mejor o con mayor bienestar.

Luego se expuso la crítica de Sandel a Dworkin, consistente en que Dworkin no ha podido justificar completamente la acción afirmativa, por que no puede dar razones suficientes a favor de que los beneficios de los atributos del sujeto deban recaer en la comunidad, y ello es así, por que se funda en una concepción del sujeto, como un "yo desvinculado". Esta objeción apunta a mostrar que la concepción de sujeto presupuesta por los liberales es

insuficiente para justificar la acción afirmativa.

Al mismo tiempo, el argumento de la utilidad social estaría presuponiendo o asumiendo implícitamente la idea de un sujeto moral de posesión ampliado, cuando apela a términos tales como la sociedad norteamericana. Si esto es así, entonces además de injustificada, la defensa de Dworkin sería inconsistente, pues por un lado presupone una concepción del sujeto como "yo desvinculado", propia del liberalismo deontológico, y al mismo tiempo, en defensa de la acción afirmativa, presupone un sujeto ampliado o intersubjetivo, como la sociedad norteamericana.

Por último, se expuso la réplica liberal según la cual la concepción de sujeto presupuesta en la defensa de la acción afirmativa no es un yo desvinculado sino por el contrario, el sujeto está integrado en la comunidad política a la cual pertenece. Esta integración entre el sujeto y la comunidad se da a partir de un ideal compartido de justicia.

En el caso de la acción afirmativa, la defensa de Dworkin se apoya en una noción de sujeto integrado a su comunidad política y por lo tanto, lo que justifica que los beneficios de los atributos del sujeto no recaigan en él sino en la comunidad es que los diseños institucionales deben responder a aquel ideal de justicia cuyo fin es alcanzar la igual consideración y respeto.

Notas al pie:

1) Dado que el liberalismo igualitario, internamente, tiene diferentes posiciones y respuestas en orden a que es lo que exige la igual consideración y respeto, en el presente, abordaremos la concepción de R. Dworkin.

2) Dworkin R., (2003), *Discriminación positiva: (es equitativa?, en Virtud Soberana.* Lleva a cabo un análisis crítico de los criterios utilizados por los jueces para controlar si las decisiones políticas afectan o no la equidad. Sostiene que los tribunales pretenden abordar el problema focalizando la atención en la cuestión de los efectos reales de una ley, distinguiendo entre escrutinio estricto y escrutinio laxo. Si una ley o decisión trae aparejado desventajas a una clase sujeta a una historia de tratamiento desigual entonces debe ser sometida a un escrutinio estricto. En tal caso, se presume una violación la igual protección, a menos que se demuestre que tales desventajas se justifican apelando a la protección de un interés gubernamental perentorio. Por el contrario, cuando la ley coloca en desventaja a una clase que no ha estado sujeta a una historia de tratamiento desigual, debe aplicarse el escrutinio laxo, es decir la ley o decisión goza de una presunción de constitucionalidad, a menos que se demuestre que no sirve a ningún propósito o interés perentorio. El escrutinio estricto, a su vez puede ser interpretado de dos maneras diferentes. Por un lado, la versión de la necesidad imperiosa entiende que las clasificaciones raciales llevadas a cabo por una institución, violan la igual protección y sólo pueden ser toleradas si es el único medio para poner fin a tal discriminación. Por el otro, la versión impugnatoria no asume prima facie, que toda clasificación racial viole la igual protección. Sin embargo, cuando se apela a dicha clasificación es menester probar que la utilización de este recurso protege un interés perentorio. Dworkin señala que estos modelos de escrutinio son inapropiados para analizar si los programas

de acción afirmativa vulneran o no la igual protección. Además, el escrutinio estricto en su versión de la necesidad imperiosa no encuentra apoyo en ninguna teoría plausible de interpretación constitucional. Muy por el contrario afirma que sería adecuado que los jueces inspeccionaran caso por caso, denominando a tal procedimiento "escala flexible".

3) *De Funis v. Odegaard*, 94 S. Ct. 1704 (1974).

4) Para Sandel, el "yo no corporeizado" es el yo trascendental o noumenal kantiano, desprovisto totalmente de rasgos empíricos. (Sandel, 2000:28).

5) Para Sandel, en el "yo radicalmente situado", los límites entre el yo y los otros, se diluyen (el subrayado me pertenece), mientras que en el "yo situado" (así lo denominamos en el capítulo siguiente al sujeto ampliado de la posesión, propuesto por el comunitarismo), los límites se relajan sin perderse o diluirse. Lo que está por detrás es la relación que media entre el sujeto y la comunidad (o los fines y/o vínculos sociales y/o políticos).

6) La integración entre el sujeto y la comunidad refiere a la buena vida del sujeto y la vida comunitaria. La vida comunitaria de la comunidad política forma parte de lo que determina si la vida de sus miembros es buena o mala, es decir, no hay una distinción tajante entre el bienestar de las personas y el de la comunidad a la cual pertenecen (Cfr. Dworkin, 2003: 244 ss.).

7) Apela al ejemplo de la orquesta para mostrar los rasgos de la unidad de agencia colectiva propia de la vida comunal. Así la actuación de una orquesta es reconocida por sus miembros y por la sociedad como un acto colectivo. Además tales actos son concertados previamente por los músicos que la integran. Por último, la orquesta produce música y ello hace que sus integrantes sean músicos y viceversa (Cfr. Dworkin, 2003: 248 ss.).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 1 DE OCTUBRE DE 2012

:

Editorial:

REF. BIBLIOGRAFICAS

1) Ballestrero, María Vittoria, 2006, "Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita", Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, ISBN: 0214-8676, pag. 59-76.

2) Bonilla, Daniel - Jaramillo, Isabel, 2004, "El igualitarismo liberal de Dworkin, en La Comunidad Liberal de R. Dworkin", Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Bogotá.

3) Campbell, Tom, 2002, "La Justicia. Los principales debates contemporáneos", Gedisa, Barcelona, España.

4) Colomer, José Luis, 2002, Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos, en Estado, justicia, derechos, Díaz Elias / Colomer José Luis Editores, Alianza, Madrid.

5) Dworkin, Ronald,

-1989, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

-2003, *La virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidos, Barcelona.

-2003, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Bs. As.

6) Gargarella, Roberto, 2010, "Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política", Paidos, Barcelona.

7) Lopez Castellon, Enrique; 1996, "Autonomía y Comunidad. Sobre el debate entre comunitaristas y liberales", Revista de Filosofía, 3&. Época, vol. IX, num. 15, págs. 183-207, Servicio de Publicaciones UCM. Madrid.

8) Nino, Carlos S., 1989, "Etica y Derechos Humanos", Astrea, Bs. As.

9) Rivera López, 1999, "Ensayos sobre Liberalismo y Comunitarismo", Distribuciones Fontamara SA., Mexico.

10) Sandel, Michael, 2000, "El liberalismo y los límites de la justicia", Gedisa, Barcelona.

11) Santos Pérez, Lourdes, 2005, "Liberalismo e Igualdad", Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

12) Seleme, Omar H., 2004, "Neutralidad y Justicia", Marcial Pons, Madrid.

13) Vazquez, Rodolfo, 1998, "Derechos de las minorías y tolerancia", Doxa 21 - II.

La evolución humana. (Perspectiva científica de la evolución para la comprensión de los derechos humanos)

Material didáctico de la Cátedra "B" de Derecho Constitucional II- Universidad Nacional de Rosario
- Facultad de Derecho - Departamento de Derecho Público.

MARTÍNEZ DELFA, NORBERTO QUINTO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 21 DE NOVIEMBRE DE 2011

TEMA

VIDA HUMANA-PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-DISCRIMINACION-GENETICA HUMANA-
DERECHOS HUMANOS-INVESTIGACIONES CIENTIFICAS Y TECNICAS

TEXTO

El principio

Para poder hablar de derechos humanos es imprescindible conocer algo más sobre la condición de seres humanos que nos atribuimos.

Hasta hace poco se consideraba que aproximadamente cinco mil millones de años atrás se había producido el estallido de la materia concentrada que definimos como Big-bang, dando origen así al Universo visible y también al no visible.

A partir del análisis de las imágenes captadas por el satélite WMAP a mediados de 2006, actualmente se estima que el universo tiene una "edad" de 13.700 millones de años y se confirmaron algunos otros datos que ya se poseían. Por ejemplo, que el Universo apenas se compone de un 4,4% de átomos. El resto se reparte entre un 22% de materia oscura y un 73% de energía invisible, sobre las cuales sabemos bastante poco por el momento.

A nuestro planeta se le atribuye una antigüedad de 4.500 millones de años pero el origen de la vida, algas y bacterias unicelulares, en las oquedades oceánicas, tiene menos de 4.000 millones. Fue necesario esperar hasta hace apenas unos 800 o 700 millones de años para que apareciesen los primeros organismos dotados de células especializadas interdependientes.

Contando solo 200 millones años hacia atrás, este planeta estaba dominado por los dinosaurios, bajo cuyo imperio de casi 120 millones de años, aparecieron los pájaros y nuestros primeros antepasados mamíferos.

Como veremos más adelante, somos -como especie- los últimos en llegar y nuestro dominio sobre los demás seres vivos tiene tan escaso tiempo que carece casi de significación a escala planetaria.

Origen de la familia humana.

Cuatro son los acontecimientos esenciales en la evolución humana. El primero y el más importante es el origen común de todos los actuales homo sapiens.

Cualquiera sea el color de nuestra piel (1), nuestros rasgos anatómicos externos u otras particularidades, todos, sin excepción, descendemos de los mismos ancestros. Este origen común nos iguala de manera absoluta, de modo que no existe ninguna base científica que permita justificar primacías de unos grupos humanos sobre otros.

Ver cuadro anexo

Hace unos 80 y 60 millones de años surgieron los prosimios, los primates más primitivos de los cuales los humanos descendemos, pero habrá que esperar hasta hace poco menos de 10 millones de años para que aparezca, en la India y África, el Ramaphitecus, el primate más antiguo que se conoce y que posee evidentes rasgos humanoides.

El bipedalismo.

El segundo gran acontecimiento evolutivo de nuestra historia común es la adaptación permanente a la posición erguida y el bipedalismo y llegamos a él antes de ser humanos propiamente dichos. Es más, la locomoción bípeda constituyó un factor determinante en el proceso de humanización de nuestros ancestros.

Cinco millones de años atrás, en África, apareció el Australopithecus, nuestro antepasado primate más cercano, que tardó unos dos millones y medio de años en adquirir la posición erguida y el bipedalismo que nos caracteriza.

El bipedalismo constituyó una ventaja comparativa fundamental en un entorno como el africano que se modificaba rápidamente, sustituyendo los grandes bosques por extensas y desprotegidas sabanas en las que era necesario desplazarse grandes distancias para obtener alimentos y avizorar tempranamente a los depredadores para buscar refugio o defenderse. (2)

La revista de investigación biológica de la Royal Society ha publicado los resultados de una investigación conjunta realizada entre expertos en biomecánica de dos universidades -una norteamericana y otra holandesa, que concluye que el balanceo de los brazos al caminar nos ahorra un 24% de energía. Una interesante costumbre no evolutiva que tornó más eficiente el bipedalismo. (3) La práctica del bipedalismo a través de miles de generaciones modificó gradualmente la estructura corporal de aquellos ancestros. Por ejemplo, mientras que en los primates cuadrúpedos la médula espinal sale del cerebro a través de un orificio situado en la parte posterior del cráneo, en el género homo el orificio se corre hacia la base del mismo. En aquellos la cabeza cuelga, en el género homo se apoya verticalmente.

Una mención aparte merece el hecho de que el bipedalismo contribuyó a la liberación de las manos y, consecuentemente, a la superespecialización de las mismas lo que la constituye en un atributo exclusivamente humano.

Esto implica que ya antes de constituirnos en humanos, las manos de los antiguos homos habían comenzado a adquirir las destrezas básicas que, al tiempo, la convertirían en una pieza clave para la realimentación del proceso de humanización.(4)

Desarrollo del cerebro expandido.

Todavía hace sólo entre 800 y 400.000 años homo erectus controlaba y dominaba el fuego, organizaba la caza a gran escala, construía refugios artificiales con ramas y aún no habíamos aparecido como sapiens sobre la faz del planeta.

Los restos de los australopitecos, prosimios anteriores al hombre, muestran una capacidad craneana de entre 400 y 500 centímetros cúbicos. Los cerebros de los especímenes homo más antiguos entre 600 y 750 centímetros cúbicos. Homo sapiens tiene actualmente 1.500 centímetros cúbicos en promedio.

El aumento del tamaño del cerebro está vinculado a numerosos factores. La fabricación y uso de sencillos instrumentos, convertidos en herramientas para suplir necesidades cotidianas (cortar, punzar, sostener, recoger, etc.), el mejoramiento de la dieta, sobre todo por el consumo de proteínas de alta calidad (carnes rojas), son algunos de esos factores.

El actual cerebro humano es un órgano costoso ya que emplea un 20% de la energía corporal total para funcionar. Sin calorías y nutrientes apropiados ése cerebro no se desarrolla adecuadamente. El tránsito de la dieta exclusivamente herbívora a la omnívora facilitó la transformación.

Ver cuadro anexo

Los humanos modernos.

El cuarto acontecimiento esencial en nuestra evolución es la transformación en los modernos homo sapiens sapiens (así, dos veces, es la denominación técnica correcta)

En sucesivas etapas nuestros antecesores homínidos lograron bajo las condiciones especiales determinadas por el bipedalismo, la expansión del cerebro (5) y una dieta amplia con alto contenido de aminoácidos, la modificación de la laringe y el desarrollo del habla.

De la generación del habla primitiva al surgimiento del pensamiento abstracto hay un salto cualitativo que coloca a homo sapiens en un nivel de superioridad absoluta sobre todos los demás seres vivos, convirtiéndolo en el hombre moderno que continúa evolucionando sin que lo percibamos.(6)

Ver cuadro anexo

Se estima que recién hace algo más de 100.000 años nuestros directos antepasados *homo sapiens sapiens* aparecieron en África y de ellos, solamente de ellos, descendemos la totalidad de los humanos que poblamos actualmente el planeta.

Todas las otras especies humanas que habitaron la Tierra, ya sea en forma simultánea o anterior a nuestra aparición como especie, se han extinguido. Es bastante probable que estas extinciones estén directamente relacionadas con la conducta genocida de nuestros antepasados.

Tanto tiempo nos ha llevado nuestra adaptación, que equivale sin embargo al tiempo que demanda un suspiro en el reloj del Universo, que la primera ciudad de la que tenemos noticia (Jericó) registra apenas 10.000 años de antigüedad.

Poco menos que ese tiempo nos llevó inventar el arco y la flecha y comenzar a domesticar los primeros animales y hace 5.500 años, en Sumeria, un grupo de nuestros antecesores diseño la primera rueda, base de toda la tecnología existente.

Biológicamente, la especie a la que pertenecemos es una de las últimas en aparecer sobre el planeta en el que convivimos con varios millones de otras especies, tanto animales como vegetales, la mayoría de ellas bastante más antiguas y que nos vieron evolucionar desde simples mamíferos primitivos hasta convertirnos en primates y luego separarnos poco a poco del resto hasta alcanzar el más alto desarrollo intelectual.

Es sin embargo, totalmente erróneo suponer que hemos sido la única especie de humanos sobre la Tierra. De acuerdo a numerosos estudios arqueológicos y antropológicos, otros humanos pre-existieron a nosotros y algunos probablemente hayan sido coetáneos de nuestros ancestros. (7)

El tipo neandertal por ejemplo, que logró un gran desarrollo cultural en extensas regiones de Europa desde hace unos 230.000 años, se ha extinguido ya hace alrededor de 30.000 años y, según algunas teorías, serían nuestros antepasados directos quienes resultaron autores materiales de tal extinción. (8)

El estado actual de la ciencia nos ha permitido, a través del estudio del ADN determinar que los 6.500 millones de *homo sapiens sapiens* que poblamos el globo compartimos en un 99,9% el mismo genoma (o código genético humano). La pequeñísima diferencia probablemente inferior al 0,1% entre cualquiera de nosotros y los demás es la responsable del color de los ojos, el riesgo de padecer ciertas enfermedades o que aparezca alguna mutación aleatoria, entre otras cosas.

Una de las causas por las cuales todos los humanos tenemos un genoma casi idéntico es que nuestros ancestros se dispersaron hace relativamente poco tiempo, de modo que ningún grupo tuvo un aislamiento tan prolongado que posibilitase incorporar mutaciones importantes que lo tornasen una especie diferente.

Ver cuadro anexo

Los mismos segmentos de ADN de dos humanos elegidos al azar entre alejados

puntos del planeta, tienen menos diferencias que el mismo segmento tomado a dos de los escasos 150.000 chimpancés que quedan en el mundo, porque esta especie es mucho más antigua que el hombre.

Cada vez que un hombre y una mujer conciben un hijo, el ADN se reorganiza en el nuevo ser, pero algunas partes de aquel se mantienen inalterables. Es el caso del ADNmt o ADN mitocondrial que se trasmite íntegramente de la madre al hijo. También la mayoría de los cromosomas Y que determinan el sexo masculino, se trasmiten intactos de padre a hijo.

Gracias a estas características, los científicos han podido determinar qué mutaciones se han ido acumulando tanto en el ADN mitocondrial como en los cromosomas Y (en los varones) y trazar un mapa bastante preciso del territorio en el que se originaron nuestros ancestros, así como las posteriores migraciones que nos han llevado a ocupar casi todos los confines del planeta.

El actual estado del conocimiento permite afirmar que todos los grupos humanos existentes, cualquiera sea el color de nuestra piel o del cabello o cualquier otra particularidad, provenimos de la misma "Eva mitocondrial" que habitó en África hace unos 150.000 años.(9)

Es importante resaltar que aunque para entonces existían muchas mujeres en estos grupos humanos, circunstancias que por ahora nos son desconocidas, hicieron que todos los rastros de ADNmt que actualmente perduran correspondan a una única y misma mujer. La descendencia de todas las demás mujeres quedó en el camino. Lo mismo ha sucedido con el portador del cromosoma Y: solo ha quedado el de uno. (10)

Lo más notable es que también todos los humanos existentes descendemos de cazadores recolectores que vivieron en África por lo menos el doble del tiempo que el que las generaciones siguientes hayan residido en cualquier otro punto del globo.

Según estudios realizados en la Universidad de Stanford (California, EEUU), es probable que en algún momento de la etapa exclusivamente africana de nuestra evolución, hayamos estado al borde de la extinción como especie, como consecuencia de los cambios ambientales, desastres naturales y enfermedades.

Durante este crítico periodo se sostiene que los humanos habríamos descendido a unos dos mil individuos, (11) razón de más para comprender la estrecha cercanía biológica que los actuales humanos tenemos con cada uno de nuestros congéneres.

Las evidencias científicas sugieren que en distintas épocas pequeños grupos de homo sapiens partieron del África, distribuyéndose por distintos territorios. Al tiempo de las migraciones, probablemente los humanos no fueran más de 10.000 y todos estaban en África. (12)

Asia fue el primer asiento de los inmigrantes. Un grupo de estableció en Oriente Medio pero otro siguió la costa de la península Arábiga hasta la India y más allá. Hay indicios en Australia de la presencia de humanos hace casi 50.000 años atrás.

La llegada de los homo sapiens sapiens a Europa quizá tiene menos de 40.000 años porque ése territorio estaba ocupado por otra especie humana, los Neandertal. Casi simultáneamente algunos miembros del grupo asentado en Oriente Medio avanzó hacia el Este, rumbo al centro de Asia y llegaron al sur de Siberia hace unos 40.000 años.

La mayoría de los científicos coincide en que todos los nativos americanos

descienden de los ancestros que provienen del Asia y que cruzaron a la actual Alaska desde la Siberia, cuando el puente entre los dos continentes era visible, entre 20.000 y 15.000 años atrás. Los marcadores genéticos de los indígenas americanos actuales coinciden con los de los habitantes de la región de Altay, en el sur de Siberia. Desde entonces y en tan solo en unos mil años, los nuevos colonizadores se dispersaron por todo el continente y llegaron a América del Sur.

Desafíos.

En muy escasos siglos los humanos hemos intentado superar nuestra animalidad original por medio de la civilización.

La comunidad científica reconoce actualmente la influencia de la tecnología en nuestra evolución. Los productos que hemos generado modifican nuestros comportamientos y la adaptación es cada vez más dependiente de los colosales logros tecnológicos que día a día incorporamos.

Homo sapiens ha traspasado poco a poco los límites biológicos mismos de la especie: controlamos las enfermedades impidiendo así la selección natural; prolongamos la existencia más allá de las previsiones biológicas; desarrollamos aptitudes inéditas incorporando a nuestros cuerpos herramientas que multiplican nuestras facultades corrientes... Y estas potencialidades parecen no tener límites.

Sin embargo, el inmenso progreso material que hemos alcanzado, no parece estar acompañado de una correlativa superación moral.

Todavía en los inicios del siglo XXI la mayor parte de la humanidad vive en la pobreza, la desigualdad y el yugo de sistemas políticos o sociales opresivos.

Es fundamental para el estudiante de Derecho compenetrarse entonces profundamente de la importancia que tiene el conocimiento del hombre como ente biológico y cultural, cuyos derechos intrínsecos deben ser asegurados no solo por los estados particulares, sino por la sociedad como conjunto y por la comunidad internacional como un todo.

RESERVADOS LOS DERECHOS DE AUTOR. ÚNICAMENTE ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN, POR CUALQUIER MEDIO, SIEMPRE QUE SE MENCIONE EXPRESAMENTE LA FUENTE CON INDICACIÓN DEL AUTOR, TÍTULO DEL TRABAJO Y CARÁCTER DE DOCUMENTO DIDÁCTICO PARA UTILIZACIÓN EN LA CÁTEDRA "B" DE DERECHO CONSTITUCIONAL II DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO.

Notas al pie:

1) Una sustancia llamada melanina es la responsable de la coloración de la piel y constituye la primera línea defensiva del organismo humano, ante la pérdida de la vellosoidad que lo cubría en la etapa presapiens, contra los peligros de la irradiación de origen solar: quemaduras corrientes, sarpullidos y sus riesgos de infección y los diversos tipos de cáncer de piel. A mayor

cantidad de melanina, más oscura es la piel y mayor la protección contra estos riesgos. Puede verse al respecto la opinión de Marvin Harris en su obra *Nuestra especie*, Alianza, Madrid, 8º reimp. 2008, p. 106 y ss.

2) Jocelyn Murria en *África, el despertar de un continente*, vol. I, Ed. Folio, Barcelona, 1995, p. 44 sostiene que el bipedalismo y no el aumento del tamaño del cerebro, fue la causa básica de la revolucionaria evolución del hombre.

3) En diario "Clarín", Bs.As., domingo 9 de agosto de 2009, p. 44.

4) Louis Leakey y su esposa Mary realizaron a fines de los años 50 importantes hallazgos en la garganta de Olduvay (Tanganika, en África) que permitieron asociar unos quince huesos de la mano de un homínido primitivo con utensilios hallados en el entorno. John Napier ha escrito un interesante trabajo sobre la evolución de la mano.

5) Se cree que una mutación genética operada en un único individuo produjo la reducción del músculo masticatorio que en los simios se prolonga hasta muy arriba, impidiendo el desarrollo craneano hacia los lados y este cambio resultó determinante en la futura evolución.

6) El desarrollo del habla se encuentra magistralmente tratado por Faustino Cordón en *La naturaleza del hombre a la luz de su origen biológico*, Ed. Anthropos, Barcelona, Reimp. 3º ed. 1991, capítulo V

7) Pueden consultarse las obras de Juan Luis Asuaga e Ignacio Martínez La especie elegida, Ed. Temas de Hoy, Madrid, 1998 y *El origen del hombre* de Manuel Seara, Colección Punto de Vista, Ed. Anaya, Madrid, 1999.

8) En 2008 en el Instituto Max Planck de Antropología Evolutiva (Leipzig, Alemania), con la cooperación de una corporación científica de la Compañía Roche, se logró secuenciar más del 60% del total del genoma del hombre de Neandertal. Entre los resultados obtenidos, se ha confirmado que los homo sapiens compartimos con nuestros parientes la misma variante del gen FOXP2 que tiene un rol primordial en el desarrollo del lenguaje. Por lo tanto este tipo de humanos tuvo potencialidades genéticas para desarrollar el habla, aunque carecemos de indicios suficientes para afirmar que, efectivamente, pudiesen hacerlo. El material genético utilizado para los estudios, provino principalmente de huesos hallados en la cueva de Vindija, en Croacia.

9) En 1987 los científicos Cann, Stoneking y Wilson publicaron un estudio comparando el ADN mitocondrial de 147 personas pertenecientes a cinco poblaciones de distintas geografías (África, Asia, Australia, Nueva Guinea y Europa), del que resultaba que la humanidad tuvo un antepasado varón común que vivió en África entre 100.000 y 200.000 años atrás, mientras que el ancestro femenino, en el mismo lugar tiene seguramente unos 200.000 años.

10) A principios de 2007 la National Geographic Society e IBM iniciaron el mayor estudio global para rastrear la historia evolutiva y migratoria de los seres humanos. Este Proyecto Gráfico constituye la más grande exploración para determinar cómo nuestra especie se desplazó por los continentes durante miles de años y profundizar el conocimiento de nuestro origen común.

11) El estudio aparece en la Revista American Journal of Human Genetics de junio de 2003.

12) Científicos de la Universidad de Stanford (California) y de la Academia de Ciencias de Rusia, realizaron una investigación publicada en junio de 2003 en la revista American Journal of Human Genetics, en la que afirman que hace

70.000 años la humanidad pudo haber estado al borde de su extinción por efecto de los desastres naturales y las enfermedades. En tal contexto, los humanos no deben haber sido más de 2.000.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 21 DE NOVIEMBRE DE 2011

:

Editorial:

Aspectos jurídicos del "derecho de admisión" en colegios privados.

Texto completo

VICECONTE, MARTÍN

Publicación: www.infojus.gov.ar, 27 DE SETIEMBRE DE 2011

TEMA

CONTRATO DE ENSEÑANZA-ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES PRIVADOS-INGRESO A ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES PRIVADOS-DERECHO A LA EDUCACION-DISCRIMINACION-DISCRIMINACION EN LA ENSEÑANZA-DERECHOS HUMANOS-DERECHOS DEL NIÑO-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

TEXTO

I.-Introducción:

Un tema que ha cobrado gran relevancia durante los últimos treinta años es, sin lugar a dudas, la incidencia de los derechos humanos en el ámbito de la educación y el rol que le compete al Estado en dicha materia (1).

Si bien cuando se habla de educación no se alude exclusivamente al colectivo de niños y niñas, lo cierto es que desde la perspectiva de la función pública corresponde considerar la particular situación de la infancia por tratarse de un grupo históricamente vulnerado (2).

Tanto en la teoría como en la práctica, el llamado "derecho de admisión" de las instituciones de educación privadas, fundamentalmente en los niveles inicial y primario, representa un problema jurídico que llega, en muchos casos, a entrar en conflicto con normas de protección y promoción de los derechos humanos.

La tensión de intereses que tiene lugar entre los distintos sujetos que integran una relación educativa de gestión privada es consecuencia de la desigualdad propia en la que estos se encuentran al momento de celebrar el contrato de enseñanza. Por ello, encontrar el punto de equilibrio de los derechos y deberes que posee cada una de las partes resulta ciertamente una tarea compleja.

Sin embargo, el tiempo de maduración del paradigma constitucional argentino en materia de derechos humanos, sentado a partir de la reforma del año 1994,

genera la necesidad de tomar postura sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (3), principalmente en aquellos casos en que se presta un servicio público cuyo interés social resulta insoslayable.

En tal sentido, la observancia de los derechos humanos en general y de la normativa antidiscriminatoria en particular se vuelve una herramienta necesaria para dar soluciones acordes a las premisas democráticas frente a prácticas injustas del ámbito educativo.

II.-La realidad en estadísticas:

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) es un organismo de protección y promoción de los Derechos Humanos, creado en el año 1995 a partir de la Ley N° 24.515, que tiene entre sus objetivos difundir el resultado de los estudios que realice o promueva en materia de discriminación (Art. 4 Incs. a y b).

En la publicación titulada "Hacia una Argentina sin discriminación -Informe de gestión del INADI", correspondiente al período septiembre 2006 / agosto 2007, el organismo presentó una serie de estadísticas las cuales indican que sobre un total de cuatrocientas ochenta y seis (486) denuncias el ocho por ciento (8 %) de ellas estaban relacionadas a situaciones producidas en el ámbito educativo (4).

En la publicación subsiguiente, sobre el período abarcado entre septiembre 2007 - agosto 2008, el total de denuncias se había incrementado casi un trescientos por ciento, llegando a mil setecientas veintidós (1722) presentaciones de las cuales el diez por ciento (10%) referían a situaciones producidas en la esfera de educación (5).

Finalmente, en el mismo informe producido durante el período septiembre 2008 - agosto 2009 el número total de casos había ascendido a mil novecientos once (1911), correspondiendo a denuncias en el ámbito educativo un diez por ciento (10 %) de ellas; es decir, un total de 191 presentaciones por hechos de discriminación en las escuelas (6).

Es necesario señalar que la mayoría de las denuncias recibidas durante los tres períodos de gestión fueron por aplicación del derecho de admisión impropio (7) en instituciones educativas privadas; fundamentalmente casos de negativa de rematriculación sin expresión de causa o bien debido a determinadas actitudes de los/as padres y madres de los/as alumnos/as hacia autoridades del colegio.

III.-Naturaleza jurídica del "derecho de admisión" en los colegios privados:

De forma invariable, la mayoría de las contestaciones realizadas por los colegios privados ante denuncias por discriminación en el ejercicio del derecho de admisión (8) parten de suponer la existencia de dicha facultad como una verdad autoevidente (9); a tal punto que prescinden hacer referencia a la norma jurídica que la establece.

Pero contrariamente a la inconscusa postura asumida por las instituciones privadas de enseñanza, el derecho de admisión así nominado aparece

positivamente consagrado solo a través de una resolución ministerial dispuesta por el gobierno de facto durante la última dictadura militar.

La Resolución N° 641/81 del Ministerio de Educación de la Nación, en su artículo 137, establece: "Los Institutos privados se reservan el derecho de admisión. Ese derecho sólo podrá ejercerse al inicio de cada período lectivo y en referencia con la posible matriculación de alumnos y alumnas".

Sin embargo, por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley N° 2.681 del año 2008, en sus Arts. 1 y 2, expresa un criterio muy distinto -más actual y democrático- para referirse a la misma facultad jurídica; a saber: "Los establecimientos educativos de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial en todos sus niveles no podrán negar sin causa la matriculación o la rematriculación a un/a aspirante para el año o ciclo lectivo siguiente. (...) Las causas que aleguen las instituciones educativas para negar la matriculación o rematriculación, no deben ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Tal como puede apreciarse en ambas normas, un contrato educativo puede ser interrumpido por decisión unilateral de la institución privada. El reconocimiento de esta facultad -más o menos amplia, ya se verá- no es independiente del alcance que se le asigne al derecho de enseñar reconocido en la Constitución Nacional (10).

De esta manera, la posibilidad de interrumpir un contrato de enseñanza, particularmente en lo que respecta a la educación oficial, pública y obligatoria, aunque de gestión privada, debe ser entendida como una facultad jurídica cuyo ejercicio el Estado puede -y debe- escrutar en cada caso concreto, a la luz de las distintas normas que rigen la actividad y la plena observancia de los derechos humanos.

Algo distinto sería concebir al derecho de admisión como una facultad jurídica autónoma que, aunque reconocida en alguna norma positiva -pero sin reglamentación suficiente- tuviera por único límite aquel determinado por los usos y costumbres de la práctica contractual (Art. 17 del Código Civil) (11).

IV.-El rol del Estado en el control del "derecho de admisión" en los colegios privados:

En el punto anterior se hizo referencia al rol del Estado frente al ejercicio del derecho de admisión de las instituciones educativas de gestión privada sin explicar cuáles son los fundamentos jurídicos de dicha función de contralor.

Para comenzar, corresponde señalar que el Estado ostentando el "poder de policía" puede delimitar el alcance de los derechos individuales a través del dictado de normas reglamentarias (12), con el fin de lograr una convivencia pública, pacífica, democrática, saludable y plural, en aras del bienestar general y la prosperidad de toda la comunidad en su conjunto.

El ordenamiento normativo argentino no reconoce derechos absolutos. Así lo dispone la Constitución Nacional en su artículo 14: "Todos los habitantes de

la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de enseñar y aprender".

Además en materia del derecho de "enseñar" la Ley Federal de Educación establece que es competencia del Estado autorizar, regular y supervisar el funcionamiento de colegios privados (Arts. 6, 13 y 14 de la Ley Nacional N° 26.206).

En segundo lugar es preciso señalar que en lo relativo a la situación de los/as niños/as y adolescentes, el Estado detenta una particular responsabilidad frente a la sociedad. En efecto, su intervención en materia de infancia y adolescencia no se limita a garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos de la infancia como un fin "per se". Por el contrario, entraña la legítima aspiración pública de producir la transformación de las generaciones futuras en adultos/as funcionales (13).

La Ley Nacional N° 26.206 establece que la educación, además de ser un derecho individual y social, es un bien público garantizado por el Estado (Art. 2). Es justamente en esta faz pública que la educación se constituye como una política de Estado prioritaria para construir una sociedad justa, democrática y respetuosa de los derechos humanos (Art. 3).

La pretensión albergada por el Estado de contribuir, a través de la enseñanza, al desarrollo de los niños para lograr, a futuro, su plena integración social, laboral, etc., se encuentra plasmada en el concepto "educación integral" enunciado en los fines de la referida ley (Art. 11, Inc. B). Es así que a través de una postura asentada sobre las bases del paradigma "paternalista jurídico razonable" (14) -el único modelo aceptable para el tratamiento de la infancia- el Estado debe concebir un conjunto de medidas sobre aquellos individuos que, por si mismos carecen de competencia básica (15), con el propósito de evitarles daños y favorecer sus intereses.

De esta manera queda puesto de relieve el insoslayable interés público que subyace a la regulación de los distintos aspectos concernientes a la niñez, particularmente en materia educativa.

Por último -pero aún más importante- corresponde hacer referencia a la función del Estado como garante de los Derechos Humanos. Este punto presenta dos aristas diferentes, ambas de sustantiva relevancia para terminar de comprender el rol del Estado en el control del derecho de admisión en colegios privados.

El Estado es a la vez garante del pleno goce y ejercicio del derecho a la educación como derecho humano y encargado de bregar por el respeto de los derechos humanos en el ámbito de la enseñanza (16), fundamentalmente a través de la no vulneración de los principios generales de igualdad ante la ley y no discriminación (17).

La eventual responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia del incumplimiento de su rol de garante, tanto respecto del derecho a la educación

-sobre el cual se ampliará- como del principio de igualdad y no discriminación, surge de numerosos tratados de protección y promoción de los derechos humanos con jerarquía constitucional conforme lo establecido en el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional, a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Arts. II y XII; la Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 2, 7 y 26; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 1, 24 Y 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 2 Inc. 2, 13 y 14; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Arts. 2 Inc. 1, 24 y 26; y la Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 2, 28 y 29; entre otros.

V.-El escrutinio del derecho de admisión en los colegios privados:

Dejando de lado el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debido a su normativa de avanzada, los problemas ocasionados a raíz del ejercicio del derecho de admisión en colegios privados obedecen a la absoluta ausencia de normas reglamentarias que delimiten el contorno de tamaña potestad.

Ahora bien, ya sea que la facultad en cuestión presente aspectos no regulados, o bien que las normas reglamentarias entren en conflicto con otras de superior jerarquía legal, o también incluso el hecho de que su aplicación conlleve a desvirtuar el alcance del derecho en cuestión, corresponde al poder judicial realizar un escrutinio de razonabilidad para dirimir jurídicamente el conflicto que pueda sucederse en cada caso concreto. (18)

Se adelanta que además de la regularidad en el ejercicio del derecho de admisión por parte de los colegios privados, el escrutinio de razonabilidad puede arrojar como resultado que el obrar de la institución educativa sea arbitrario -abuso de derecho- o, todavía peor, que sea discriminatorio. Ambas conductas son ilícitas y se encuentran reprobadas por distintas normas del ordenamiento jurídico nacional cuyos efectos no varían sustancialmente (19). Sin embargo, la carga moral que evoca el reproche antidiscriminatorio (20) agrava el anormal ejercicio que se haga del "derecho de admisión", fundamentalmente en el ámbito educativo.

Tal como se adelantó, la ley prohíbe el "acto ilícito" que se produce como consecuencia del ejercicio abusivo de derechos. El Código Civil, Art. 1071, dispone: "(...) Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Por otro lado, la Ley Nacional N° 23.592, Art. 1, prohíbe los actos discriminatorios de la siguiente manera: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja 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. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

La diferencia entre la aplicación de uno u otro reproche jurídico radica básicamente en el motivo tenido en cuenta por las autoridades de las instituciones de enseñanza privada para decidir no contratar o dejar de contratar con determinados sujetos.

Mientras el abuso de derecho se configura por el agravio causado como consecuencia del ejercicio aberrante de una facultad jurídica, el acto discriminatorio se produce por basar la conducta lesiva en una condición o característica esencial, íntima o constitutiva de la persona humana, sin que dicho temperamento pueda ser razonablemente justificado (21).

Fijada así la "ratio legis" de las normas aplicables ante supuestos de ejercicio irregular del derecho de admisión en colegios privados -ya sea por abuso o discriminación- y antes de presentar los posibles estándares del escrutinio de razonabilidad en la materia, resulta necesario considerar previamente los bienes jurídicos (22) comprometidos, desde la óptica de los destinatarios naturales del servicio educativo. Definir los intereses contrapuestos es el primer paso para determinar la preponderancia de las posturas asumidas por las partes en conflicto, en cada caso concreto.

De esta manera cabe señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU - 1990) tutela jurídicamente muchos de los intereses sociales puestos en juego a partir de la decisión unilateral de un colegio privado de no contratar o interrumpir un contrato educativo con determinada persona; a saber: a) el reconocimiento del niño como sujeto de derecho de forma autónoma y privilegiada respecto de los adultos, y la consideración primordial de su bienestar por parte de las instituciones públicas y privadas de bienestar social en cada una de las medidas que adopten (Arts. 3 y 4); b) El niño se encuentra protegido contra todo acto discriminatorio, particularmente por causa de la condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres (Art. 2); y finalmente c) el niño tiene derecho a la educación y el Estado tiene la obligación de reducir la deserción escolar (Art. 28).

Siguiendo los principios rectores de la Convención, la Ley Nacional N° 26.061 "de protección integral de niñas, niños y adolescentes", establece que el concepto de interés superior del niño implica -entre otros aspectos- respetar su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (Art. 3 Inc. d), debiendo los organismos del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos (Art. 29).

Por su parte, la Ley Nacional N° 26.206 refuerza los estándares señalados con anterioridad en materia de educación poniendo a cargo del Estado la obligación de garantizar las condiciones para la permanencia de los alumnos en los diferentes niveles del sistema de enseñanza (Art. 11 Inc. h); al tiempo que coloca en cabeza de estos el derecho a una educación integral e igualitaria

que contribuya al desarrollo de su personalidad y desarrolle la responsabilidad y solidaridad social (Art. 126 Inc. a); y a favor de sus padres el derecho a ser reconocidos/as como agentes naturales y primarios de la educación y de elegir la institución educativa de sus hijos/as (Art. 128 Incs. a y c).

De lo dicho se desprende que los estándares correspondientes al escrutinio de razonabilidad del derecho de admisión en colegios privados quedan asimilados a las mayores exigencias propias de los actos públicos, debido al carácter y relevancia social del servicio que prestan (23).

Si bien en lo que refiere al desarrollo de escrutinios de esta naturaleza no es posible establecer criterios generales demasiado concretos, quedando el análisis en cuestión invariablemente supeditado al orden casuístico, se presentan los siguientes estándares a modo de propuesta.

a) La auto limitación de la autonomía de la voluntad:

El primer aspecto a tener en cuenta a la hora de escrutar un caso concreto de ejercicio del derecho de admisión en una institución privada, es la posibilidad que tienen los individuos de ajustar su autonomía de voluntad a reglas de conducta que ellos mismos establecen para guiar el curso de sus relaciones.

Este precepto básico de derecho encuentra fundamento positivo en el Art. 19 de la Constitución Nacional y es uno de los pilares del sistema liberal de gobierno. El mismo indica el límite de la intervención del Estado, como garante del bien público, en la esfera de la vida íntima de las personas. Sin embargo, tal como surge del propio artículo, la libertad personal allí consagrada resulta de carácter relativo y en la medida que las acciones de los individuos se alejan de la esfera de intimidad, sea porque vinculan a otras personas de forma perjudicial o porque alteren el orden público, los "magistrados" podrán ejercer su autoridad.

Pero volviendo al derecho de admisión en colegios privados, el primer estándar del escrutinio de razonabilidad consiste en analizar de qué manera las partes que celebraron un contrato educativo instrumentaron normas de conducta de aplicación para dicha relación jurídica.

Tomando al principio de la autonomía de la voluntad como regla para la efectiva libertad de los individuos al momento de determinar el alcance de sus relaciones contractuales y ante la ausencia de reglamentación por parte del Estado en materia de derecho de admisión en colegios privados, resulta necesario que las partes que conforman el acuerdo educativo establezcan de forma clara, precisa y por sobre todo, respetuosa de los derechos humanos -en particular los DD.HH. de la infancia- las circunstancias que habiliten el ejercicio de la potestad institucional de interrumpir unilateralmente dicho

vínculo jurídico.

Paradójicamente, en la gran mayoría los casos, los institutos privados de enseñanza no cuentan con un reglamento interno que explique los pormenores de la facultad de admitir o renovar la matriculación de un alumno; asumiéndola como una potestad discrecional tan amplia que, por su propia imprecisión y vaguedad, tiende a presentarse como arbitraria.

Por lo tanto, el primer estándar de validez del derecho de admisión en colegios privados es la instrumentación del alcance de dicha facultad en un documento que sea conocido por el destinatario del servicio de educación al momento de contratar y que establezca los motivos, circunstancias y tiempo de antelación suficiente que habiliten su ejercicio.

Cabe destacar que a los efectos de considerar superada la premisa propuesta por este primer estándar no resultan suficiente los denominados códigos de convivencia conforme actualmente se hallan redactados la mayoría de ellos, así como tampoco los denominados "idearios" que -aunque dispuestos por escrito- poseen algunas instituciones educativas de gestión privada, toda vez que en ellos no se hace mención de las condiciones de admisión y permanencia.

b) La mecánica contractual:

El segundo estándar a tener en cuenta para valorar la validez del ejercicio del derecho de admisión en colegios privados tiene que ver con la especial mecánica contractual de dicho vínculo jurídico.

En términos del Código Civil el contrato de educación presenta las siguientes características definitorias: a) es bilateral, pues establece obligaciones recíprocas; b) a título oneroso, porque las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho; c) es consensual, toda vez que queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento; y e) es innominado, ya que la ley no lo designa bajo una denominación especial (Arts. 1137 ss. y cc.).

Más importante aún que estas características, es el hecho de que el contrato de educación produce efectos (derechos y obligaciones) "permanentes y de ejecución continuada" (24); es decir, que implican una prestación reiterada en el tiempo sin solución de continuidad.

Un contrato de enseñanza abarca temporalmente el curso de un ciclo lectivo. La ultra continuidad del vínculo cumplido en este lapso depende de un acto jurídico autónomo -pero muy relacionado al primero- denominado "rematriculación"; a través del cual las partes, de forma mecánica, perfeccionan un nuevo contrato educativo, sin discutir ninguna de las condiciones esenciales del mismo (duración, prestaciones, etc.). Esto le

asigna el carácter de continuo y renovable.

El inicio de un contrato de enseñanza -y su continuidad- supone la expresión de voluntad de los destinatarios del servicio, previo análisis de los distintos aspectos que hacen a la relación educativa como; por ejemplo: el contenido curricular, la infraestructura edilicia, el ideario de la institución, etc. Esto se debe a la innegable inclinación natural que tienen los padres por el bienestar de sus hijos, (25) siendo la calidad de la educación una de sus mayores preocupaciones. Así lo refleja la Ley Nacional N° 26.206, cuyo artículo 128 establece: "(...) Los padres, madres o tutores/as de los/as estudiantes tienen derecho a: a) Ser reconocidos/as como agentes naturales y primarios de la educación (...) c) Elegir para sus hijos/as o representados/as, la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas (...)".

Entendiendo de esta manera las inquietudes de los padres al momento de elegir el colegio donde su hijo recibirá educación oficial resulta evidente que tal decisión excede el lapso temporal del ciclo lectivo. El propio sentido común no permite otra interpretación posible ya que extendiéndose la educación obligatoria desde los cinco años de edad hasta la finalización del nivel secundario (Art. 16 de la Ley Nacional N° 26.206), nadie concebiría con sensatez contratar con trece colegios distintos.

Igualmente lógico es suponer que el cambio de institución obedezca a motivos concretos tales como que los padres se encuentren disconformes con el servicio, o por motivos económicos, o incluso que la finalización de un nivel determine un cambio de orientación como por ejemplo orientación técnica o modalidad bilingüe, etc. Por lo tanto, si bien el contrato de enseñanza tiene por duración el curso de un ciclo lectivo, los destinatarios de este servicio poseen, cuanto menos, una expectativa legítima de prolongar dicho vínculo jurídico durante los años siguientes.

En tal sentido debe tenerse particularmente presente que el Código Civil dispone: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (Art. 1198).

Con fundamento en lo expuesto, el segundo estándar aplicable al derecho de admisión en colegios privados consiste en que el mismo sea ejercido dentro de un plazo razonable, con suficiente antelación; de forma tal que la decisión unilateral de la institución, contrapuesta a la expectativa legítima de los destinatarios del servicio de educación, no resulte intempestiva y deje al niño temporalmente desescolarizado.

Asimismo, otro punto a tener en cuenta sobre la mecánica contractual de la educación de gestión privada se relaciona con la desigual posición en la que se encuentran las partes al momento de contratar.

Es sabido que la celebración de un contrato educativo no es precedida por una etapa de negociación de las condiciones y términos del acuerdo. Los destinatarios del servicio de educación son la parte más débil de la ecuación contractual y se encuentran imposibilitados de modificar cualquier cuestión con la que desacuerden.

Atendiendo a esta problemática, el sistema jurídico contempla la protección de los derechos de los consumidores frente a posibles condiciones y situaciones abusivas a través de normas cuyos principios detentan jerarquía constitucional (Art. 42 de la Constitución Nacional).

Es por esto que el tercer estándar de validez para el ejercicio del derecho de admisión en colegios privados implica interpretar lo convenido por los contratantes sobre los alcances de dicha facultad a favor de la parte más débil. Este criterio resulta de aplicación en casos de ausencia, ambigüedad o vaguedad de los motivos de la no admisión o rematriculación de un alumno, así como también para valorar si tal decisión fue notificada de manera fehaciente y con suficiente antelación a los destinatarios del servicio educativo.

c) La razonabilidad de acuerdo con el medio y los fines propios de la actividad educativa:

El último estándar del escrutinio de razonabilidad del derecho de admisión en colegios privados surge como consecuencia del análisis de la proporcionalidad entre el medio empleado (la decisión de no contratar o de dejar de contratar con alguien) y los fines propios que persigue la actividad educativa.

Para proceder a dicho análisis corresponde previamente aproximarse al contenido de la expresión "fines propios" de la actividad educativa.

La Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 29, establece que la educación debe estar encaminada a: "(...) b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres (...) d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad (...)".

Fines similares a los establecidos en la Convención son perseguidos además por las Leyes Nacionales N° 26.061 (Art. 15) y 26.061 (Arts. 3 y 11), tal como se diera cuenta de ello en ocasión de considerar el interés público inherente a la actividad educativa.

Por su parte el Decreto N° 1086/05, que declara de interés nacional el estudio multidisciplinario titulado "Hacia un plan nacional contra la discriminación" señala respecto del ámbito de la educación que: "La institución escolar cumple el papel de agente estatal que construye, es decir contribuye o bien contrarresta o mitiga, los procesos discriminatorios que se

dan en la sociedad. Además, es un escenario privilegiado de observación de los procesos clasificatorios y las constelaciones de sentido que articulan creencias, valoraciones y jerarquías construidas históricamente".

De las normas citadas precedentemente surge con claridad que la educación posee fines de integración y cohesión social (26). Estos objetivos confrontan con los efectos producidos a partir del ejercicio del derecho de admisión.

La desinstitucionalización (27) de un niño, trae aparejadas numerosas consecuencias para si, tanto en su rendimiento escolar como en la forma de interrelacionarse con docentes, directivos y grupo de pares. En definitiva, el resultado de la inclusión del niño al nuevo entorno institucional depende de la buena predisposición que tengan ambas partes para sortear las dificultades que imponen tales circunstancias (variación de contenidos curriculares, de la metodología de enseñanza, adaptación a los usos y costumbres del lugar, construcción de nuevos lazos de compañerismo).

La falta de justificación suficiente en el ejercicio del derecho de admisión por parte del colegio incide en la comprensión que el niño pueda tener respecto de dicha decisión y esto resulta un factor determinante de su capacidad de adaptación. Vivencias de este tipo que conllevan la exclusión de un niño de su entorno cotidiano, fundamentalmente a determinada edad, repercuten de forma negativa en la conformación de su personalidad, con particular incidencia en la manera de sociabilizar y de relacionarse con las autoridades.

Por otro lado, las instituciones de destino -entendiendo por ésta al conjunto total de personas con las cuales el niño deberá relacionarse a partir de su ingreso en un nuevo colegio; a saber: compañeros, docentes, celadores, autoridades, etc.- a menudo albergan actitudes prejuiciosas para con los alumnos que proceden de otras que decidieron concluir el contrato educativo a modo de castigo o escarmiento por actitudes o condiciones propias o de sus padres. Frecuentemente los niños que ingresan a un colegio bajo estas circunstancias sirven de chivo expiatorio de las autoridades, quienes siguiendo el planteo de padres de otros alumnos hacen recaer sobre éstos la responsabilidad por hechos de inconducta y mal rendimiento, bajo pretexto que "es la manzana podrida que pudre a todo el cajón".

Los efectos aludidos en los párrafos precedentes, aunque no deseados por los colegios privados al ejercer el derecho de admisión, son consecuencia mediata -o incluso inmediata- de dicho obrar unilateral y discrecional. Su confrontación con los fines propios de la actividad educativa, principalmente en su función formadora para la vida responsable en una sociedad libre, democrática, igualitaria y respetuosa de los derechos humanos, resulta evidente.

Ante este conflicto, la manera de justificar razonablemente el temperamento del colegio es a través un escrutinio estricto de proporcionalidad donde se ponga en tela de juicio si tal decisión es conducente con el fin buscado, que no sea susceptible de lograrse por otros medios menos lesivos y, finalmente,

que el interés público perseguido sea de carácter insoslayable, teniendo en cuenta el interés que podría verse afectado con la medida.

En tal caso -y bajo un argumento paternalista razonable- el fin público invocado solo podría ser el propio "interés superior" del niño sobre quien se debate la continuidad escolar en determinada institución, demostrando que, de seguir recibiendo enseñanza en ese establecimiento, resultaría gravemente perjudicado.

Es decir que el problema debe enfocarse desde y hacia el niño. El fin perseguido por la institución escolar siempre debe ser atender de mejor manera el proceso educativo del niño. Por lo tanto, aspectos relativos a dificultades contingentes que el colegio pueda tener en determinados casos, difícilmente puedan ser invocadas para justificar una medida como la no rematriculación, si se demuestra por otro lado que el niño está aprendiendo, a pesar de todo.

Sin embargo resuelto aparentemente el conflicto surge el siguiente interrogante (cómo determinar si el cambio de institución es más o menos beneficioso para la educación del niño?)

En virtud de lo expuesto, el último estándar que se propone para validar la razonabilidad del ejercicio del derecho de admisión en colegios privados consiste en requerir que los casos hayan sido previamente sometidos a consideración de las autoridades estatales de enseñanza. Estas deberán disponer un curso de acción sumaria tendiente, en primera medida, a resguardar la continuidad del alumno en el colegio y, fracasados tales esfuerzos, procederá a emitir un pronunciamiento administrativo basado en el superior interés del niño, recomendando o desaconsejando el cambio de institución. Dicho de otra manera, la decisión de un colegio privado de ejercer el derecho de admisión en un caso concreto no podrá ser válida sin la supervisión de las autoridades de inspección de la rama educativa que se trate.

Resta señalar al respecto que las consecuencias por las acciones -u omisiones- de los funcionarios públicos intervenientes, así como también el tiempo en que éstas se desarrollen, quedan sujetas al régimen de responsabilidad estatal.

VI.-El recurrente caso de la actitud de los padres como motivo de no rematriculación:

Es necesario detenerse en este punto a analizar uno de los motivos más frecuentes de conflicto en el ejercicio del derecho de admisión en colegios privados; este es: la actitud de los padres como argumento para no rematricular a un alumno.

A menudo, los padres de alumnos de colegios privados incurren en desacuerdos con las autoridades y representantes de dichas instituciones por cuestiones tales como: el grado de participación en la cooperadora del colegio, el aumento de la cuota mensual, determinado comportamiento de algún docente, la intervención -o falta de intervención- ante problemas entre alumnos, las sanciones e incluso las calificaciones que reciben sus hijos, etc.

Cierto es que en el marco del vínculo contractual que delimita los derechos y obligaciones de ambas partes, los destinatarios del servicio de educación, basándose en contraprestación dineraria que desembolsan cada mes al abonar del colegio, suelen efectuar algunos reclamos y requerimientos que mal pueden ser atendidos por las autoridades del colegio que procuren una adecuado cumplimiento de los deberes a su cargo.

Sea por la razón que fuere su origen, si el desacuerdo persiste -y en la mayoría de los casos no solo que el conflicto perdura sino que se acrecienta abarcando otras cuestiones- el resultado suele ser la no rematriculación del niño sin expresión de causa o por motivo de la actitud de los padres.

Esta situación recurrente, motivo de la mayor cantidad de denuncias por discriminación en el ejercicio del derecho de admisión en colegios privados, resulta actualmente insostenible. La ligereza con la que las autoridades de los colegios privados adoptan la decisión de no rematricular a un niño por la actitud de sus padres, sin reparar en la gravedad simbólica y conceptual de dicho mal obrar ni contemplar sus consecuencias dañosas, requiere una respuesta contundente a través del reproche jurídico.

Para comenzar, debe partirse del presupuesto de que los niños -en mayor o menor medida de acuerdo con sus respectivas edades y particulares situaciones de marginación y desamparo- conforman un grupo históricamente vulnerado. (28)

La raíz de la afectación sistemática de los derechos de los niños se relaciona con la posición de inferioridad en la que éstos se encuentran frente a los adultos por no poder ejercer tales facultades jurídicas por sí mismos debido a que carecen de competencia básica (29). Dicho en otras palabras los niños necesitan de los adultos porque desconocen aspectos de la realidad necesarios para tomar las decisiones que mejor satisfacen sus intereses. Este vicio de la voluntad propio de esa etapa de la vida ha llevado a que, por muchos años, los niños fueran objeto de tratos abusivos e incluso, en algunos casos, inhumanos.

El ya citado Decreto N° 1086/05 explica la matriz de los prejuicios existentes en torno a la infancia destacando al respecto que "La discriminación hacia los niños, niñas y adolescentes tiene dos grandes de sustentación. Por un lado, existen ciertas concepciones sociales - cristalizadas en la normativa vigente- que consideran a los niños, niñas y adolescentes como propiedad de los padres (...)".

Esta visión menospreciante del niño como sujeto de derechos se encuentra específicamente prohibida por el principio de no discriminación sentado en la Convención de los Derechos del Niño, Art. 2, Inc. 2, el cual dispone: "Los Estados Partes tomarán todas 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 (...)" . Por lo tanto, la decisión de un colegio privado de no rematricular a un alumno por causa -explicita u aparente- en conflictos o diferencias mantenidas con sus padres, debido a actividades u opiniones de estos es vista "prima facie" por la norma, como un motivo de carácter discriminatorio.

Esta forma de discriminación específicamente contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño viene a integrar la prohibición general dispuesta en la Ley Nacional N° 23.592, Art. 1. Tal criterio interpretativo ha sido sostenido reiteradamente por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo -INADI- a través de sus dictámenes N° 52/09 (Expte. ME N° 8133/08), 518/10 (Expte. ME N° 6819/07), 541/10 (Expte. ME N° 756/07), entre otros.

Esto se debe a que la norma antidiscriminatoria presenta una estructura gramatical bastante permeable. El referido artículo 1 de la Ley Nacional N° 23.592 se compone de dos párrafos relacionados entre sí a través del vínculo género-especie entre la arbitrariedad y la discriminación. El primer párrafo describe la ilicitud del acto de forma indirecta, (30) haciendo hincapié en sus efectos. El segundo párrafo, por su parte, recurre a la exemplificación como técnica legislativa para establecer un catálogo no taxativo de motivos considerados discriminatorios, los cuales sirven de guía interpretativa para los órganos encargados de la aplicación de la norma. Es justamente la flexibilidad que adquiere la norma a partir su diseño la que permite que estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación sean integrados para determinar el alcance de su reproche legal.

Asimismo, es preciso señalar que la referida norma establece como sanción, además de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, la nulidad del acto lesivo; debiendo retrotraerse la conducta discriminatoria -en este caso la decisión del colegio privado de no rematricular a un alumno por actividades u opiniones de sus padres- al estado anterior a la producción de efectos.

Finalmente para que el reproche de la ley antidiscriminatoria resulte efectivamente aplicable a un caso concreto, la conducta cuestionada debe exhibirse arbitraria; es decir, carente de razonabilidad (fundamentación) suficiente. Dicho de otra manera, para que la actividad u opiniones de los padres puedan ser tenidas en cuenta como motivos razonables de no rematriculación de un alumno, el colegio deberá acreditar que tales conductas, debido a su gravedad y persistencia, menoscaban de forma sustancial la prestación regular del servicio educativo en el caso concreto. Pero para valorar el comportamiento de los padres deberá tenerse bien presente que, por un lado, el sistema jurídico pone en cabeza de ellos la representación legal de sus hijos (Arts.54, 55, 56, 57 y cc. del C.C.) y, por el otro, que la Ley

Nacional N° 26.206 los instituye como destinatarios naturales del servicio educativo (Art. 128); desprendiéndose de esto que su participación en el proceso de enseñanza no solo es deseable sino además necesaria.

Sobre el modo o dispositivo propuesto para valorar esta situación, resulta necesario volver a hacer hincapié en la necesidad de asegurar la intervención del Estado en cada caso concreto, a través las autoridades de supervisión, como condición de validez de la medida.

VII.-Conclusión:

De acuerdo con lo expuesto precedentemente cabe concluir que es momento de avanzar en la aplicación de los derechos humanos como pautas de interrelación entre particulares, fundamentalmente en ámbitos privados de tanta significancia social como el educativo.

Ninguna sociedad que pretenda afianzarse en los ideales de paz, justicia, democracia y respeto por los derechos humanos puede desplazar de sus bases y pilares fundamentales a la educación. En tal sentido, erradicar las prácticas abusivas y discriminatorias en los colegios resulta una necesidad prioritaria.

Corregir aquellos usos y costumbres incompatibles con los principios jurídicos fundamentales sentados en las normas de protección y promoción de los derechos humanos y transformarlos en buenas prácticas sociales es una colosal tarea que requiere el compromiso de todos y todas, principalmente del Estado.

El denominado "derecho de admisión" de los colegios privados es uno de los aspectos jurídicos que requieren especial e inmediata atención por parte de las autoridades estatales. La discrecionalidad con la que éste es ejercido en determinados casos, consecuencia de la ausencia de reglamentación adecuada, conlleva a que se produzcan verdaderas injusticias, algunas de las cuales tienden a reproducir estructuras sociales prejuiciosas.

Por tal motivo es menester que las autoridades públicas encargadas de velar por el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos sometan a contralor el ejercicio del derecho de admisión de los colegios privados a través de un escrutinio de razonabilidad estricto que contemple los estándares aquí propuestos.

Del mismo modo resulta necesario brindar una respuesta jurídica correctiva adecuada, rápida y eficaz, para aquellos casos en los cuales el derecho de admisión se aparta de su ejercicio regular afectando injustamente la continuidad escolar de un niño. Para los supuestos más graves, la aplicación

de la normativa antidiscriminatoria bien podría ser la herramienta que permita mitigar los efectos de prácticas con connotación segregacionista dentro el ámbito escolar.

Notas al pie:

1) Abraham Magendzo, "Ideas-fuerza y pensamiento de la educación en derechos humanos en Iberoamérica", Cátedra UNESCO EDH/UAHC, Fundación IDEAS, Chile, 2008, P. 1.

2) "Hacia un plan nacional contra la discriminación", Buenos Aires, Boletín Oficial N° 30.747, 2005, P 55/63.

3) La vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares tiene su origen en la doctrina alemana "Drittewirkung der Grundrechte", la cual presenta dos vertientes "inmediata" y "mediata", según el grado de eficacia con que se conciba su proyección horizontal en el ámbito privado. Así lo explica Pablo Slonimsqui en la obra "Derecho de admisión - La igualdad y el principio de no-discriminación como reglas de interpretación para su ejercicio razonable", Buenos Aires, Editorial Fabian J. Di Plácido, 2006, P.

4) "Hacia una Argentina sin discriminación", Informe de gestión del INADI: Septiembre 2006 - Agosto 2007, 1& ed. - Buenos Aires: Instituto Nacional Contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia, Buenos Aires, 2007, P. 92/104.

5) "Hacia una Argentina sin discriminación", Informe de gestión del INADI: Septiembre 2007 - Agosto 2008, 1& ed. - Buenos Aires: Instituto Nacional Contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia, Buenos Aires, 2008, P. 186/199.

6) "Hacia una Argentina sin discriminación", Informe de gestión del INADI: Septiembre 2008 - Agosto 2009, 1& ed. - Buenos Aires: Instituto Nacional Contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia, Buenos Aires, 2009, Pp. 256/268.

7) La nomenclatura "derecho de admisión impropio" refiere a la permanencia o continuidad de un niño en una institución educativa de gestión privada y es utilizada por Pablo Slonimsqui, "Estudios sobre discriminación y xenofobia Tomo II", Buenos Aires, Fabian J. Di Plácido, 2005, P. 22.

8) Debido a mi función como Asesor Legal del INADI he tenido oportunidad de intervenir en la instrucción de numerosas denuncias de esta especie sobre hechos sucedidos en distintas provincias y la CABA. Resulta verdaderamente curioso que omitan dicho aspecto jurídico a pesar que, en casi la totalidad de los casos, los institutos de educación de gestión privada cuentan con patrocinio letrado.

9) De la misma manera en que otrora fuera justificada la existencia de los derechos humanos en la Declaración de Independencia Norteamericana, vistos como verdades auto evidentes (self-evident) o axiomáticas Conf. Ricardo D. Rabinovich-Berkman, "Un viaje por la historia del derecho", Buenos Aires, Editorial Quórum, 2004, P. 263], los colegios privados actúan negando la rematriculación de un alumno sin mayor fundamento que el mero significado literal de la expresión "derecho de admisión".

10) Pablo Slonimsqui, "Estudios sobre discriminación y xenofobia Tomo II", Ob. Cit., P. 23.

11) Ibid. P. 28. No se comparte en este punto la postura del autor sobre el efecto de la costumbre como fuente del derecho de admisión en colegios privados por ausencia de reglamentación pues la misma no es de aceptación pacífica por la parte más débil que integra la relación contractual.

12) Pablo Slonimsqui, "Derecho de admisión", Ob. Cit., P. 16.

13) Mónica Gonzalez Contró, "Paternalismo jurídico y derechos del niño", Alicante - España, Revista Isonomía N° 25, 2006, P. 119.

14) Ibid, Pp. 102/103

15) Ibid, Pp. 114/121.

16) Karina Tomasevki, "Contenido y vigencia del derecho a la educación", Pp. 8 y 17/19, disponible en:
http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Material_Educativo/Contenido-Vigencia.pdf

17) Pablo Slonimsqui, "Derecho de admisión", Ob. Cit., Pp. 15/16.

18) Juan Cianciardo, "El principio de razonabilidad", Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, segunda edición actualizada, 2009, Pp. 40/47 y Pablo Slonimsqui, "Derecho de admisión", Ob. Cit., P. 23, Pfo. 3ro.

19) Las consecuencias de ambos reproches legales son la declaración de nulidad del acto y la indemnización del daño.

20) Al respecto resulta importante citar las palabras del Dr. Fernando de la Rúa, legislador a cargo de la redacción del proyecto de Ley Nacional N° 23.592, quien en ocasión de la discusión parlamentaria de la norma dijo "(...) Al presentar este proyecto a consideración de vuestra honorabilidad toma en cuenta, además, la inquietud (...) de contar con una ley antidiscriminatoria que refleje la indignación de la comunidad nacional frente a cualquier atisbo de odio o persecución racial o religiosa o de cualquier otro tipo (...)" José Luis Amadeo "Compendios de Jurisprudencia. Ley contra la discriminación. Ley 23.592 anotada", Buenos Aires, Lexis Nexos, 2006, P. 210]

21) Pablo Slonimsqui, "Derecho de admisión", Ob. Cit. Pp. 29 y 30 Pfo. 3ro.

22) Entendidos como valores protegidos por el derecho Manuel Ossorio, "Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales", Buenos Aires, editorial Heliastica SRL, 21 ed., 1994, P. 128]

23) Pablo Slonimsqui, "Derecho de admisión", Ob. Cit. Pp. 59 in fine, 60 in fine y 66.

24) Atilio Anibal Alterini, "Curso de Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, cuarta edición actualizada, Tomo II, P. 9.

25) Gonzalez Contró, Ob. Cit. P. 118/119.

26) Juan Carlos Tedesco, "La educación en el marco del nuevo capitalismo", Pp. 12/15, disponible en: <http://www.aporrea.org/educacion/a23189.html>

27) Pablo Slonimsqui, "Estudios sobre Discriminación y Xenofobia - Tomo II", Ob. Cit. P. 28.

28) Ernesto Garzón Valdés, "Desde la yModesta propuestay de J. Swift hasta las yCasas de engordey - Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", P. 734, disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_13.pdf

29) Mónica Gonzalez Contró, Ob. Cit., Pp. 110/111.

30) La Rosa, Mariano "Breve Análisis de la Ley de Represión de Actos Discriminatorios" (JA 2006 - III - 866 - SJA 26/7/2006).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 27 DE SETIEMBRE DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.17, Ley 340 Art.54 al 57, Ley 340 Art.1071, Ley 340 Art.1137, Ley 340 Art.1198, Constitución Nacional Art.14, Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.75, Ley 23.592, Ley 23.592 Art.1, Ley 24.515, Ley 24.515 Art.4, LEY 26.061, LEY 26.061 Art.3, LEY 26.061 Art.11, LEY 26.061 Art.15, LEY 26.061 Art.29, LEY 26.206, LEY 26.206 Art.2, LEY 26.206 Art.3, LEY 26.206 Art.6, LEY 26.206 Art.11, LEY 26.206 Art.13 al 14, LEY 26.206 Art.16, LEY 26.206 Art.126, LEY 26.206 Art.128, Ley 23.054, Ley 23.313, Ley 23.849, Ley 23.849 Art.2, Ley 23.849 Art.3 al 4, Ley 23.849 Art.28, Ley 23.849 Art.29, DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Declaración Universal de los Derechos humanos, DECRETO NACIONAL 1.086/2005, LEY 2681

Derecho a la igualdad y no discriminación Corte IDH, “Caso Atala Riffoy Niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239

por JUAN PAZOS y RODRIGO TRISTÁN ROBLES ⁽¹⁾

1 | Introducción

En el presente trabajo daremos cuenta de un fallo paradigmático sobre igualdad y vida privada, desde una perspectiva inclusionista en materia de género.

Para la exposición, haremos nuestro el orden que la Corte utilizó en su sentencia, ⁽²⁾ respecto de las violaciones de derechos humanos en la persona de Karen Atala Riffo, exponiendo el análisis del derecho de la siguiente manera:

1. La violación de los derechos del niño, a la vida privada, vida familiar, igualdad y no discriminación, garantías judiciales y protección judicial, en relación con la obligación de respetar y garantizar, ocurrida en el marco del juicio de tuición. ⁽³⁾
2. La violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad y no discriminación, en relación con la obligación de respetar y garantizar, que tuvo lugar en el marco del proceso disciplinario. ⁽⁴⁾

1.1 | En el proceso de tuición

Surge de los hechos del caso, que el ex marido de la víctima inicia acciones en la Justicia de Familia chilena, tendientes a obtener la tutela de sus hijas, fundamentándose, básicamente, en que su madre, Karen Atala Riffo, a cargo de las niñas, se declaraba abiertamente lesbiana, y vivía con su pareja. En el marco de ese proceso, las niñas son concedidas en tutela provisoria a su padre aunque, posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia, otorgó la sentencia a la madre de las niñas. Esa misma sentencia, apelada, fue acogida por la Cámara de Apelaciones. Por último, en mayo de 2004, la Corte Suprema de Chile, a instancias de un recurso de queja cursado por el padre de las niñas, le otorgó a éste la tutela. El fundamento de esta sentencia era la protección del Interés Superior de las hijas de la víctima, que, a juicio de los jueces, incompatibilizaba con la orientación sexual de su madre.

1.1.1. Derecho a la Igualdad y No Discriminación

La Corte, *prima facie*, reitera su jurisprudencia constante, en el sentido de que la obligación de No Discriminar, contenida en el art. 1.1 de la Convención, es una norma general que debe considerarse en relación a la observancia de los derechos convencionales mientras que, por su parte, el art. 24, refiere a “no sólo a los derechos consagrados en dicho tratado, (...) sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”. ⁽⁵⁾

Se reconoce a la obligación de No Discriminar, su carácter principal, al punto de concederle la jerarquía de norma de *ius cogens*, y principio de orden público nacional e internacional. En ese sentido, la Corte considera que el art. 1.1 de la Convención obliga al respeto y garantía de los derechos fundamentales allí contenidos, “sin discriminación alguna”, por lo que toda acción u omisión, cualquiera sea su forma, que pueda considerarse discriminatoria de cualquiera condición social de una persona, es incompatible con la Convención.

La Corte afirma que la orientación sexual, aunque no esté nombrada en la enumeración taxativa del art. 1.1, es una causal de discriminación proscrita por la Convención. En apoyo de tal inteligencia recurre a los principios *pro*

persona y de interpretación de los tratados como instrumentos vivos, no ajustados a la realidad social contemporánea al momento de su celebración.

(6) Ergo, en justicia con la interpretación más favorable y protectora del hombre, y la necesidad de interpretar las obligaciones internacionales como destinadas a una vigencia futura, ajustándose a una constante evolución y no relegadas al anquilosamiento, se considera a la discriminación por orientación sexual como una categoría de discriminación proscrita por el art. 1.1 de la Convención. Con esto, la Corte rechaza de plano el argumento del Estado de que “los Estados presentaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían”, (7) y que implicaría un rol “demasiado regulador” (8) de la Corte, no considerar “el sentir mayoritario de los Estados”. (9) Esta interpretación es desechada toda vez que la presunta ausencia de consenso social fronteras adentro u otras excusas del mismo tenor, no derogan en absoluto las obligaciones de los Estados, ni mucho menos, son fundamento suficiente para sustraerse de la competencia contenciosa de la Corte, quien debe decidir sujetándose estrictamente a la Convención y demás normas vinculantes. (10)

A los fines de identificar una violación a la obligación de garantía y respeto, la Corte analiza si existió respecto de la víctima, una diferencia de trato, basada en la consideración de su orientación sexual. Siguiendo precedente del Tribunal Europeo (11) se observa que, en el análisis del caso concreto, a los efectos de detectar tratos discriminatorios, deben someterse a escrutinio conductas, lenguaje, contexto, etcétera, en que los mismos se efectúan. Ergo, no se requieren referencias explícitas, o que, particularmente en este caso, la orientación sexual de Atala fuera único fundamento que sostenga la sentencia.

La Corte observa que la orientación sexual de la víctima, efectivamente, fue considerada por los juzgadores chilenos, con “relevancia significativa”. (12) En ese punto, el tribunal analiza si la diferencia de trato constituye discriminación, toda vez que la misma fue justificada, en la defensa del Estado, arguyendo la protección del Interés Superior del Niño, supuestamente vulnerado como consecuencia de la orientación sexual de Atala.

Primeramente, el Tribunal observa que la sola invocación del Interés Superior del Niño, no es suficiente argumento para justificar una restricción legítima del derecho a no ser discriminado. Que la pretendida vulneración de aquél, aclara, no debe afincarse sobre consideraciones estereotipadas.

Seguidamente, la Corte realiza un desglose de los fundamentos que, directamente relacionados con la orientación sexual de Atala, a juicio de ambos Tribunales, afectaban el Interés Superior del Niño y, en las defensas del Estado, justificaba el cercenamiento del derecho de la Jueza Atala, a no ser discriminada.

Primero, se dijo, las niñas podían sufrir o efectivamente sufrían discriminación social debido a la orientación sexual de su madre. La Corte rechaza tal fundamento en tanto 1) la discriminación que pudiere acontecer en ciertas sociedades, no justifica diferencias de trato, toda vez que aquello implicaría consentir y perpetuar la situación de discriminación, e incumplimiento responsable del Estado en sus obligaciones de prevención, adopción de medidas, etcétera. Que, en definitiva, es deber de los Estados y vocación del Derecho promover una sociedad tolerante, y no lo contrario. 2) Que Atala no tenía por qué ver cercenados sus derechos, porque la sociedad no tolera su orientación sexual.

Otro de los argumentos esgrimidos por los juzgadores chilenos, ha sido la confusión de roles que podría producirse en las niñas, por convivir con su madre y su pareja. Dice la Corte, que una restricción pretendida al derecho a ser no discriminado, debe fundarse en razones de “mucho peso”, ya que, la carga de la prueba se invierte, siendo el Estado el que debe probar a la justicia de la restricción pretendida. En este caso, el daño que invoca debe sostenerse con rigor científico y experto, pues, de no ser así, sus fundamentos devendrían en un estereotipo. La Corte determina que los tribunales chilenos no fueron más allá de una especulación y/o presunción del daño que sufrirían las niñas. Además, advierte, no debe perderse de

vista que no se ha mostrado rigurosamente que las parejas homosexuales sean más “peligrosas” que las heterosexuales para la crianza de sus hijos. Los tribunales chilenos también tuvieron en consideración el hecho de que Karen Atala, al explicitar su orientación sexual y vivir con su compañera, en la casa en que criaba a sus hijas, si bien no era reprochable al derecho, implicaba sí, privilegiar sus intereses respecto de la crianza de sus hijas. La Corte resalta que la orientación sexual de una persona, debe ser defendida íntegramente, alcanzando esta defensa también las conductas que en ejercicio de ese derecho llevan las personas, como ser, la vida en compañía de la persona con quien han proyectado su vida.

Con todo, dice la Corte, los Tribunales del Estado han visto esta situación bajo el cristal de una concepción tradicional, en que las mujeres crían a sus hijos primero, y relegan su proyecto de vida. En consecuencia, para criar a sus hijas, Atala debería “haber renunciado a un aspecto esencial de su identidad”. ⁽¹³⁾ Pretender que la libre orientación sexual configure un privilegio de intereses y no un ejercicio pleno de la personalidad, no se comparece con la protección del Interés Superior del niño sino, que pareciera, la consagración de un estereotipo.

Por último, se argumentó también que las hijas de Atala tenían derecho a una “familia normal y tradicional”, “normalmente apreciada en el medio social”, en “una sociedad heterosexuada y tradicional”. ⁽¹⁴⁾ La Corte señala que la Convención no consagra tipo de familia alguno, y que el lenguaje utilizado por los tribunales chilenos, evidencia a las claras una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia, la “familia tradicional”.

Con todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado no pudo establecer causalidad entre la restricción del derecho de la Jueza Atala, y la protección del Interés Superior del Niño con lo que sus fundamentos sólo se redujeron a estereotipos que constituyen discriminación, violando el art. 24, en relación con el art. 1.1 de la Convención.

A los efectos de saber si dicha discriminación se extendió también a las hijas de la jueza Atala, la Corte consideró oportuno interpretar la prohibición de la discriminación, a la luz del art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se resalta que: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados [...] y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, [...] o cualquier otra condición del niño, de sus padres, o de sus representantes legales.” Habiendo entendido que la madre fue discriminada, la Corte entiende que la decisión de la Corte Suprema discriminó también a las niñas y su trato discriminatorio “irradió sus efectos”, ⁽¹⁵⁾ respecto de las mismas. Ergo, encuentra violación por parte del Estado, del art. 24 de la Convención, en relación con los arts. 19 (Derechos del Niño) y 1.1.

1.1.2. Derecho a la Vida Privada y derecho a la Vida Familiar

La Corte establece que el art. 11 de la Convención (“Protección de la Honra y la Dignidad”) consagra el derecho a la Vida Privada, el que no es susceptible de definición taxativa, pero que incluye, entre otros aspectos de la personalidad, la orientación sexual. ⁽¹⁶⁾ Entendido que la orientación sexual de la jueza Atala, comprende un ámbito protegido por el derecho a la vida privada, la Corte analiza si, efectivamente, las decisiones de los Tribunales chilenos importaron una “injerencia arbitraria” ⁽¹⁷⁾ en la esfera privada de Atala. En efecto, la vida privada no es un derecho absoluto por lo que toda injerencia requiere un fin legítimo, y ser idónea y proporcional al mismo. ⁽¹⁸⁾ La alegada defensa del Interés Superior del Niño, si bien es fin legítimo, no es proporcionado a los efectos de resolver un procedimiento de tuición, donde las circunstancias a tener en cuenta son aspectos específicos de la conducta parental, y no la orientación sexual como cuestión excluyente del análisis, en suma, bajo el tamiz de un estereotipo.

En las decisiones de los tribunales de Chile, la convivencia de Atala con su pareja fue determinante. La Corte, considera que la vida privada (art. 11.2 de la Convención), y la vida familiar (art. 17) están estrechamente relacionadas, toda vez que la injerencia arbitraria en la vida familiar, importa una violación de la protección a la vida en familia. Entiende el Tribunal que

la familia, en un concepto amplio, se define por elementos como la vida en compañía, la duración de la relación, y el compromiso mutuo de tener hijos. En consecuencia, la jueza Atala, sus cuatro hijos, y su compañera, constituyán un núcleo familiar habida cuenta de la convivencia, cercanía personal, contacto frecuente y afecto. ⁽¹⁹⁾ En el caso, entonces, las decisiones que se tuvieron en el procedimiento de tutición, fundadas en el interés superior del niño, conllevaron una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de la jueza Atala y su familia, y tuvieron además, el efecto de separar a las niñas de ese núcleo, todo sin justificación otra que una concepción tradicionalista y estereotipada de la vida familiar.

1.1.3. Garantías Judiciales y Protección Judicial

La Corte no considera violadas las garantías judiciales reconocidas en la Convención, toda vez que ni los representantes ni la Comisión han podido probar la parcialidad de los jueces de la Corte Suprema que alegaban, ni irregularidades relativas al recurso de queja otorgado, como violatorias del principio de independencia judicial.

Respecto de las niñas, la Comisión y los representantes entendieron violado su derecho a ser escuchadas, el que sí se efectivizó en los tribunales de instancia pero no en la queja cursada frente a la Corte Suprema.

La Corte repite, que tiene establecido que el derecho de los niños a ser escuchados, tiene utilidad a los efectos de conocer su Interés Superior. El Estado observa que no era oportuno que la Corte escuchase a las niñas en el proceso de queja, que el Tribunal tuvo en consideración las declaraciones que ellas efectuaron en las primeras instancias, con lo que era impropio volver a citarlas a declarar. Además, arguye que la importancia del derecho a ser escuchado de los niños, no implica delegar en ellos la responsabilidad de resolver los conflictos en que se encuentran, toda vez que sus deseos pueden contradecir su interés genuino, el cual debe prevalecer.

En el caso, la Corte señala que la Primera Instancia oyó debidamente a las niñas, y atendió con cuidado que sus declaraciones debían comprenderse acorde a la capacidad de las mismas en relación a su edad. Entendió también, que nuevas declaraciones de las niñas no tenían lugar en el marco de una queja, donde la revisión se hace en base a la prueba producida.

Además, agrega la Corte, el niño no debe ser entrevistado con mayor frecuencia de la necesaria en cuestiones que investiguen acontecimientos dañinos o conflictivos para él.

Sin embargo, observa, aún en el marco de la queja, el Tribunal no debe sustraerse la obligación de considerar las declaraciones de los niños que provinieran de los autos recurridos. Es más, tales opiniones son directrices al momento de resolver, a no ser que las mismas no redunden en el genuino Interés Superior del Niño, lo cual debe ser suficientemente acreditado por los jueces. La Corte Suprema de Chile, se apartó de las declaraciones de las niñas, justificando tal apartamiento o desconsideración en la sola invocación del Interés Superior del Niño. Por ello, la Corte Considera violado el derecho de las niñas a ser escuchadas.

1.2 | En el proceso disciplinario

Otro de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la jueza Atala. La corte de apelaciones de Temuco, en abril de 2003 inició cargos contra la víctima, por el supuesto uso de implementos y personal del juzgado para asuntos de interés personal (puntualmente, se alegó el hecho de liberar actuaciones respecto del Tribunal donde se tramitaba la tutela de sus hijas y el uso indebido del sello de jueza), y publicaciones en la prensa, donde se expresaba la relación que ésta mantenía con otra mujer.

Estas acusaciones tuvieron como antecedente inmediato, las acusaciones del Ministro Visitador de la Corte de Apelaciones de Temuco, quien

cursó una visita al sitio de trabajo de la jueza, donde consideró constatar lo manifestado por una serie de publicaciones de prensa respecto de la orientación sexual de la Jueza Karen Atala Riff. La corte de apelaciones de Temuco aprobó esta diligencia, y la investigación disciplinaria que sustentó, se basó en las consideraciones del Ministro, en donde se concluía que los hechos denunciados revestían una especial gravedad debido al cargo que ocupaba Atala. A su vez, destacó el hecho de que “su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito de lo privado, [...] lo que claramente daña la imagen del poder judicial”. (20) Mediante la averiguación sobre la orientación sexual de la jueza, el Estado buscaba proteger la imagen del Poder Judicial chileno. La Corte consideró que, el hecho de incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario la orientación sexual y la relación con una persona del mismo sexo, significó un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala. Y sostuvo que el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo, debe ser concreto y no abstracto. La alegada protección de la imagen del Poder Judicial, no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. En el particular, el Tribunal no observó relación alguna entre un deseo de proteger la imagen del Poder Judicial y la orientación sexual de la señora Atala, y sostuvo que no existe la más mínima conexión entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Concluye entonces, en que el Estado vulneró el art. 24 en relación al art. 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riff. Por otra parte, repitiendo lo expuesto respecto del derecho a la Vida Privada, en el sentido de que toda injerencia arbitraria es prohibida por el art. 11.2 de la Convención, la Corte consideró que también se había vulnerado este derecho, toda vez que, en las diligencias que llevó a cabo el Ministro Visitador, este llegó a indagar a colegas y a todo el personal del juzgado donde trabajaba, revisar los sitios web que había leído y demás actos los cuales se referían exclusivamente a conocer si Atala era o no lesbiana. Por otro lado, en el informe que resumía sus actuaciones, daba cuenta de que la jueza era visitada por mujeres, por su pareja, y los padres de ésta, cuestiones en las que se basó a la hora de emitir su dictamen. Todo esto, habida cuenta de la irrelevancia que, como se ha dicho, la orientación sexual tiene a los efectos de evaluar el desempeño profesional, no tiene otra razón que una mera arbitrariedad. Respecto de las Garantías Judiciales de la víctima, la Corte consideró que existió violación del principio de imparcialidad subjetiva allí contenido, toda vez que el fundamento del proceso disciplinario se fundaba en los informes precipitados, los cuales, a su vez, se basaban en opiniones personales respecto de la orientación sexual de Atala, y su desempeño en el Poder Judicial chileno.

2 | Conclusión

Entre todo lo expuesto en el fallo Atala, es destacable la inclusión de la orientación sexual como una categoría de discriminación proscrita por la Convención.

También merece especial consideración la reiteración de que las obligaciones a las que los Estados suscriben, no son manipulables por ellos en atención a los consensos de las poblaciones más o menos tolerantes, sino que obedecen a un estándar en constante mutación y desarrollo, cuya vocación primera es siempre la defensa de la persona y su plena realización.

En este caso, particularmente, asombran los fundamentos esgrimidos por la justicia chilena, los cuales evidencian el hecho de que los estereotipos anidan no sólo en la sociedad civil, sino también en el Estado, en los poderes que ejercen nada menos que la defensa de los derechos de las personas.

Es fundamental, entonces, que los Estados avancen en promover la erradicación de la discriminación no sólo entre los particulares, sino también, y especialmente, entre los agentes estatales.

- (1) Integrantes del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.
- (2) Corte IDH, “Atala Riffó y Niñas c/ Chile”, sentencia del 24/02/2012. Fondo, Reparaciones y Costas.
- (3) Ídem, pp. 13/66.
- (4) Ídem, pp. 66/75.
- (5) Ídem, párr. 82.
- (6) Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y normas concordantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así mismo, la Corte recurre a la consagración de esta interpretación en numerosos instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales.
- (7) Corte IDH, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, *supra* nota 1, párrs. 74/75.
- (8) Ídem.
- (9) Ídem.
- (10) Ídem, párr. 92.
- (11) T.E.D.H, “Case of E.B Vs. France”, (Nº 43546/02), Sentencia del 22/01/2008.
- (12) Corte IDH, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, *supra* nota 1, párrs 96/97.
- (13) Ídem, párr. 140.
- (14) Ídem, párr. 141.
- (15) Ídem, párr. 155.
- (16) CIDH, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, ídem, párr. 156.
- (17) En línea con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Convención Americana.
- (18) Corte IDH, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, ídem, párr. 164.
- (19) Ídem, párr. 176.
- (20) Corte IDH, “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”, ídem, 1, párr. 214.

El despido discriminatorio según la reciente doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

RAMOS, SANTIAGO JOSE

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 19 DE ABRIL DE 2011

DESPIDO DISCRIMINATORIO-LIBERTAD SINDICAL-DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS, POLÍTICOS O GREMIALES-NULIDAD DEL DESPIDO-SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES

SUMARIO

I | INTRODUCCIÓN

Recientemente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos “ Villalba Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ Amparo”¹, y en consonancia con los fallos de la Corte Federal en los casos “Alvarez”² y “Pellejero”³, decidió un caso referido a la procedencia de la nulidad de los despidos discriminatorios por razones gremiales y ordenó la reinstalación de los trabajadores a sus puestos de trabajo..

Este fallo resulta relevante en cuanto interpreta el sentido y alcance que debe asignarse a la ley 23.592, o también llamada “ley antidiscriminatoria”, en materia laboral y más específicamente respecto a los despidos discriminatorios por razones gremiales; cuestión que dio lugar a una intensa controversia tanto doctrinaria como jurisprudencial.-

II | PRINCIPALES FUNDAMENTOS

Dicho fallo fue dictado por los Jueces Hilda Kogan, Eduardo Julio Pettigiani, Hector Negri, Eduardo Nestor De Lazzari y Esteban Genoud y los principales fundamentos pueden resumirse en:

1) Cabe recordar que el ejercicio pleno de los derechos inherentes a la libertad sindical —individual y colectiva— se encuentra garantizado por la Constitución nacional y por los tratados y normas internacionales (conf. arts. 14 bis y 16 de la Constitución nacional; 23 inc. 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Convenio Internacional del Trabajo Nº 98; Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, O.I.T., 1998).

2) La postura asumida por el reclamante pone de manifiesto -en sí misma- un acto discriminatorio contra el conjunto de los trabajadores, pues si la interpretación que la funda fuese válida debería admitirse entonces que el legislador, al dictar una norma de carácter general como la analizada —y que, por lo demás, se encuentra en armonía con los tratados internacionales de jerarquía constitucional— habría incurrido en grave inconsistencia, pues establecer que ésta rige para todos los sujetos que resulten víctimas de un acto discriminatorio, con excepción de los ilícitos que se verifiquen en el ámbito laboral, estaría discriminando a todos los trabajadores sólo por su condición de tales, o bien por razón de la preexistencia entre las partes de una relación jurídica que, en rigor, lejos de justificar un trato peyorativo, se erige como postulado fundante de todo diseño normativo que reconozca al trabajador, como lo manda la Constitución, “sujeto de tutela preferente” (C.S.J.N. en causas “Vizzoti”, sent. del 14-IX-2004; “Aquino”, sent. del 21-IX-2004, entre otras).

3) El doctor Juan C. Fernández Madrid, afirma al respecto que “... la Constitución Nacional establece el principio general de no discriminación en los arts. 14 bis y 16, y el artículo 43 cierra toda posibilidad a la admisión de un trato discriminatorio cuando expresa que toda persona puede interponer acción

¹ Diciembre del año 2010.

² CSJN, A 1023 XLIII, REC. DE HECHO “Alvarez, Máximo y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”.

³ CSJN, P 1697 XLI, “ Pellejero, María Mabel s/ amparo s/ apelación”.

expedita y rápida de amparo contra cualquier forma de discriminación...". Expresa además que, la Ley de Contrato de Trabajo es explícita sobre el punto en los arts. 17 y 81, y la ley sindical terminante en el tema (v. art. 7º). Por último y sin albergar dudas en cuanto a la aplicación de la ley 23.592 en el ámbito laboral, puntualiza que "... Lo importante del despido discriminatorio en el régimen de la ley 23.592 y en los Tratados Internacionales constitucionalizados es que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo ... el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 16) y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044, C.C.), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.) motivo por el cual es obvio que el perjuicio, debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.)... " (v. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", tomo II, segunda edición actualizada, pág. 1738/1739).

4) Mario Elfman ha señalado que "es una verdad de Perogrullo: si la ley antidiscriminatoria general no fuera aplicable a 'todos', sería discriminatoria. Salvo que la diferenciación fuese legítima, y ésta sólo podría ser legitimada si el tratamiento diferencial fuera más protector (igualador) que la ley general" ("La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio", en Revista de Derecho Laboral 2000-1, pág. 253). Y en efecto, si la exclusión de los mínimos garantistas de la ley común (p. ej., las normas del Derecho Civil) resulta discriminatoria cuando no está amparada por las nociones de tratamiento diferencial válido, con mucha mayor razón han de considerarse en ese nivel de inviolabilidad *in peius* los garantismos específicos contra la discriminación.

5) Conforme lo resaltan los diferentes autores, lo realmente privilegiado por la ley 23.592 es la prevención y la nulificación del acto discriminatorio: impedirlo, si aparece inminente su concepción lesiva; hacer cesar sus efectos nulificarlo), y luego, hacer reparar las consecuencias dañosas del ilícito discriminatorio, y en ese contexto, la locución nulificar refiere a la acción jurídica de privación —total— de efectos del acto írrito. Y no puede oponerse a ello una solución sustentada en el contenido mínimo —necesidad relativa— de las normas particulares dictadas en protección del trabajador, si ha sido éste —en el contexto de una relación que lo exhibe debilitado y vulnerable— víctima de una conducta lesiva de su dignidad.

6) La discriminación arbitraria configura una negación de la igualdad (Bidart Campos, Germán J. "Tratado de Derecho Constitucional", t. I-B, pág. 79, Ediar, Bs. As., 2001), cabe reconocer —a partir de allí— que más allá de las dificultades que pueda reconocer la aplicación efectiva de dicha regla de justicia material en el ámbito de las relaciones privadas (ante y entre particulares), el enunciado es enteramente válido para justificar la vigencia de una pauta genérica en el plano de la teoría constitucional: el derecho a la igualdad y a no ser discriminado arbitrariamente ostenta rango superior en la escala axiológica de los bienes e intereses jurídicos a proteger (Bidart Campos, Germán J., ob. cit., pág. 84).

7) La Corte nacional en el caso "Berçaitz" declaró que "tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (Fallos 289:430, 436; asimismo, Fallos 293:26, 27, considerando 3º).

8) Cuando la Ley de Contrato de Trabajo se propone condenar los actos discriminatorios lo hace concretamente, con una sanción específica. Ahora bien, al razonar así, olvida que pgenéricamente- ese mismo cuerpo legal en su art. 17 establece que "... se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad", y esta norma, lejos de contraponerse o enfrentarse con la general de la ley 23.592, en rigor se integra y complementa horizontalmente —y, ambas, verticalmente respecto de la Constitución— generando así un régimen de protección amplio, tal y como se verifica en otros tantos supuestos, en que la ley laboral remite —expresa o tácitamente— por supletoriedad al derecho común para que el acreedor laboral pueda obtener el cumplimiento *in natura*, o la ejecución de la obligación legal o contractual incumplida por su empleador.

9) El principio de progresividad, de consagración constitucional (arts. 14 bis y 75 inc. 19 “cláusula del progreso social” de la Constitución nacional; 39 inc. 3 de la Carta local) vino también a validar la utilización de la norma general contraria a los actos de discriminación en el ámbito propio del derecho del trabajo. Y ello es así puesto que el ordenamiento destinado a sancionar las conductas discriminatorias a través de una norma de carácter general, prevé una posibilidad que aquel -el derecho del trabajo- no contempla sino sólo para casos especialísimos, y tal resulta ser la factibilidad, reunidos los presupuestos exigidos, de declarar la ineficacia del acto reprochable; precisamente, en el caso aquí examinado, éste hubo de configurarse con el despido injustificado del trabajador, conforme lo declaró el tribunal de la instancia anterior al juzgar acreditado que la decisión plasmó un acto que la ley 23.592 considera discriminatorio, por reconocer su origen en la actividad sindical realizada por Villalba.

10) El Procurador General del Trabajo E. Álvarez al emitir dictamen en reiterados precedentes de la Cámara Nacional del Trabajo (vgr. “Failde”, dictamen del 12-II-2004; “Parra”, sent. del 14-VI-2006) señaló que “una empleadora no podría invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación y hasta sería admisible desactivar el pacto comisorio implícito de todo contrato si su motivación real se remite a consagrar una desigualdad por motivos análogos a los que se describen en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592”. Su postura se ha manifestado siempre como restrictiva, exigiendo siempre el aporte de prueba eficiente y suficiente que permitiera inferir, de una manera diáfana, la existencia de una discriminación arbitraria motivada en los hechos a los que se aludieron al demandar (conf. causas citadas).

11) A los fines de la adjudicación de la carga probatoria relativa a la discriminación, se advierte excesivamente rígida una aplicación lineal del principio establecido por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial, razón por la cual, e invocando las normas propias del derecho del trabajo interpretadas a la luz del principio protectorio y de facilitación de los medios de prueba al trabajador- consideró que no correspondía exigir a éste plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto con indicios suficientes, y colocó —por ende— a cargo de la empleadora la justificación de que el acto obedeció a otros propósitos (fs. 1208 vta./1211).

12) Todo desarrollo destinado a justificar —en estos supuestos— la flexibilización de las pautas brindadas por la norma adjetiva común reposa en la evidencia, pues lo cierto es que lo que se conoce como discriminación indirecta se vincula con la “teoría del impacto o efecto adverso”, es decir, casos en los que se quiere ocultar la verdadera intención para convalidar la medida, y de esa manera restarle ilegitimidad al acto. Ante ello, sin llegar a una elaboración destinada al propiciamiento de una directa inversión de la carga de la prueba, se ha impuesto —en hermenéutica destinada a optimizar la fuerza normativa de la Constitución- la teoría de las cargas probatorias dinámicas -también sobrevinientes— (v., Kiper, Claudio M. “Derecho de las minorías ante la discriminación”, pág. 129 y sigtes., Hammurabi, Bs. As., 1999), de modo tal que el trabajador que invoque que su despido resultó discriminatorio deberá aportar, a mi juicio, indicios suficientes sobre el comportamiento del empleador, y frente a ello, será éste quien deba demostrar que la extinción del contrato se produjo por un hecho objetivo alejado, en la realidad, de dicha imputación.

13) Más allá de la notoria diversidad del contexto normativo, que en lo adjetivo incluso actual- y también en lo sustantivo (por todos: Alonso Olea, Manuel - Casas Bahamonde, María Emilia “Derecho del Trabajo”, pág. 444, 16& ed.) traduce, al reconocer el despido como un acto necesariamente causal, una protección acentuada, y acaso entonces por esa misma razón, es evocable la doctrina del Tribunal Supremo Español —enrolada en aquella doctrina— que desde la sentencia del 3 de diciembre de 1987 ha señalado “que quien invoca la discriminación debe ofrecer algún indicio racional fáctico que le sirva de apoyo”, para insistir sentencia del 29 de julio de 1988- en que la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación de un tratamiento discriminatorio, “sino que es necesario que se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de que está en juego el factor que determina la igualdad”, y será, pues, a partir de la constatación de dichas circunstancias “que el empleador deberá destruir la presunción probando que existe causa justificada suficiente”.

14) Conforme lo señalan Ignacio Albiol Montesinos (en “Estatuto de los Trabajadores”, 1999) y José Luis Monereo Pérez (“La carga de la prueba de los despidos lesivos de derechos fundamentales”, 1996), el mismo criterio se ha expresado en sentencias del 19 de junio, 9 de octubre, 10 y 13 de

octubre, 3 y 27 de noviembre y 21 de diciembre de 1989, 12 y 19 de setiembre de 1990 —entre muchas otras— resaltando la necesidad de que “quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o un clima propicio a la conducta discriminatoria que haga verosímil la imputación” (STS, del 18 de junio de 1991).

15) El Tribunal Constitucional ha declarado que para imponer al empresario la carga probatoria no basta con señalar la existencia de un despido discriminatorio sino que tal afirmación ha de reflejarse en hechos de los que resulte “una presunción o apariencia de discriminación”, y en ese contexto —“cuando existan indicios de que ha existido discriminación”— corresponderá entonces al empleador alcanzar resultado probatorio respecto de la concurrencia de un motivo objetivo y razonable para el despido (STC, 82/1997, BOE del 21-V-1997; 133/1996, BOE del 13-VIII-1996, con cita de precedentes 780/1994; 266/1993; 21/1992; 197/1990; 135/1990; 114/1989; 166/1988; 104/1987; 55/1983).

16) Por lo demás, y según se advierte en los conceptos comunes dominantes en la evolución de la experiencia legislativa y judicial, es en este tipo de procesos como en otros de características similares— donde la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles, y en ese marco adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que en definitiva importa adjudicar, a quien se encuentra en mejor situación, la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva (conf. C.S.J.N. en Fallos 320:2715, voto del juez Adolfo R. Vázquez, sent. del 10-XII-1997; íd. 324:2689, sent. del 4-IX-2001; causa Ac. 82.684, sent. del 31-III-2004). Bajo esta perspectiva, ha de evitarse —desde la justicia— toda suerte de influencia asistemática del procurado sistema de derechos humanos (conf. Gordillo, Agustín “Derechos Humanos”, I.3., 1999).

17) Bajo estas premisas, que no difieren de las aplicadas por el juzgador en su decisario, fue que éste analizó las circunstancias alegadas y las pruebas aportadas por cada una de las partes en la tramitación del proceso. En su transcurso, y a fin de garantizar en plenitud el goce del ejercicio del derecho de defensa —sustrato primordial del debido proceso legal—, se instó y permitió el despliegue de todos los medios necesarios para alcanzar ese fin (fs. 1213 vta.).

18) Convalidado el encuadre en el régimen legal invocado por el juzgador de grado, en tanto reconocida —sin el desarrollo de una adecuada crítica— la eficiencia de la prueba del acto discriminatorio —plasmado en el despido del trabajador Villalba— no cabe sino confirmar la decisión arribada en la instancia en cuanto dispuso, en cumplimiento de las previsiones del art. 1 de la ley 23.592, la nulidad del distracto decidido por la accionada, y por ende, su inmediata reincorporación a su puesto de trabajo (fs. 1216) por pugnar aquel acto —además de las normas que indico— con las directivas emergentes de los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (ratificados, respectivamente, por la ley 14.932 y el dec. ley 11.594/1956); y 111 (O.I.T.) sobre discriminación, empleo y ocupación (ratificado por la ley 17.677).

19) El actor fue objeto de una arbitraria discriminación por causa de su actividad gremial, de manera tal que la decisión de despedirlo —según lo acreditado en el caso, en los términos del juzgamiento de la anterior instancia— violentó la garantía contenida en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución nacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, basados en el principio de igualdad ante la ley y de protección contra el despido arbitrario.

20) En la causa Ac. 81.611, sent. del 24-V-2006, esta Corte sostuvo que nuestro orden jurídico nutrido de la normativa internacional relativa a la materia establece la protección de los derechos de no discriminación de los individuos”. Y a su vez, es allí donde surge el perfil exigible: “una judicatura que pronuncia sus decisiones y cumple sus deberes funcionales diligentemente, pero que además, a partir de una visión progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus pronunciamientos un sentido constructivo y modernizador, orientándolos a la consagración de los valores esenciales en vigor. Valores que no son otros que los protegidos por nuestra Constitución Nacional” (conf. Berizone, Roberto O. “El activismo de los jueces”; La Ley, 1990-E-920).

21) Al analizar —precisamente— el alcance que actualmente se confiere al concepto de discriminación, se indicó que resulta mucho más amplio que antaño, señalándose -con cita de C. Colautti- que “hoy el nuevo nombre de la igualdad es la no discriminación” (“Derechos Humanos

Constitucionales”, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 19). A su vez, se señaló que: “...el art. 1 de la ley 23.592, ya nos brindaba con antelación a la reforma constitucional de 1994 un significado del término que iba mucho más allá del destrato a las personas por sus solas cualidades personales. Es discriminatoria toda conducta que arbitrariamente impida, obstruya o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías que consagra la constitución. Y ya fuere que el motivo para tal discriminación se encuentre en cualidades personales o inherentes a la persona como la raza, la religión, la nacionalidad, el sexo, gremial, etc.) o en cualquier otro motivo que desigualitaria y arbitrariamente impida o lastime el pleno ejercicio de un derecho o garantía constitucional” (doctrina causa indicada).

22) A partir de la citada reforma, los tratados internacionales completan y complementan los designios normativos internos, y en ese orden, es dable poner de resalto el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto dispone, con contundencia, que “los estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto”; asimismo, su art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección por la ley”. También, el art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica: “Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección”; el art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador, 1988): “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación”.

Por su parte, el art. 1 del Convenio 98 de la O.I.T. -de jerarquía superior a las leyes- establece: “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”.

23) Por lo demás, al sancionar la ley 23.592 se generó una norma de contenidos sumamente amplios que posibilita que los jueces, a pedido de parte, no sólo dejen sin efecto el comportamiento discriminatorio sino también declaren la nulidad del mismo, sin que —en mi opinión— existan motivos, jurídicos o fácticos, que permitan excluir de su aplicación a las conductas discriminatorias originadas dentro del ámbito laboral, más cuando expresamente el segundo párrafo del art. 1º de la ley menciona las que se susciten con motivo de la opinión gremial.

24) Todos los actos discriminatorios, incluidos lógicamente los que tienen como destinatario a un trabajador, deben ser juzgados con arreglo al juego armónico de la ley 23.592, de la Ley de Contrato de Trabajo, del Preámbulo y los arts. 14 bis 16, 31, 33 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la Constitución nacional, de los Tratados Internacionales integrados al bloque de constitucionalidad que preservan la igualdad ante la ley y repudian la discriminación y de los arts. 11 y 39 incs. 2 y 3 de la Constitución provincial, que condenan la discriminación, garantizan la protección y libre ejercicio de la sindicalización.

25) El derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo. La reprobación por parte del ordenamiento argentino a la discriminación arbitraria no es reciente. Muestra de ello resulta ser la doctrina elaborada en torno al principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución nacional, su art. 14 bis, los arts. 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, los tratados internacionales citados en los votos precedentes que, en razón de la modificación introducida a la Constitución nacional en el año 1994, han cobrado operatividad en nuestro país (art 75 inc. 22).

26) Durante un breve período, incluso, estuvo vigente el art. 11 de la ley 25.013 que regulaba específicamente el despido discriminatorio (derogado por la ley 25.877). Y, en lo que aquí interesa particularmente, las leyes sindicales reconocieron especial protección a los trabajadores con condición gremial frente a posibles acciones contrarias a la acción sindical; entre ellas, la ley 23.551.

Por otra parte, la ley 23.592, conocida como Ley Antidiscriminatoria, reguló expresamente las consecuencias de los actos discriminatorios previéndose la posibilidad de declarar su ineficacia o hacer cesar su realización a la vez que la de reparar los daños moral y material ocasionados.

27) El art. 1º de la norma mencionada en último lugar dispone 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”.

“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

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

29) En la especie cobra particular importancia el art. 47 de la ley 23.551, puesto que el trabajador afectado no es uno de aquéllos a los que la Ley de Asociaciones Sindicales reconoce la protección específica prevista en sus arts. 48, 50 y 52. Por el contrario, el actor queda fuera de ese universo de sujetos protegidos por tratarse de un “activista” que al momento de la extinción del contrato realizaba gestiones por ante el sindicato, el Ministerio de Trabajo y en el ámbito de la empresa, a fin que se convocara a elecciones para la elección de delegados de personal.

30) En ese orden, cuando el art. 47 de la ley 23.551 expresa que “Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley podrá recabar el amparo de estos derechos ante el Tribunal (...), a fin de que éste disponga, si corresponiere, el cese inmediato de comportamiento antisindical”, claramente dispone que todos los trabajadores, más allá de la función que ejerzan, gozan de la tutela que la norma indica. Tutela que, en caso de que la práctica antisindical consista en el despido del trabajador se traduce en su reinstalación en el puesto de trabajo (cese del despido).

31) Tal interpretación es, por otra parte, armónica con los Convenios 87 (1948) y 98 de la O.I.T. (1949), ambos ratificados por nuestro país, y referidos, respectivamente, a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y al derecho de sindicación y de negociación colectiva.

32) El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T. ha definido en diferentes quejas sometidas a su consideración, generalmente presentadas por organizaciones de trabajadores, conceptos válidos para el caso bajo análisis. Entre otros, “La existencia de normas legislativas que prohíben los actos de discriminación antisindical es insuficiente si tales normas no van acompañadas de procedimientos eficaces que permitan asegurar su aplicación en la práctica” (párr. 742, pág. 160); “Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad de reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en los casos de discriminación antisindical” (párr. 755, pág. 162) y “En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio N° 98” (párr. 707, pág. 153, todos los citados corresponden a “La Libertad Sindical” Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., cuarta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra).

33) En el tema de la discriminación en el empleo y, más acotadamente en el de la discriminación por razones sindicales frente al particular supuesto del despido como acto discriminatorio, el contexto definido determina la respuesta negativa a las argumentaciones del recurrente. De un lado, porque aún en la tesis del demandado en cuanto a que la ley 23.592 es una norma general (frente a la especial Ley de Contrato de Trabajo), de ello no sigue que la discriminación en el marco de un contrato de trabajo deba ser excluida de su ámbito de aplicación.

Por el contrario, el segundo párrafo de su art. 1º alude a la discriminación arbitraria por motivo gremial, la que habrá de configurarse, en la mayoría de los casos, en el marco de relaciones de esa

naturaleza. De otro, no encuentro que la solución que aquí se confirma sea portadora de una incompatibilidad que torne imposible conciliarla con el régimen de protección contra el despido arbitrario, por cuanto el sistema de estabilidad relativa impropia que reconoce al empleador una amplia facultad de despedir con la sola obligación de indemnizar en caso que lo hiciera sin causa o basado en injuria, no se agrieta con ella.

34) La no discriminación y la libertad sindical son derechos fundamentales y su vulneración provoca que las normas protejan más intensamente al trabajador que la padece, salvaguarda que, como queda dicho, se traduce en la reinstalación del dependiente en su empleo como consecuencia de la ineficacia de la rescisión contractual que tuvo por fundamento su actividad sindical legítima.

III | CONCLUSIONES

Cabe recordar que la doctrina de la Suprema Corte Provincial constituye doctrina legal, en los términos de los artículos 163 de la Constitución Provincial y 279 del Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, y es obligatoria para todos los tribunales de dicha provincia, por cuanto su no aplicación constituye causal de recurso de inaplicabilidad de ley y la sentencia debe ser revisada por el máximo tribunal. Por ello, este fallo es de vital importancia en el ámbito judicial bonaerense y, a mi ver, cierra la puerta de toda otra interpretación que se puede realizar de la ley 23.592 y su aplicación en supuestos de despidos por razones gremiales.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 19 DE ABRIL DE 2011

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1044

Ley 340 Art.1056

Ley 340 Art.1083

Constitución Nacional Art.14

Constitución Nacional Art.16

Constitución Nacional Art.75

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.17

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.81

Ley 23.551 Art.47

Ley 23.551 Art.48

Ley 23.551 Art.50

Ley 23.551 Art.52

Ley 23.592

Ley 23.313

Declaración Universal de los Derechos humanos Art.23

Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.163

DECRETO LEY 7425/68 Art.279 Ref. Jurisprudenciales: "Vizzoti, Carlos c/AMSA S.A", 14/09/2004, CSJN .

"Parra, Vera Máxima c/San Timoteo s/Amparo", CN del Trab., 14/06/2006.

Nuevos lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de despidos discriminatorios por razones gremiales

RAMOS, SANTIAGO JOSÉ

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 29 DE MARZO DE 2011 DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACIÓN LABORAL-EMPLEADOS DE COMERCIO
DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS, POLÍTICOS O GREMIALES-PRINCIPIO DE IGUALDAD-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

SUMARIO

I | INTRODUCCIÓN

El 7 de diciembre del año 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” donde decidió por mayoría la aplicación de la ley 23.592 al ámbito del Derecho del Trabajo privado y, en lo que aquí interesa, confirmó el derecho de reinstalación de los trabajadores despedidos por discriminación del empleador, en el caso, con motivo de acciones gremiales.

En dicho precedente el Máximo Tribunal se expidió sobre el principio de igualdad y no discriminación previsto en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales, como así también sobre la compatibilidad de la ley 23.592 con el régimen privado del Derecho del Trabajo que, como es sabido, consagra el sistema de “estabilidad relativa impropia”, esto es, el trabajador puede ser despedido injustificadamente por el empleador pero como reparación tiene el derecho a percibir una indemnización legal tarifada. Este sistema se contrapone con el sistema de “estabilidad absoluta” consagrado en la ley de asociaciones sindicales (23.551) o en el régimen de empleados públicos (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

Sin embargo, el fallo presenta dos soluciones: la mayoritaria, que confirma la solución propuesta por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en cuanto ordena la reinstalación de los trabajadores despedidos; y la minoritaria que propugna eventualmente, y pese a la existencia del acto discriminatorio, una indemnización agravada (similar a la del artículo 182 de la LCT) pero manteniendo la validez del despido discriminatorio.

II | FUNDAMENTOS PRINCIPALES

a) Posición Mayoritaria: fue la sostenida por los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda y Raúl E. Zaffaroni; y cuyos argumentos pueden resumirse en los siguientes:

1) La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su art. 1º resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.

2) Que las mencionadas cuestiones requieren, inicialmente, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial.

3) El principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2º y 7º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, arts. 2º y 3º), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2º, 3º y 5º a 16) y Convención sobre los

Derechos del Niño (art. 2º). Se añaden a este listado, en el plano supralegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Protocolo de San Salvador, art. 3º); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6º.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.I) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): “el hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta [de las Naciones Unidas]” (Corte Internacional de Justicia, *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, Recueil 1971, párr. 131).

4) Para la Carta Democrática Interamericana, “la eliminación de toda forma de discriminación” contribuye “al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (art. 9º).

5) También corresponde tener en cuenta lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio Nº 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (Milone, *Fallos*: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2º).

6) El Convenio Nº 111, asimismo, se inscribe en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la cual expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, “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 que son objeto de esos convenios, es decir: [...] d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Se trata, además, de objetivos que, antes que atenuados, han resultado plenamente convalidados en nuestros días ante cualquier modalidad que pretenda imponerse a la disciplina laboral con motivo de eventuales requerimientos de la organización de las empresas o de la producción de bienes y servicios: los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social (Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008). La Declaración Socio Laboral del Mercosur (1998), de su lado, después de prever que todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes, dispone que los Estados Partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación [...]” (art. 1º).

7) Que, ciertamente, el mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A Nº 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100).

8) El principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “derecho internacional

general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.

9) El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de “medidas positivas” para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, *inter alia*, el ejercicio de un “deber especial” de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

10) Los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por ende, el derecho privado, de manera que deben también velar para que en esas relaciones se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado resultaría responsable de la violación de los derechos, y en un grado tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas “perentorias” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Luego, pesa sobre el Estado, “independientemente de cualquier circunstancia o consideración”, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

11) En cuanto a los particulares, el mencionado carácter erga omnes establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittewirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*, cit., párrs. 100/101, 103/106, 109/110, 139/140, 146, 148/149, y 151).

12) El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela, desde otra fuente, que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Furundzija —Prosecutor v. Anto Furundzija—, sentencia del 10-12-1998, párr. 154, en *International Human Rights Reports*, 2002, vol. 9, nº 3, p. 783; asimismo: Cassese Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2002, ps. 144 y 147 *in fine*/148).

13) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a su turno, previó la nulidad de los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general —*jus cogens*—, o ante la aparición de una de éstas (arts. 53 y 64; asimismo: art. 71), dejando a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales” la identificación de las que hayan adquirido dicho carácter de *jus cogens* (Comisión de Derecho Internacional, *Projet d’articles sur le Droit des traités et commentaires*, 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, p. 270). De ello ya han dado muestra variados tribunales en el nivel nacional e internacional, incluso en contextos no limitados a la validez de tratados (“Text of the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts and commentaries”, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 530, 2001, *Report of the International Law Commission*, A/56/10, p. 208 y sus citas). La Corte Interamericana, mediante “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, suma una nueva perspectiva a esos antecedentes.

14) Por ello, se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, “de lo cual es un ejemplo la ley 23.592” y, también, el “de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales” (Partido Nuevo Triunfo, *Fallos*: 332:433, 439).

15) Es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1º), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, primer párrafo, y art. 1º; PIDESC, preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional).

16) Las violaciones a la dignidad de la persona humana así como pueden mortificar su espíritu, también pueden dañar su cuerpo, constituyendo una fuerza patológica y destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y las bacterias (Mann, Jonathan, “Health and Human Rights”, en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/ Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176). Sobre el punto, es significativa la citada Convención de Belém do Pará, en cuanto reconoce que el derecho de toda mujer a una “vida libre de violencia” incluye, entre otros, el derecho de “ser libre de toda forma de discriminación” (art. 6º a, itálica agregada). No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones “muy graves”, las decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4º.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5º), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires art. 5º.5.a y b).

17) Que este orden de ideas conduce a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo. Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. La relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente entrañables” (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional -“las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor” y lo reitera el art. 7º del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus Miembros: “todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (II, a).

18) Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una “obligación fundamental mínima” y de cumplimiento “inmediato”, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general Nº18. El Derecho al Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de “proteger” los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (ídem, párr. 22).

19) El impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004).

20) Tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso De Luca, de 1969 (Fallos: 273:87). En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circumscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexo con los “salarios” o remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el *sub examine*, contrariamente a De Luca, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigo y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación.

21) El marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca. En efecto, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás (Galassi, Fallos: 310:2733, 2737, entre otros). Luego, dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de los que se ha hecho mérito, dicho cuerpo no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de aquéllos y de la Constitución Nacional (Dieser, Fallos: 329:3034), por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto. Así, además de cuanto ha sido expresado en los considerandos 3ºa 6º, cobra todo su sentido y significación otro esclarecimiento, ya alcanzado por el Tribunal en el caso Madorrán: la protección del “derecho a trabajar” previsto en el art. 6.1 del PIDESC, al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, “si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta” (cit., p. 2003; v. asimismo: Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 223). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal Torrillo, Fallos: 332:709, 713), ratifica esa doctrina: todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, “tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]” (Observación general Nº18, cit, párr. 48; en igual sentido, del mismo Comité: Observación general Nº 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos sociales y culturales —artículo 3— del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 2005, párr. 21). Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio Nº 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (OIT, 1982), que el mencionado Comité no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del instrumento citado, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (Observación general Nº18, cit., párr.

22). Y, es de importancia subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (art. 5.d), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité, que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o injustificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, “anular la terminación” y ordenar la “readmisión” del trabajador (art. 10).

23) Son el mencionado “ritmo universal de la justicia”, la “ponderada estimación de las “exigencias éticas” y “condiciones sociales”, cuando no la “libertad contra la opresión” que ejerce la discriminación, los elementos que acreditan, desde hace ya tiempo, que el repudio a todas las formas de aquélla, y el emplazamiento de su prohibición en el elevado campo del *jus cogens*, resulta, lisa y llanamente, una reacción de la conciencia jurídica universal (*opinio juris communis*), lo cual, así como trasciende las fuentes formales del derecho de gentes, anima los procesos de elaboración de éste y condiciona su interpretación y aplicación.

24) Que la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (restitutio in integrum) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2-2-2001, Serie C Nº72, párrs. 202/203 —y su cita— y 214.7, y “Madorrán”, cit., p. 2005).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que enuncia, con carácter autónomo (esto es, no limitado a los derechos previstos en el Pacto), que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 26), también requiere, por vía de su art. 2.3, que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas que han visto violados sus derechos, la cual puede materializarse por vía de la “restitución” (Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 2004, párr. 16). 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 primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55).

25) La Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su estudio general Igualdad en el empleo y la ocupación (1988), que guarda relación directa con el ya citado Convenio Nº 111 de la OIT, advirtió que “la prohibición de discriminaciones injustificadas con respecto a la ley se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones de diversa naturaleza. El papel de los tribunales y de la jurisprudencia ha sido muy a menudo considerable para determinar los derechos individuales”. Aclaró, entonces, que las sanciones habían adoptado distintas formas, entre otras, la “reintegración en la empresa” (Capítulo IV, Aplicación de los principios, párr. 163; asimismo: párr. 227).

26) La Suprema Corte de los Estados Unidos tiene juzgado que las reparaciones remedies) a las “víctimas de una conducta discriminatoria” deben orientarse lo más cerca posible para “reponer” a éstas “en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta” (Milliken v. Bradley, 433 U.S. 267, 280 - 1977).

27) Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”, y esta conclusión se impone, “con mayor fundamento”, respecto de la Constitución Nacional que “tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”.

28) A la luz de corpus iuris de los derechos humanos reiteradamente citado, el contenido y alcances de dichas facultades y de la discrecionalidad de su ejercicio, por más amplios que hipotéticamente fuesen, en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *jus cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación, según ha sido visto.

29) Subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado (Aquino, cit., p. 3778, y Madorrán, cit., p. 2004).

30) No puede desentenderse que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 158), ni dejar de asumir, por el otro, como lo prevé la LCT, que “el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí”, de manera que “sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley” (art. 4º). Y todo ello pesa sobre el empleador, pues así lo impone, además de lo expresado sobre el Drittewirkung o los efectos horizontales de los derechos humanos, el precepto de jerarquía constitucional, según el cual, los hombres “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º; asimismo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, primer párrafo), lo cual supone, al menos, el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones laborales: la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”, lo cual alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., párr. 146; asimismo: párr. 151. “El *jus cogens*, al acarrear obligaciones erga omnes, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares” —ídem, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 76; asimismo: párr. 77—). Después de todo, si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a fortiori, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas Vasak, Karel, “Les principes fondamentaux d’interprétation et d’application des Droits de l’homme”, en Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber, Bruselas, Bruxelles, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma —art. 13- contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). “Nada hay, ni 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” (Kot, cit., p. 299).

31) Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlos (art. 14 y siguientes)”, no lo es “en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros).

b) Posición Minoritaria: la posición minoritaria fue sostenida por los Jueces Ricardo L. Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay; cuyos principales argumentos fueron:

1) La libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y -en principio comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación.

2) Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social. Sin embargo, esta reglamentación no

alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional).

3) Que en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia.

4) También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de Fallos: 27.387, De Luca, 306:1208, Figueroa y 321:3081, Agnese).

5) Que una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley y a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su artículo 1º.

6) En lo que atañe a este tipo de actos adoptados en el ámbito laboral es menester distinguir entre aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de aquellos orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el trato relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en el caso, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer si, como lo ha resuelto el tribunal a quo, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa en que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del Tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador.

7) En lo concerniente a las situaciones especiales en que se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la legislación regulatoria del contrato de trabajo tutela el derecho anteriormente mencionado a no sufrir discriminaciones prohibidas, lo hace dentro de ciertos límites que tienden a armonizar los derechos de ambas partes. En tal sentido, la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el supuesto general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir por completo la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral. De esta manera, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, artículo 182 LCT; o en el embarazo de la trabajadora, artículo 178 LCT), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (artículo 177 LCT; artículos 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción de que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio —artículo 181 LCT—; por el tiempo que dure la gestación —artículo 177, tercer párrafo, LCT—; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto —artículo 178 LCT—; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año —artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales—; seis meses a partir de la postulación —artículo 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales—). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la LCT sobre el despido sin justa causa.

8) En el precedente Madorrán (Fallos: 330: 1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la

esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. Como ya se dijo, el derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio.

9) En vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Este es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo.

10) Sin embargo, con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que, como se ha establecido *ut supra*, contempla una reparación agravada para estos supuestos y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado.

11) La ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudirse a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, artículos 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta —a criterio de este Tribunal— la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego.

12) La solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que las víctimas de violaciones al derecho del trabajo “...tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de restitución (...” (Observación General N°18. El Derecho del Trabajo, 2005, E/C.12/GC/18, párr. 48) En igual sentido, se ha pronunciado en la Observación General N°16 acerca de “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos sociales y culturales” (año 2005, párr. 21). Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas apuntó que en el supuesto de un despido discriminatorio una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presenta cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” Asunto C-271/91, M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, sentencia del 2/8/1993, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Parte I. Tribunal de Justicia, 1993-8, ps. 4407/ 4408, párrs. 24/25).

13) En tales condiciones, ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa. De tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1º de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182.

III | CONCLUSIONES

La reforma constitucional del año 1994 fue una bisagra respecto a la jerarquía de los tratados internacionales y a la aplicación que corresponde otorgarles en nuestro sistema jurídico interno. No sólo se incorporaron diversos tratados internacionales a la Constitución Nacional, formando parte de ella y cuyas normas son de carácter constitucional, sino que además se les otorgó jerarquía supraregal a los tratados suscriptos por nuestro país, según lo establece el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional. A partir de allí, ya no es posible analizar las cláusulas constitucionales solamente desde la base del derecho interno sino que corresponde hacerlo desde la aplicación de los tratados internacionales que tienen vigencia en nuestro ordenamiento local, ya sea los tratados constitucionales

o los de carácter supralegal. A partir de allí, la protección contra el despido arbitrario prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional debe aggiornarse a los nuevos lineamientos que contienen los aludidos tratados y a la doctrina que emana de los tribunales internacionales, entre otros la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo dispone el fallo bajo análisis. Sin embargo, cabe destacar que el Máximo Tribunal en el caso bajo análisis se expidió sobre un supuesto que no se encuentra específicamente regulado en nuestro país⁴, el “despido discriminatorio por razones gremiales”, y cuya solución fue encuadrada en el marco de la ley antidiscriminatoria 23.952 del año 1988. A mi ver, queda pendiente el juicio de compatibilidad de la ley 23.952 respecto de otros despidos discriminatorios que sí tienen previsión legal (vg. despido por matrimonio o embarazo previstos en los artículos 182 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo) cuya solución legal empieza a aparecer como dudosa debido a que la solución adoptada por la Corte en este caso resulta más beneficiosa que la prevista en la aludida disposición legal.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 29 DE MARZO DE 2011

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14

Constitución Nacional Art.14 al 16

Constitución Nacional Art.75

LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.182

Ley 23.551

Ley 23.592

Ley 23.054 Art.1

Ley 23.054 Art.24

Ley 23.313 Art.2

Ley 23.313 Art.26

Declaración Universal de los Derechos humanos Art.7

Declaración Universal de los Derechos humanos Art.2

RES 48/104 Art.2

RES 48/104 Art.3

RES 48/104 Art.5

⁴(4) No es clara la jurisprudencia respecto si estos supuestos encuadran en la práctica desleal que prevén los artículos 53, 54 y 55 de la ley 23.551.

Otra sentencia sobre nulidad del despido por discriminación sindical: el fallo Quispe Quispe

MANSUETI, HUGO ROBERTO

Publicación: www.estudiomansueti.com DESPIDO-DESPIDO DISCRIMINATORIO-DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS IDEOLÓGICOS, POLÍTICOS O GREMIALES-NULIDAD DEL DESPIDO-CARGA DE LA PRUEBA

SUMARIO

I | INTRODUCCIÓN

En la causa “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo”⁵, por el voto de la mayoría (voto del Dr. Oscar Zas, seguido por el Dr. Julio Simón), la Sala V de la CNATr, resolvió confirmar la sentencia de 1º Instancia, por la cual a pedido de la actora, se declaró la nulidad de su despido por considerarlo un acto discriminatorio, admitiéndose la demanda sumarísima de reinstalación.

La sentencia reedita los fundamentos expuestos por sus mismos integrantes, en oportunidad de resolver las causas Parra Vera⁶ y “Arecco”⁷, ya que con similares argumentos, se expone el voto en disidencia de la Dra. María C. García Margalejo.

Tres son los aspectos que a mi criterio merecen ser destacados de la sentencia en este muy breve comentario, uno el concerniente a los hechos, tal como resultan de la valoración probatoria analizada por los jueces, otro el aporte de la sentencia, en lo referido al derecho aplicable y, por último, la cuestión que divide el voto de sus integrantes (tanto en este caso, como en Parra Vera y Arecco) y es lo referido a las reglas sobre valoración de la prueba que deben admitirse en procesos sobre discriminación.

II | LOS HECHOS

En el caso, se trató de un despido directo, pero con la particularidad que la comunicación escrita y las causas que habrían resultado de ella, no fue acreditada en el proceso.

Concretamente, a diferencia de lo que suele ocurrir en tal tipo de casos, no existió prueba idónea sobre la comunicación rescisoria y la existencia de sus motivos. Habría una pieza postal agregada por la demandada al expediente, de la cual surgiría el envío de una comunicación a la actora, por la que procedía a notificarle un despido sin expresión de causa (ello surge de la sentencia de 1º Instancia (Juzgado N° 59) y del voto de la Dra. García Margalejo). Que el correo habría informado, con relación a dicha pieza, que habiendo dejado aviso en forma reiterada, el destinatario no concurrió a retirarlo. La actora alegó no haber recibido dicha comunicación y en el expediente se habría operado la caducidad de la prueba informativa a cargo del empleador. A ello se agrega la existencia de un acta de constatación notarial, realizada el 28/11/2006 a requerimiento de la actora, donde surge la manifestación “verbal” de su empleadora en el sentido que la habría despedido, por las causales indicadas en una Carta Documento que iría a recibir.

Bajo esas premisas, en 1º y 2º Instancia se tuvo por acreditado, que la actora había sido despedida sin expresión o invocación de causa.

También se tuvo por acreditado, en la sentencia de 1º Instancia y en el voto del Dr. Zas, que el despido así resuelto, tuvo lugar en un contexto particular en las relaciones laborales de la firma, caracterizado por la exigencia patronal al cumplimiento de jornadas de trabajo excesivas sin contraprestación, en lo que hace a las horas suplementarias, complementado ello con el pago de salarios a destajo por valores inferiores a los convencionales.

⁵ C.N.A.Tr., Sala v, sent. del 31/05/2005.

⁶ CNAT Sala V Expte nº 144/05 sent. 68536 14/6/06, “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/amparo”.

⁷ Sentencia Definitiva nº 69.131 del 21-12-2006, “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”.

A su vez, los trabajadores pretendían reclamar mejores condiciones de trabajo, llevando a ese fin, una estrategia que consistía en recabar, en primer término, la designación de delegados. También la promoción de denuncias ante los organismos administrativos.

En el caso puntual, la sentencia de 1º Instancia tuvo por acreditada la participación de la actora en una denuncia presentada por ante la Dirección General de Protección del Trabajo, del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con fecha 28/11/2006. A su vez, esa sentencia realiza un exhaustivo análisis de la prueba testimonial y en base a ella, también tuvo por acreditado que la demandada había tomado conocimiento de la actividad de la actora, consistente en recolectar firmas de sus compañeros para la presentación de la denuncia en cuestión la cual fue luego agregada al expediente. En el voto del Dr. Zas, se confirma la apreciación probatoria realizada en la sentencia de 1º Instancia, desestimando los agravios planteados en tal sentido por el empleador.

III | PARTICULARIDADES DEL DERECHO APLICADO

Sobre la base de las medidas probatorias agregadas a la causa, muy sucintamente referidas en el punto anterior, el fundado voto del Dr. Zas gira en torno a diversos razonamientos jurídicos, elaborados con impecable lógica deductiva y sobre la base de premisas orientadoras que recoge, tanto del derecho internacional del trabajo (DIT), como de su interpretación por parte de tribunales extranacionales y la Corte Suprema Argentina.

El voto es extenso. De sus consideraciones, nos parece oportuno destacar las siguientes:

- Las normas del DIT deben ser interpretadas sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales extranacionales, de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

- Dichas normas no pueden ser interpretadas sobre la base de la legislación y práctica nacionales, toda vez que el fin de dichas normas, tiende a que dicha legislación y práctica se adapten a ellas y no a la inversa.

- La jerarquía supralegal asignada por la reforma constitucional de 1994 a los tratados internacionales, incluye a los Convenios de la O.I.T. y la interpretación que de dichas normas ha realizado la jurisprudencia internacional (con cita del caso “Baena”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDDHH).

- En apoyo de dicha tesis, sostiene que la Argentina reconoció la competencia de la CIDDHH, reconocimiento del cual se deriva, forzosamente, el aceptar la doctrina emanada de sus precedentes, aspecto este reiterado por la Corte Suprema Argentina en su actual composición, en oportunidad de resolver las causas “Verbitsky, Horacio”, “Simón, Julio Héctor”, “Almonacid” y “Mazzeo, Julio Lilo”.

- Rescata como aspecto importante de la Opinión Consultiva (OC-CIDDHH) Nº 16/99, el requerimiento a los Estados Miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, a adoptar medidas compensatorias, frente a situaciones donde la desigualdad real de las partes, pudiera revestir el carácter de “obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”, aspecto este reiterado por la CIDDHH en la OC Nº 18/03 referida a la situación de discriminación que sufren los trabajadores migrantes en situación irregular.

- Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al despido arbitrario, como un acto válido, como extintivo del contrato de trabajo, pero lo sanciona, con la obligación puesta en cabeza de quien despide, de pagarle al trabajador una indemnización. Dado que se trata de un acto jurídico del cual se deriva una sanción, el acto, aún siendo válido, no por ello deja de ser un acto ilícito.

- Que a la ilicitud del despido arbitrario, no debe seguirse como única consecuencia el pago de una indemnización. El art. 7 del Protocolo de San Salvador, en oportunidad de sellar el compromiso de los Estados Partes a reconocer el derecho de los trabajadores a la estabilidad de sus empleos (inc. d.), establece que “En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

- El despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.

- El derecho a no ser discriminado arbitrariamente, ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, por lo que su vulneración concretada a través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo.

- De no admitirse tal posibilidad, en base al régimen de reparación pecuniaria fijado por la L.C.T., se estaría haciendo prevalecer estas disposiciones del derecho interno, sobre una norma de *ius cogens* internacional, con compromiso de la responsabilidad del Estado Argentino en ese terreno.

- Con cita al caso "Baena" (C.I.DDHH, 2 de febrero de 2001), se recordó que "es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente". Que "la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados".

- El despido discriminatorio, como una especie de los actos discriminatorios, afecta el interés de la comunicad y, por lo tanto, no resulta consistente limitar su protección al pago de una indemnización, ya que la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado.

- En caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado.

- A esta última conclusión, se arriba a partir de lo dispuesto no solo por el art. 1º de la ley 23.592, sino también del propio art. 47 de la ley 23.551, ya que "el cese inmediato del comportamiento antisindical" al que alude el art. 47 de la ley 23.551 sólo puede concretarse mediante la nulidad de la decisión extintiva y la reinstalación del trabajador". La interpretación contraria, llevaría al absurdo de sostener que dicha norma habilita a dejar sin efecto todos los actos antisindicales excepto el despido (cita al voto del Juez Miguel A. Maza).

IV | LA DISCREPANCIA EN LA APRECIACIÓN DEL ONUS PROBANDI.

La resolución de la sentencia por mayoría, tiene que ver con la discrepancia existente en el seno de la Sala V sobre este tópico.

Las posiciones son las mismas que ya se evidenciaron cuando la Sala resolvió las causas ya citadas de "Parra" y "Arecco".

Pueden resumirse del siguiente modo.

Para los Dres. Oscar Zas y Julio Simón, en los casos donde "el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba".

Ello así, dado que "esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental".

Sobre la base de la jurisprudencia española que se ha ocupado del tema, este voto reitera el criterio de apreciación judicial esbozado en las causas anteriormente resueltas sobre el mismo tópico: "El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad".

"Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado".

“Una vez configurado el cuadro indiciario precipitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas expliquen objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador”.

Por aplicación de estas premisas al caso, se entendió que las pruebas reunidas en el expediente arrojaban “una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido de la actora obedeció verosímilmente a la actitud de esta última de ejercer derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical” (Consid. V). Y, frente a ello, “la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la actora haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual” (Consid. VI).

El voto de la Dra. María C. García Margalejo, refleja la postura tradicional en la apreciación de la prueba, la que, a su criterio, cuando no se trata del caso de un delegado gremial, amparado con la estabilidad, en los demás supuestos no solo debe estarse al *onus probandi* general, sino que, además, el análisis de la prueba aportada por quien denuncia un acto discriminatorio, debe ser particularmente estricto.

Por lo tanto, parte de la premisa que “incumbía a la parte actora acreditar los hechos invocados en la demanda y en los que se sustenta la pretendida reincorporación, entre ellos lógicamente, que el despido fue consecuencia directa de su actividad sindical”. A esta cita casi textual de lo dispuesto por el art. 377 del CPCCN, se sigue la cita del Dictamen N° 41.918 de la Procuración General del Trabajo, en función del cual, se exigiría la producción de una prueba que debiera ser “muy convictiva” para los casos de despido discriminatorio, porque así lo exige “una respuesta de eficacia tan intensa” como lo es la condena a reincorporar al trabajador despedido.

Sobre la base de estos criterios de análisis probatorio, la conclusión del voto no podía ser otra que sostener el rechazo del reclamo de reparación, máxime cuando de la comunicación rescisoria no surgía que el despido de la trabajadora tenía por causa sus actividades sindicales, o simplemente que se la despedía por discriminación.

V | ASPECTOS TRASCENDENTES DE LA DECISIÓN.

El extenso voto del Dr. Zas no hace más que continuar con la línea doctrinaria que había ensayado en oportunidad de resolver las ya citadas causas “Parra” y Arecco”.

Básicamente, para el Dr. Zas el derecho no es un ente del tipo inerte, absoluto e indisolublemente ligado a criterios o doctrinas tradicionalmente aceptadas.

Desde su perspectiva, el derecho del trabajo forma parte del derecho internacional de los derechos humanos. En tal carácter, puede y debe ser transformado, atendiendo a la aplicación de la norma más favorable al trabajador que resulte de todo ese ordenamiento universal, aún cuando ello importe adoptar una postura “irreverente” o “irrespetuosa”, frente a las normas nacionales o criterios generalmente admitidos para su aplicación, que constituyan un obstáculo a la efectiva concreción de la justicia social. En el caso concreto, que pudieran revestir un obstáculo, a la efectiva reparación in natura del derecho a la no discriminación o, mejor dicho aún, como lo hacía Rodolfo Capón Filas, del derecho a la indiscernible.

No reflexionaremos aquí sobre todos los razonamientos incluidos en el voto, solo en algunos de ellos que consideramos atinados. En particular, la incorporación que se hace del derecho a la indiscernible en la esfera del *ius cogens* y al diferente tipo de lógica jurídica que resulta de lo señalado en el punto anterior.

La afirmación del derecho a la indiscernible, como norma de *ius cogens*, expuesta con valentía en una sentencia laboral, no puede causar menos que indignación, en cualquier análisis que se haga de dicho criterio, sobre la base de una doctrina que, hasta aquí, hemos venido llamando tradicional.

De acuerdo con ella, el *ius cogens* no resolvería el problema del trabajador discriminado, porque se parte del dogma de sostener, que los jueces solo deben aplicar las normas escritas, que sean claras y que, además, hayan sido dictadas por autoridad competente y debidamente publicadas. El razonamiento jurídico debe seguir los lineamientos de la lógica racional y basarse en premisas sólidamente apoyadas en dichas normas.

Sin embargo, con dicho criterio no se advierte que la aplicación del *ius cogens* en una causa laboral, constituye el ámbito propio del instituto. Ello así toda vez que, en su origen, el *ius cogens* constituyó una norma consuetudinaria, destinada a limitar la autonomía de voluntad de las partes, aspecto este propio del ámbito de actuación de las normas laborales.

En efecto, ya en el derecho romano se fue diseñando la idea que existía un conjunto de normas que no podían ser derogadas por la voluntad de las partes (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, D.2.14.38). Ellos empleaban el término *ius publicum* en el sentido que hoy entendemos el *ius cogens*.

Di Pietro alude al *ius cogens* como vinculado a los temas que, justamente por interesar a todos, se erigen en reglas necesariamente obligatorias, esto es, en el “conjunto de normas generales del derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sentido jurídico al cual pertenece”⁸. En el voto en comentario, se alude con atino al art. 53 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, como fuente escrita del *ius cogens*.

Vale la pena recordar aquí, que en el proceso de gestación del citado art. 53 se discutió básicamente la adopción de una de las siguientes alternativas: a.-) indicar de manera taxativa las normas imperativas del derecho internacional; b.- formular una definición de carácter general, acompañada de un elenco meramente ejemplificativo de normas de *ius cogens*; o bien c.-) utilizar una definición del *ius cogens* que contuviera los criterios idóneos para identificar el carácter imperativo de tales normas. André Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros señalan que este último fue el criterio seguido en la redacción del art. 53 en cuestión. El primero no fue aceptado, porque las reglas del *ius cogens* existen independientemente de su codificación en un instrumento convencional. La segunda alternativa, inicialmente consensuada por la Comisión de Derecho Internacional, fue luego descartada por entender que un elenco meramente ejemplificativo de normas imperativas traería consigo el riesgo de atribuir, en la práctica, el carácter de norma cogente imperativa apenas a las normas desarrolladas en el texto⁹.

La definición del *ius cogens* así aprobada, quedó redactada en los términos del art. 53 de la Convención, ya transcripto por la sentencia.

Los criterios idóneos para identificar una norma de *ius cogens* internacional, de acuerdo a la citada definición, serían los siguientes: a.-) debe tratarse de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional, como norma de *ius cogens*; b.-) debe tratarse de una norma general e imperativa; c.-) por su carácter imperativo, debe ser inderogable o derogable solo por otra norma de *ius cogens*; y d.-) dicha comunidad internacional debe estar formada por los Estados en su conjunto¹⁰.

Norma aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto no significa todos los Estados, ya que alguno puede no aceptarla, sin perder esa norma de *ius cogens* sus otros atributos. En materia de derechos humanos, señalan Gonçalves Pereira y Fausto de Quadros, el *ius cogens* conformaría un llamado Derecho constitucional internacional, con los derechos aceptados por la generalidad de los Estados, siempre en lo concerniente a sus relaciones internacionales. En dicha esfera, circunscriben los siguientes contenidos del *ius cogens*: a.-) la costumbre internacional, general o común, por ejemplo, los principios de la libertad de los mares, de la coexistencia pacífica, de la autodeterminación de los pueblos, de la prohibición de la esclavitud, de la piratería, del genocidio y de la discriminación racial, es decir, los componentes del llamado Derecho humanitario internacional; b.-) las normas convencionales pertenecientes al Derecho internacional general, por ejemplo, los principios constitucionales constantes de la Carta de las Naciones Unidas, como es el caso de la prohibición del

⁸ Di Pietro, Alfredo, Derecho privado romano, editorial Depalma, Buenos Aires, 1966, pág. 41.

⁹ Gonçalves Pereira, André y de Quadros, Fausto, Manual de direito internacional público, 3º edición, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 277 a 280.

¹⁰ Viegas, Vera Lucia, *Ius Cogens e o tema da nulidade dos tratados*, en Revista Unifieo, Año I, número 2, diciembre de 1999, Centro Universitario Fieo, Osasco 1999, pág. 52.

uso de la fuerza, la solución pacífica de los conflictos, la condena a la agresión, la preservación de la paz, de la seguridad y de la justicia internacional, la legítima defensa, etc.; c.-) el derecho internacional general, de fuente universal o convencional, sobre los derechos del hombre, es el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y sus Pactos¹¹.

De lo hasta aquí expuesto, queda claro que los derechos humanos (incluidos los sociales) ingresan al *ius cogens* en el marco de las relaciones internacionales de los Estados, siempre como integrantes de reglas generales, imperativas y de convivencia universal. El efecto de la incorporación de estas normas sobre derechos humanos al *ius cogens* está dado por el hecho que los Estados, en sus acuerdos internacionales, no pueden derogar o desconocer esos derechos de sus habitantes. Además, del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales que cada Estado haga o deje de hacer en su territorio, surgirá el mayor o menor crédito que este disponga en sus relaciones con los demás Estados o inclusión en organismos internacionales.

En este orden de ideas, nadie puede discutir seriamente, que los Estados entre sí, o en su relación con los particulares, puedan admitir normas o actos del tipo discriminatorio. Es claro que el derecho en cuestión, forma parte del derecho cogente y la adopción de normas o prácticas contrarias, compromete la responsabilidad de nuestro Estado en el derecho internacional, tal y como se fundamenta en el voto en comentario.

Y el otro aspecto que consideramos relevante, aún cuando no constituya una novedad en este tema, es lo referido al criterio de valorización de la prueba, que ha llevado a la emisión de votos divididos en este pronunciamiento.

La posición del voto mayoritario, que propugna una interpretación “razonable” de la prueba, fue propugnada desde tiempo atrás, entre otros autores, por Estela Ferreyrós, quien sostuvo en una publicación del año 2000, que en los casos de despido discriminatorio, “la prueba del hecho se encuentra en cabeza del discriminado si de aplicar la Ley 23.592 aunque esto es mucho más discutible porque otra parte de la doctrina a la que adhiero sostiene que por las características del hecho que se ventila debería pensarse en una carga de la prueba dinámica, a partir de indicios y presunciones, cuyo objetivo sería la búsqueda de soluciones justas para evitar caer en estructuras rígidas, no pudiendo apartarse los jueces de un criterio realista de la sociedad”¹². Tal criterio, inspiró entre muchas otras decisiones, la adoptada por el Tribunal de Trabajo N° 3 del Departamento Judicial de La Matanza¹³.

Más tarde, Miguel Angel Mazza publicaba que “En este tipo de cuestiones, la moderna doctrina procesal sobre el *onus probandi* y el principio de no discriminación involucrado llevan a colocar en cabeza del empleador la carga de acreditar, -siquiera sumariamente-, que, aunque insuficiente para justificar el despido, mediaron hechos imputables al trabajador o bien circunstancias objetivas que resultaron ser la única y auténtica razón del distracto, desplazando así la sospecha de un actuar discriminatorio”¹⁴.

En contra de estos parámetros, la sentencia expresa por el voto de la Dra. María C. García Margalejo, una posición apegada a criterios comunes de apreciación de la prueba, reforzados con la estrictez del fallo de reinstalación que se pretende: una respuesta de ineeficacia tan intensa”- se requiere para su procedencia la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados”.

¹¹ Gonçalves Pereira, André y de Quadros, Fausto, Manual de derecho internacional público, cit., págs. 282 y ss.; De la Guardia, Ernesto, Derecho de los tratados internacionales, editorial Abaco, Buenos Aires 1997, pág. 290; Boggiano, Antonio, Derecho internacional. Derechos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos, editorial La Ley, Buenos Aires 2001, pág. 112.

¹² Ferreyrós, Estela, Despido discriminatorio, Doctrina Laboral, ed. Errepar, 07/2000.

¹³ Sentencia de mayo de 2004, Expte. “Correa, Valeria del Carmen c/ Cari SRL s/ despido”; Expte. N° 7158, voto del Dr. Luis Raffaghelli que adhiere el Tribunal.

¹⁴ Maza Miguel Angel; El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas; RDLSS; 2004 A; pág 129; doctrina que siguió el Tribunal de Trabajo N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, en oportunidad de resolver la causa N° 26.641: “Iglesias, Federico c/ Autopistas del Sol S.A. s/ amparo”, sentencia de octubre de 2006.

La discriminación, cualquiera sea su causa, constituye un hecho humano intensamente reprochado. Sin embargo, tal intensidad solo es medida en cuanto a la respuesta que, para tal hecho, se pretende aplicar al discriminador.

Pese a ello, ambas posiciones, no dejan de tener su justificación lógica. Con relación al criterio restrictivo, el mismo se afirma en la necesidad de dictar sentencias predecibles, que colaboren con la seguridad jurídica y que no alteren criterios racionalmente aceptados, sobre todo cuando ellos surgen de la propia ley, como es el reparto del *onus probandi* tal y como se encuentra expresado en el art. 377 del CPCCN. La posición se justifica, desde la lógica racional.

La posición adoptada por el voto de la mayoría, omite cualquier tipo de estrictez tanto en la apreciación de la prueba como en la aplicación del derecho.

Su línea argumental, podrá no ser del todo “racional”, porque se aparta de los métodos y axiomas científicos en los cuales hasta, al menos no hace mucho tiempo, existía un consenso jurisprudencial y doctrinario. Sin embargo, ha logrado imponer una sentencia “razonable”, ya que la exigencia de una prueba muy asertiva en un despido resuelto en el contexto sumariamente acreditado en el expediente, daría lugar a una conclusión del tipo irracional o arbitraria. Esta se justifica, desde la lógica de lo razonable.

Este asunto de la distinción entre lo racional y lo razonable, es propio de la epistemología. Luis Recaséns Siches abordó la cuestión en diversos trabajos y, particularmente, enfocando al contexto de las decisiones jurídicas¹⁵, planteando la insuficiencia o inadecuación de la lógica tradicional, de la lógica físico- matemática o de lo “racional” para tratar con problemas prácticos como el de la interpretación del derecho. En su opinión, “la lógica formal, desde el Organon de Aristóteles hasta las lógicas simbólicas de nuestros días, no agota ni remotamente la totalidad del logos, e la Razón, sino que es tan sólo una provincia o un sector del logos o de la razón. Aparte de la lógica de lo racional, aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional en sentido estricto. Entre esas otras zonas o regiones del logos o de la razón, figura el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, al que yo he llamado “logos de lo razonable”. ... El hecho de que en los problemas jurídicos, y en particular, en los problemas de interpretación, no pueda utilizarse la lógica formal no implicaría “una fuga de lógica”, sino la utilización de una lógica distinta: la lógica de lo humano o de los razonables, que es una lógica material, una lógica de los contenidos”. Concluye que cuando la lógica formal resulta incapaz de proporcionar una solución correcta a un problema jurídico, o bien, conduce a una solución inaceptable, es necesario utilizar la razón aplicable al caso. Y son estos los componentes que advierte en el voto del Dr. Zas, particularmente cuando lo integra con la solución “razonable” propuesta por Miguel A. Maza, al afirmar que si del art. 47 de la ley 23.551, no puede derivarse la consecuencia de ordenar la reincorporación del trabajador afectado, ello valdría tanto como sostener el absurdo que dicha norma habilita a dejar sin efecto todos los actos antisindicales excepto el despido.

Es que esta lógica de lo “razonable” ha sido la que, desde siempre, generó el impulso adecuado del ordenamiento jurídico y lo orientó a soluciones más justas.

Si bien nadie duda que quien invoca la existencia de un hecho grave, como ser la discriminación, debe acreditarlo y que ello es razonable. Que también es razonable sospechar, que el despido sin expresión de causa de un trabajador que participa activamente en hechos gremialmente conflictivos para un empleador es discriminatorio, hasta que se demuestre lo contrario. No parece responder al mismo parámetro de razonabilidad, la excesiva rigurosidad en la apreciación de la prueba, materializada en la exigencia de medidas del tipo asertivas, categóricas o imposibles, que terminen por obstruir la viabilidad de cualquier reclamo. Con ello, solo se logra fomentar la práctica discriminatoria

Como lo he señalado en otra ocasión, el derecho en general y el derecho del trabajo en particular, andan sobre ruedas, pero sobre ruedas cuadradas.

La lógica de lo razonable, expresada en las decisiones judiciales, las opiniones de la doctrina, los planteos de los abogados, unida a otros hechos sociales de gravitación suficiente, como ser la

¹⁵ Recaséns Fiches, Luis, Algunos criterios y análisis sobre el logos de lo razonable”, en Antología 1922 - 1974, 1º edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pág. 351.

protesta, son los elementos que impulsan cada una de esas ruedas cuadradas del derecho, hacia delante, hacia un fin razonable, justo y socialmente aceptado. Es una lógica del tipo proactiva.

Gracias a esa lógica de lo razonable, hoy día podemos festejar la terminación de la esclavitud, del apartheid, el surgimiento del voto femenino, de la jornada de trabajo limitada, la responsabilidad objetiva en accidentes y otros tantos institutos que el derecho ha recibido del señalado impulso.

La lógica de lo racional, por el contrario, a menudo se sienta sobre la rueda cuadrada e impide toda transformación.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.estudiomansueti.com

Fecha: 19/03/2008

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.377

Ley 23.551 Art.47

Ley 23.592

Ley 23.592 Art.1

Ley 23.782 Art.53Ref. Jurisprudenciales: "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A s/Amparo", C.N.Apel. del Trab., Sala V, 14/06/2006.

"Quispe Quispe, Nectar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A s/juicio sumarísimo", C.N. de Apel. del Trab., 20/12/2007

DICTÁMENES INADI

D., M. A. c. Eurofarma Argentina S.A.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2014

Expediente: 42956-2011

Número Dictamen: 688

Dictaminante: FACUNDO SALOMÓN

Id Infojus: DI120688

TEMA

Discriminación racial o religiosa

HECHOS

Refiere haber sido desvinculada de la empresa en la que trabajaba por su condición de judía. Que el gerente de finanzas, A. G. F., que ingresara con posterioridad a la denunciante, habría manifestado que "a los judíos hay que matarlos a todos..." y que, en ocasión de un brindis de fin de año, "vos no podés estar acá porque sos judía". Que luego ingresó a la empresa el Sr. E. G., quien se habría plegado a las burlas. Que además en ocasión de solicitar días por las pascuas judías le habrían preguntado desde cuando lo era, y que, desde su despido no hay más personas judías trabajando en dicha empresa. La empresa denunciada refiere que tras una investigación disciplinaria concluyó acerca de la inexistencia de actos discriminatorios. Similar respuesta refieren los codenunciados F.y G. La Sra. B., a su vez, refiere que al solicitar días de pascuas judías recibió de parte del Sr. A. G. como respuesta que "ustedes los judíos son vivos, se toman las pascuas judías después también se toman para navidad".

SUMARIO

Habiéndose acreditado, por la prueba producida, actos judeofóbicos, tanto por parte de los denunciados como de la empresa -atento la desidia por parte de esta a fin de evitar los actos referidos-, se concluye con la admisión como actos discriminatorios los hechos narrados por las presentantes.

M. R. C. c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

23 de Marzo de 2013

Expediente: 1381-2008

Número Dictamen: 17

Dictaminante: ROMINA REDONDO

Id Infojus: DI110017

TEMA

Personas con discapacidad, empleo público

HECHOS

Surge de un pedido de informe, la solicitud de la Sra. C. de poder formar parte de la plante permanente del Gobierno de la Ciudad, en relación al cupo reservado para personas con discapacidad, teniendo en cuenta en dicha presentación que se estaría incumpliendo con dicho cupo.

SUMARIO

Dicho incumplimiento resulta incompatible con los criterios de igualdad y no discriminación. Por ello, se recomienda se considere la solicitud de empleo de la denunciante y de otras personas inscriptas en el registro en cuestión.

C., P. J. c. T., C. y otros

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 49563-2011

Número Dictamen: 713

Dictaminante: GABRIELA DRAGÚN

Id Infojus: DI120713

TEMA

Discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales

HECHOS

Refiere haber sido obligado a renunciar por ser miembro del sindicato de peones de taxis de Villa Carlos Paz.

SUMARIO

"La lógica que aúna los conflictos que denominamos (por activismo sindical) pone de manifiesto las prácticas empresarias que intentan desalentar y hasta eliminar en los centros de trabajo situaciones de resistencia cuya presencia amenaza con dificultar la pretendida -por las gerencias- normalidad en el quehacer diario de los dependientes"

C., P. J. c. T., C. y otros

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 49563-2011

Número Dictamen: 713

Dictaminante: GABRIELA DRAGÚN

Id Infojus: DI120713

TEMA

Discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales

HECHOS

Refiere haber sido obligado a renunciar por ser miembro del sindicato de peones de taxis de Villa Carlos Paz.

SUMARIO

"La lógica que aúna los conflictos que denominamos (por activismo sindical) pone de manifiesto las prácticas empresarias que intentan desalentar y hasta eliminar en los centros de trabajo situaciones de resistencia cuya presencia amenaza con dificultar la pretendida -por las gerencias- normalidad en el quehacer diario de los dependientes"

B. C., O. c. V., R.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 42597-2012

Número Dictamen: 719

Dictaminante: MÓNICA FRANCESCA NGELI

Id Infojus: DI120719

TEMA

Discriminación por condición económica o social

HECHOS

Refiere recibir tratos discriminatorios.

SUMARIO

"No se encuentran acreditados los tres elementos necesarios que se desprenden de la norma para la tipificación de un acto o práctica discriminatoria".

M., A. G. c. Asoc. Mutual de Choferes de Taxi de Villa Crespo y otros

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 48173-2011

Número Dictamen: 712

Dictaminante: GABRIELA DRAGÚN

Id Infojus: DI120712

TEMA

Discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales

HECHOS

Persecución debido a su participación en el sindicato.

SUMARIO

Ha quedado evidenciada la exclusión del denunciante debido a su actividad gremial.

F., O. J.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 43617-2012

Número Dictamen: 689

Dictaminante: FACUNDO SALOMÓN

Id Infojus: DI120689

TEMA

Derechos humanos, discriminación

HECHOS

El presentante refiere haber sido relevado de su puesto de trabajo de Coordinador de Fiscalizaciones dentro de la Dirección General de Ingresos provinciales de la Prov. de La Rioja por no tener título profesional. Indica que ganó el puesto por concurso en el año 1999 y fue renovándolo cada dos años hasta el año 2007 en el cual el Gobernador actual de la provincia lo designó a él y a otros que estaban en iguales condiciones como funcionarios para evitar que tuvieran que concursar y se pudieran concentrar en el trabajo. Que, a su vez, el decreto del Gobernador que lo desvinculó es una aceptación de renuncia que presentaron sus jefes en nombre de él. Que esto habría sido así para no tener que argumentar las causales de despido. La denunciada niega los hechos invocados por el presentante, señalando que el mismo habría sido designado en un cargo que corresponde a un funcionario no escalafonado.

SUMARIO

No se aprecia que la desvinculación del denunciante de su puesto de trabajo haya tenido como fundamento alguno de los prejuicios prohibidos enunciados en el art. 1º de la ley 23.592.

M., S.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 24923-2011

Número Dictamen: 696

Dictaminante: FACUNDO SALOMÓN

Id Infojus: DI120696

TEMA

Derechos humanos, discriminación

HECHOS

La denunciante es atendida en el Instituto Renal Metropolitano (IRM) a través de su obra social OSECAC por problemas renales. Señala que su salud se habría deteriorado a raíz del mal funcionamiento de los equipos de diálisis y porque los/as profesionales que la habrían atendido no habrían guardado el suficiente recaudo. Que a causa de estos descuidos habría estado en coma con asistencia respiratoria.

SUMARIO

No se vislumbra ningún hecho discriminatorio de parte de las denunciadas. La obra social no le habría negado atención sino que, por el contrario, le habría informado sobre lugares alternativos a fin de realizar el tratamiento adecuado.

Z., C. A. c. R., R. A.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 58298-2011

Número Dictamen: 690

Dictaminante: MÓNICA FRANCESCÁNGELI

Id Infojus: DI120690

TEMA

Discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales

HECHOS

El denunciante, Director de Asuntos Barriales, refiere que el 10/12/2007, al asumir el denunciado como nuevo intendente, se encontraba de licencia y que, al retornar de su licencia por atención familiar se encontró con otra persona ocupando su cargo. Que al consultar por su cargo anterior en el cual había solicitado licencia para cubrir un puesto superior se le habría informado que ese puesto también estaba cubierto por otra persona. Que finalmente el 20/06/2008 habría aceptado ir de sereno a un salón comunitario donde habría sido amenazado por un militante del intendente denunciado. El representante de la denunciada niega los hechos denunciados.

SUMARIO

No se han producido elementos de prueba suficientes que permitan inferir la persecución denunciada, ni por tener acreditados los hechos denunciados, por lo que no puede considerarse su eventual encuadre en una conducta discriminatoria en los términos de la ley 23.592.

M., C. y O., D. c. P., G.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 77328-2012

Número Dictamen: 706

Dictaminante: GABRIELA DRAGÚN

Id Infojus: DI120706

TEMA

Derechos humanos, discriminación

HECHOS

Manifiestan haber recibido malos tratos de parte del médico tratante de su hija quien tiene una discapacidad de tipo motriz.

SUMARIO

No se está en condiciones de concluir que efectivamente tuvo lugar la conducta denunciada en virtud de no existir en el expediente medios de prueba suficientes.

P., M. A. c. Asociación Gremial de Empleados de Comercio Filial Río Cuarto

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 75527-2011

Número Dictamen: 723

Dictaminante: MÓNICA FRANCESCÁNGELI

Id Infojus: DI120723

TEMA

Discriminación por motivos ideológicos, políticos o gremiales

HECHOS

Denuncia la variación en sus tareas y la aplicación de sanciones disciplinarias, acciones motivadas en su pertenencia a la lista gremial opositora.

SUMARIO

No se han acreditado los hechos.

F., D. A. c. L., J. P.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 7186-2010

Número Dictamen: 722

Dictaminante: CINTHIA BELBUSSI

Id Infojus: DI120722

TEMA

Discriminación por razones de sexo o inclinación sexual

HECHOS

Al reincorporarse a sus tareas, luego de la celebración de su matrimonio, la denunciante fue trasladada a otro sector de trabajo.

SUMARIO

La denunciada no aportó elementos respaldatorios de su descargo.

V., R. M.

DICTAMEN.

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

29 de Diciembre de 2012

Expediente: 62228-2012

Número Dictamen: 691

Dictaminante: VIRGINIA GIMENEZ

Id Infojus: DI120691

TEMA

Derechos humanos, discriminación

HECHOS

La denunciante padece de hipoacusia bilateral perceptiva profunda a causa de haber sufrido una rubeola materna desde su nacimiento, y manifiesta haber terminado sus estudios secundarios especializándose en arte dramático; refiere que al enterarse de la existencia de una Universidad en EE.UU. que se especializa en educación a personas hipoacúsicas, se habría inscripto y habría sido admitida en la misma; que su madre habría solicitado un préstamo al Banco de la Ciudad de Buenos Aires para costear sus estudios, el cual habría sido otorgado, pero que, sin embargo, por las restricciones cambiarias vigentes, la AFIP no le habría permitido efectuar la compra de dólares estadounidenses necesarios para el pago de la Universidad.

SUMARIO

No puede afirmarse que la conducta de la AFIP constituya un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592, leyes concordantes y complementarias. La medida de la AFIP forma parte de una política económica del momento y rige para toda persona que se encuentre en suelo argentino, por lo que no sería una negativa hacia la denunciante basada en alguno de los motivos discriminatorios previstos por la legislación aplicable.