

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL Y LA MUJER: UN ANÁLISIS DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA.

Ab. María Noé Torres

Palabras Clave:

discriminación, acoso laboral, mobbing, legislación

Key Words:

discrimination, harassment, mobbing, legislation.

RESUMEN:

La discriminación es un flagelo actual que afecta a todos en algún momento de nuestra vida. Este trabajo se realizó en el ámbito de un Congreso de Derecho del Trabajo. El mismo tuvo por objeto, realizar un análisis de la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, sobre este problema del mundo globalizado. Además se realizó un análisis del derecho comparado, principalmente con lo establecido por el amigo país de Chile.

ABSTRAC:

The current discrimination is a scourge that affects everyone at some point in our lives. This work was carried out in the field of Labour Law Conference. The same was intended to undertake an analysis of legislation and jurisprudence of our country on this issue of the globalized world. You can conduct an analysis of comparative law, mainly with the provisions of the friend country of Chile.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

1. DEFINICION Y ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

1.a ¿Qué significa discriminar? Según la Real academia española proviene del latín y significa separa, distinguir, o separa una cosa de otra. Este ultimo significado le corresponde al termino discernir también pero con la sutileza de hacerlo a partir de comprender la diferencia.

Utilizando el termino en forma positiva, discriminar significa reconocimiento o diferenciación; en un sentido negativo, significa una situación en la que una persona o un grupo de personas es tratada de forma diferente a causa de prejuicios.

Este trato diferencial se puede dar en diversos ámbitos y en la distintas relaciones entre persona, instituciones y hasta entre estados. Existen distintas características que dan fundamento a este trato discriminatorio, como por ejemplo color de piel, sexo, ideología política, edad, religión y cualquier otro motivo que haga a dos personas diferentes.

Este término "discriminar", en general significa acción y efecto de separar , de distinguir una cosa de otra, en Derecho el mismo tiene una connotación diferente, ya que el mismo hace referencia a un trato de inferioridad dado a una persona o grupo, por motivos raciales, religiosos, culturales, de sexo, filiación, políticos o ideológicos entre otros.

Variadas son las clases de discriminación, entre ellas encontramos las siguientes:

-Discriminación Sexual: esta clase de discriminación arbitraria originada en el sexo de la persona no solo incluye hoy las posibles diferenciaciones arbitrarias que se puedan por ser un hombre o una mujer, si no las acciones que puedan generarse en hipótesis de homosexualidad. Este acto discriminación es injusto, cuando en lugar de tener en cuenta elementos objetivos como son el desempeño, la eficiencia, la contracción a las

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

tareas u otros factores, se elija a una persona en desmedro de otra por causa de su

sexo.⁶⁹

- Discriminación racial: la Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial, su artículo primero define: como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Discriminación laboral: esta clase de discriminación se da en el lugar de trabajo, y sus causales generalmente no tienen que ver con las aptitudes o capacidades que el sujeto posee para desempeñar sus tareas, si no que son ajenas a ellas.

Discriminación religiosa: esta se produce debido a no compartir con con determinadas personas las creencias o religiones ajenas, provocando así alejamientos o recelos contra aquellas personas que poseen estas creencias distintas.

2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN

Los diferentes tratados firmados en materias internacionales ratifican la no discriminación como un derecho universal e inherente al ser humano. Así, podemos mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptado y proclamado por la ONU, que en su artículo 7 dice: todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁶⁹ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002; pág. 121.

También se encuentra proclamada dicha protección en La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo segundo proclama el derecho a la igualdad ante la ley. El enunciado dice así: 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.

El artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica dice lo siguiente: todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La Organización Internacional del Trabajo, en su convenio 111, expresa en su artículo primero que: 1. a los efectos de este convenio, el termino discriminación comprende:

A) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo y la ocupación;

B) cualquier otra distinción , exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados .

2. las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

En nuestro país, el principio general de igualdad ante la ley está consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 16, el cual establece que todos los habitantes son

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. A su vez, el artículo 14 bis incluye el principio de igual remuneración por igual tarea que el legislador de la ley de Contrato de Trabajo transformo, siguiendo así lo establecido por la Organización Internacional del trabajo, que dice, igual remuneración por tarea de igual valor. Este principio antidiscriminatorio frente al salario tiene muy importantes alcances prácticos. A su vez la ley de Contrato de Trabajo en su artículo 17 establece la prohibición de todo tipo de actos de discriminación entre los trabajadores por motivos de raza, sexo, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Esta norma tiene numerosas referencias en igual sentido, dentro del cuerpo de la ley, directas e indirectas.⁷⁰

La historia nos cuenta como las personas han tenido que luchar por los derechos que les corresponden. Con frecuencia el deseo ardiente de las personas de ser libres y disfrutar de sus derechos fue lo que inició la lucha. Después, mucho más tarde, sobre la base de los logros populares, se realizó la formalización, legalización e institucionalización de esos derechos.

El Informe sobre desarrollo humano del año 2000 realizado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comienza con las siete libertades, que a su entender, son pilares para la comisión de los Derecho Humanos. La primera de estas libertades es: "Libertad de la discriminación por motivos de género, raza, origen étnico, origen nacional o religión".

La relevancia del principio de no discriminación, escapa al ámbito del derecho laboral, ya que el mismo es un derecho fundamental e inherente a todo ser humano. Es así que este derecho adquiere reconocimiento supranacional, encontrándose consagrado en diversos instrumentos internacionales.

3. LA DISCRIMINACION LABORAL: DISTINTAS CAUSALES

La discriminación laboral abarca el trato de inferioridad dado a personas por motivos ajenos a su capacidad dentro del ámbito de la libertad al trabajo y derecho al mismo.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁰ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 119

La Organización Internacional del Trabajo, da una definición muy precisa sobre los que significa discriminación laboral, la misma reza así:...el termino discriminación comprende, cualquier exclusión, distinción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.⁷¹

Las principales causales de discriminación laboral son las siguientes:

Discriminación por motivos de sexo: es la forma más común y las mujeres la que en mayor medida padecen este flagelo. La misma abarca distintos ámbitos y situaciones desde menores salarios hasta la segregación por causales de maternidad.

Discriminación por edad: esta modalidad, es una de las que más en boga en nuestra sociedad, ya que, se imponen límites de edad para la contratación o bien se alega un exceso de experiencia.

Discriminación por motivos religiosos: esta forma se refiere a faltas de respeto a las costumbres religiosas, obligaciones de trabajar en los días considerados sagrados, la denegación de permisos para actividades empresariales, entre otras.

Discriminación a personas portadoras de HIV: esta adopta variadas formas, desde las molestias ocasionadas por los compañeros hasta los despidos sin causales de justificación y arbitrarios, provocando así serios daños al sujeto que padece la enfermedad, ya que se vería así privado de la cobertura médica que le da la obra social.

Discriminación por causal de maternidad: esta causal afecta solo a las mujeres, ya que las mismas se ven excluida de acceder a un trabajo determinado por ser las mismas madres. Las razones que los empleadores dan para fundar dicha causal, son inconsistentes y sin sustento ya que alegar que dicha condición afectaría la **MARÍA**

NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 111, artículo primero.

productividad laboral de la trabajadora, porque tendría preocupaciones que un hombre no tiene.

Discriminación sindical: esta se lleva a cabo cuando un trabajador o un grupo de ellos, dentro de la empresa, se afilian o desean realizar actividades gremiales. En este supuesto, el trabajador se ve a veces amenazado o acosado, la gran mayoría de las veces, por el empleador, que recurre a imponer su poder de imperio y a generar algún tipo de terrorismo o temor sobre el trabajador para que abandone o desista de seguir en esa actividad gremial o sindical.

Discriminación racial: es una de las clases más comunes y generales de discriminación. La misma se genera por ser el trabajador de raza, color o etnia distinta. Es frecuente observar estos actos de discriminación en la industria de la construcción o el servicio domestico.

Discriminación por aspecto físico: nacida esta causal en el derecho comparado, esta clase de discriminación se refiere a excluir a los trabajadores por su aspecto físico, como es el caso de que se utilice una indumentaria específico o por ser extremadamente delgado o por ser obeso. Estos casos no se encuentran contemplados en la legislación argentina, pero los mismos podrían ser incluidos en el principio genérico de no discriminación del artículo 17 de la ley de Contrato de Trabajo.⁷²

4. ¿CUÁNDO COMIENZA LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAR?

Podemos decir, que una relación laboral, se lleva a cabo y concluye, luego de haberse superado tres momentos específicos y necesarios para que, un contrato de trabajo nazca, se perfeccione y se extinga. Un primer momento es aquel que comienza con la búsqueda, que es acto que inicia el proceso de acercamiento entre las partes, con miras a la celebración de un contrato de trabajo, es una búsqueda de eventuales

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷² DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 122

candidatos. La misma es llevada a cabo por un empleador que debe cubrir uno o más puestos de trabajo en base a la determinación de un perfil.⁷³

Durante este momento, es posible que surja algún tipo de discriminación, por ejemplo cuando los anuncios requieren del aspirante medio de movilidad propio, o una determinada apariencia, son las mismas características que no están relacionadas, a veces, con las aptitudes necesarias para realizar el trabajo. Los análisis de embarazos o de sida, pueden ser considerados también discriminatorios, ya que los mismos no resultan obligatorios en el examen de ingreso ni en los exámenes periódicos, según nuestra legislación vigente. Una vez superado este momento, el contrato se perfecciona y pone en marcha la relación laboral. Durante el desarrollo de la misma, el trabajador puede sufrir diferentes formas de discriminación, ya sea por parte de sus compañeros o por la propia empleadora. Las mismas surgen de variadas causales, como intolerancia a características personales de la víctima de discriminación, como ser el sexo, el color, la religión, entre otras, de las que ya he hecho mención. Por último y concluida la relación laboral la discriminación se puede encontrar presente, al ser la misma, causal por la cual la relación concluyo.

5. LA DISCRIMINACION LABORAL FEMENINA Y EL ACOSO SEXUAL

Todas las mujeres, en alguna medida, siempre han sufrido algún tipo de discriminación en el ámbito laboral, ya sea recibiendo menores salarios, en igualdad de condiciones en relación con los hombres, o cuando las mismas son excluidas de ciertas labores porque las mismas no son para mujeres, o porque es más caro contratarlas (debido a los permisos por maternidad) o simplemente ubicándolas en puestos de trabajos de inferior nivel, o mediante algún tipo de impedimento para ser ascendidas a puestos mejores, aunque las mismas se encuentren mejores capacitadas. Además de estas formas de discriminación, algunas prácticas pueden atentar contra la maternidad, al obligar a las trabajadoras a realizarse test de embarazos o exigiendo el uso de algún

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷³ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 158

método anticonceptivo.⁷⁴ Según el artículo guía de la OIT "El ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género": la protección y promoción de la igualdad entre las mujeres y los hombres son, de manera semejante, conceptos básicos que se fundamentan en los derechos humanos internacionales, reconocidos en instrumentos de las Naciones Unidas tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995. Sus disposiciones vinculan jurídicamente también a los Estados que no han ratificado los instrumentos específicos de la OIT, pero que si han ratificado estas normas internacionales de carácter más general.⁷⁵ A pesar de los esfuerzos sociales y legislativos para frenar esto, la brecha de salarios y de oportunidades no se ha visto afectada en los últimos años. No obstante los fuertes progresos en la educación femenina, dos terceras partes de los analfabetos del mundo son mujeres. La integración de la mujer al trabajo se está haciendo con activas tendencias a formar parte de posiciones menores y a tener una gran presencia en la economía informal.

La discriminación en materia de salarios sigue siendo muy activa. En la industria en 27 de 39 países con datos disponibles, la remuneración de las mujeres eran un 20% a un 50% menor de la de los hombres.

Bernardo Kliksberg realizó un trabajo titulado "La discriminación de la mujer en el mundo globalizado y en América Latina: un tema crucial para las políticas públicas"⁷⁶, en el mismo expresaba que esta era una época llena de oportunidades y riesgos para la mujer. En la actualidad la mujer tiene mayores posibilidades de estudiar y

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁴ CARMONA MARTIN, KARLA Y. - VELIZ FUENZALIDA, HUGO F. "DISCRIMINACION LABORAL- ASPECTOS DOCTRINARIOS Y SITUACION EN CHILE"; Seminario de Título para otra al Título de Ingeniero Comercial, Mención Administración; Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Escuela de Economía y Administración; <http://www.archivochile.com>.

⁷⁵ ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género, oficina internacional del trabajo. Ginebra, marzo de 2000, revisión del documento original emitido en 1994.

⁷⁶ KLIKSBERG, BERNARDO; "La discriminación de la mujer en el mundo globalizado y en América Latina: un tema crucial para las políticas públicas"; Panel de la división de economía y administración pública de las Naciones Unidas.

capacitarse, lo que aumenta la autoestima de la mujer, democratiza, cambia estereotipos marcados por siglos, cambiando así las perspectivas que se tenían del género femenino, pero esto no cambia los siguientes problemas: "la incorporación de la mujer se está haciendo en muchos casos, bajo patrones que abren nuevos interrogantes y ello es muy intenso en América Latina. En los estratos medios y altos, donde la mujer accedido vigorosamente a la educación universitaria, existen preguntas sobre la calidad de su avances en relación a las características del mundo globalizado. Se presenta una tendencia definitiva en términos del tipo de carreras que terminan. Tienen gran presencia en las carreras humanísticas y ciencias sociales, pero muy limitadas pero muy limitada en las profesiones estratégicas para la globalización como las ingenierías y las ciencias naturales. Allí hay una fuerte brecha entre hombres y mujeres".

Esta ausentismo en las carreras estratégicas también se ve en las posiciones estratégicas, ya que el porcentaje de mujeres que está al mando de empresas es mucho menor que el de hombres y lo mismo pasa en la política, donde a nivel mundial se ve que los presidentes y ministros en su gran mayoría son hombres.

Estados Unidos se ha preocupado de promover una legislación rica en contenidos ad hoc para eliminar el tema de la discriminación laboral de la que tanto se habló durante los años sesenta, ello gracias a la Ley de igualdad de salarios de 1963, la Ley de derechos civiles de 1964 y así otras normativas que propenden a la regularización de los derechos que cada persona tiene como trabajador frente a irregularidades públicas y privadas. Algunas de las principales normativas legales federales que existen para evitar y condenar la discriminación laboral son:

- Título IV de la Ley de derechos civiles que impide pueda discriminarse a las personas por su raza, color, religión, sexo y nacionalidad, actuando en concordancia además con las libertades individuales garantizadas por la constitución
- Ley de igualdad de salarios de 1963, que impide pueda remunerarse de distinta manera a los trabajadores de acuerdo a su sexo en un mismo tipo de trabajo.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

- Ley contra la discriminación laboral por edad de 1967, la que protege a aquellas personas que desarrollan un trabajo y tienen 40 años de edad o más
- Título I y V de la ley para estadounidenses con discapacidad, que impide pueda discriminarse a quienes posean una discapacidad calificada tanto en el sector privado, como en sector público, sea éste local o estatal
- Secciones 501 y 505 de la ley de rehabilitación de 1973, la cual impide que pueda discriminarse a aquellas personas que presenten una discapacidad calificada y trabajen en el gobierno federal
- equidad que afectaban al personal federal

Quien se encarga de la aplicación de estas leyes es la *Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo en los Estados Unidos*, también conocida como EEOC. *Este organismo también está encargado de supervigilar la aplicación de todas las normativas que impiden se pueda poner en práctica cualquier tipo de decisión arbitraria contra los trabajadores por un tema de discriminación laboral.*

Quien sienta que ha sido afectado y/o perjudicado por una decisión laboral injusta basada en la discriminación, puede acudir libremente a la EEOC y presentar los cargos que se estimen necesarios, así como también hacerlo ante la *agencia estatal* que corresponda para que investigue los cargos interpuestos.

6. SITUACION ACTUAL EN ARGENTINA. ANALISIS DE ALGUNOS CASOS JURISPRUDENCIALES.

Según un informe del Instituto para el Desarrollo Social de Argentino (IDESIA), la discriminación laboral de las mujeres está más relacionada a la maternidad. El documento agrega que esto no solo sucede en nuestro país, sino que también hay evidencia de que sucede lo mismo en países avanzados o del primer mundo. Las diferencias de remuneraciones entre varones y mujeres sin hijos, tienden a desaparecer, mientras que son las mujeres con hijos las que sufren situaciones

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
 ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
 Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

más desventajosas. En Argentina, la maternidad es un obstáculo en algunos casos para la inserción y el desarrollo laboral de la mujer. La gran cantidad de responsabilidades que traen consigo la maternidad, incide necesariamente en la posibilidad de las mujeres de competir en el ámbito laboral por puestos más altos, más si la competencia es contra varones y mujeres sin hijos. Frente a esto, países más desarrollados, están abordando políticas que ayuden a disminuir el conflicto entre los roles reproductivos y las exigencias laborales. Surgen de esta forma, cambios en la legislación laboral y de la seguridad social, y los programas asistenciales. Sin embargo, sobre nuestro país no podemos decir lo mismo, ya que pareciera que Argentina va en sentido contrario, limitándose sólo a promover intervenciones de "discriminación positiva". De esta forma, se intensifican reglas que conspiran contra el empleo femenino.⁷⁷

La Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744, en su artículo 17 establece el principio de Prohibición de hacer discriminaciones, el cual reza de la siguiente forma: "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad".

Además de estos principios, la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del Título VII, enuncia los artículos que protegen el trabajo de la mujer. El capítulo II, titulado De la protección de la maternidad, el cual establece las prohibiciones de trabajar durante los últimos 45 días antes del parto y los 45 días posteriores. Además de enunciar la obligación del empleador de garantizarle la estabilidad en el empleo a la trabajadora durante el periodo de gestación. Además de la obligación que le corresponde a la trabajadora de comunicar fehacientemente su embarazo al trabajador. Junto a estos artículos se establece la presunción del despido por razones de maternidad o embarazo. Respecto a esto, en el fallo *GUISADO DE JAKOBS Paula c/ KB SERVICIOS S.S. s/ despido Sala III*, de fecha 5 de Marzo de 1998, Exp. N° 75928, el Tribunal dijo:

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁷ Datos extraídos de informe y noticia publicada en www.noticiauno.com.ar, titulado "La discriminación laboral de la mujer está vinculada a la maternidad"; viernes 20 de Agosto de 2010.

Aun tratándose de un contrato a prueba (art. 92 bis de la LCT), rige la protección consagrada por los arts 177 y 178 de dicho ordenamiento legal. En tal caso la trabajadora afectada deberá probar que la cesantía constituye una práctica discriminatoria, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación. Por su parte el empresario deberá demostrar que no discriminó o que ha mediado una razón objetiva no discriminatoria para extinguir el vínculo. Es así que, es importante contar con los medios de pruebas suficientes, para demostrar que el empleador hizo uso de su facultad de poder despedir a la trabajadora, a causa del embarazo. Es importante que la trabajadora haya realizado los trámites correspondientes para la notificación necesaria, que dé a conocer su estado de embarazo. De no ser así, la misma no contaría con un medio de prueba tan importante como la notificación al empleador de su estado. Además deja claro una regla necesaria para su defensa, el empleador debe demostrar que no discrimino o que la razón de despido es a causa de una razón objetiva no discriminatoria. En el caso en cuestión el embarazo se produce durante el periodo de prueba, la sala sienta el principio que, durante el mismo, rige en pleno la presunción del despido por razones de maternidad o embarazo.

6. a EL ACOSO SEXUAL Y EL MOBBING

Algo a lo que se tiene que enfrentar en el ámbito laboral, algunas veces la mujer, es a lo denominado "acoso sexual". Este se puede definir como aquellas conductas de naturaleza sexual o con algún contenido de esa índole. Estos comportamientos afectan la dignidad de la mujer, pero esta situación no solo afecta a la mujer si no que también puede ser sufrida por un hombre. Estos comportamientos se pueden observar que no solo son físicos, si no que pueden observarse situaciones en que los mismos son de carácter verbal. Estos comportamientos afectan tanto la dignidad de la persona como la igualdad de oportunidades.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

La Primera Corte Suprema en pronunciarse contra el acoso sexual fue la de EE.UU en el año 1986, considerándola una conducta discriminatoria por sexo y que violaba el titulo VII de la Ley de Derechos Civiles. Siguiendo esta motivación, Europa creo la recomendación n° 92/321 y sugirió a los miembros de la Unión Europea adoptar políticas contra el acoso sexual. En nuestro país esta conducta no está legislada aun. No existe ni en el derecho penal ni en el derecho laboral la figura del acoso sexual. La ley de "Violencia Laboral" a nivel nacional se halla postergada en su promulgación por el Congreso Nacional, el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en el año 2007 perdió estado parlamentario a principios del año 2008 por falta de tratamiento en el Senado, causando un daño de consideración a todos aquéllos que se hallan en un estado de acoso laboral y postergación en sus derechos elementales en el ámbito laboral en la Argentina.

El acoso sexual a sido definido por la Organización Internacional del Trabajo como un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada que incide negativamente su situación laboral, provocándole un perjuicio.⁷⁸ También podemos definir esta situación como una amenaza repetida e indeseada que puede incluir gestos, comentarios o contactos físicos de naturaleza sexual.⁷⁹ La doctrina científica a definido dos clases de acoso sexual: el chantaje sexual y el acoso ambiental.

El chantaje sexual o de intercambio se da en los casos en que existe una relación de jerarquía y por lo tanto de esta manera se condiciona el acceso a algún trabajo o la perdida de algún derecho laboral; también se considera cuando se proponen mejoras laborales, aumentos de sueldo, ascensos, en estos casos hay un abuso de poder evidente.

La otra forma, el acoso ambiental se da cuando el sujeto activo del acoso, crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador. En esta clase de acoso no es necesario que el acosador sea necesariamente un superior jerárquico, si

⁷⁸ WALTER, E. FRANCISCO; "Derecho de las relaciones laborales"; editorial Universitaria; primera edición; Santiago , Chile; 2003; pág. 285

⁷⁹ FARIAS, A. PAMELA; GOMEZ, A, MARCELA. "Aportes al debate laboral n° 7, Acoso Sexual en el trabajo: de la impunidad a la acción". Dirección del Trabajo, Departamentos de estudios; Chile.

no que puede ser un compañero de trabajo del mismo rango o hasta de un rango inferior. Es lo que en la actualidad por la doctrina se denomina "mobbing". Ya la jurisprudencia ha hecho referencia a esta clase de acoso, en el fallo "D., R. B. C/ ENTRETENIMIENTO PATAGONIA S.A. S/SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. Nº 17505/02 - STJ). Los jueces en este fallo dijeron lo siguiente: con relación a los protagonistas del mobbing se ha dicho: "Se debe destacar que el mobbing puede ser ejercido en forma vertical y horizontal. El primero de ellos es el que ejecuta el empleador o un superior jerárquico contra el trabajador y mediante el cual se pretende el retiro del obrero de la empresa, por resultar su presencia incómoda. Dicha 'incomodidad' puede obedecer, entre muchas otras causas, a la eficiencia del atacado, a su elevado nivel intelectual, a una posibilidad de ascenso o por contar con una lucidez que a las claras excede a la del mobber. La segunda hipótesis es la que se genera entre pares, es decir, entre trabajadores, pues ven en la víctima un probable y futuro rival laboral, con mejores condiciones de ascenso y progreso que las propias" (Sandra Assad: "La reparación de los daños laborales. Discriminación en la Ley de Contrato de Trabajo: el mobbing" L. L. 04-04-05). El mobbing es un nuevo y creciente fenómeno que está desarrollándose en Argentina, el término "mobbing" proviene del verbo inglés "to mob" que significa "atropellar", utilizada como sinónimo de "violencia psicológica laboral" o "psicoterror laboral", es un fenómeno que se está presentando con reclamos legales desde el año 2002 aproximadamente. Su desarrollo como objeto de estudio y de análisis legal, comenzó en Europa en la década del noventa y hasta la fecha.

En 1990 Heinz Leymann lo aplicó a la psicología laboral en el "Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo", dándole un nuevo significado, que ha hecho fortuna desde entonces. La definición que da Leymann de este término es la siguiente: El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio

estadístico, por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicosomática y social. Son muchas las posibilidades de actuación hostil en el terreno de la comunicación. No sólo hacen daño los insultos directos, que son agresiones demasiado obvias, sino también las insinuaciones, comentarios y "puntas" mal intencionadas (una "punta" es un comentario deliberado, aparentemente inocente, pero que activa por asociación una experiencia traumática o conflictiva). Tanto o más dolorosos son los actos de no-comunicación, como ignorar un saludo, no responder a una pregunta, actuar como si determinada persona no estuviera presente, etc.

Si bien, no existe un criterio jurisprudencial unánime para establecer cuándo se está en presencia de la figura del acoso moral o *mobbing*, los tribunales han ido definiendo su alcance y podría decirse que aquélla se da cuando el trabajador es objeto repetido de abuso por parte de sus superiores y, en particular, víctima de prácticas destinadas a aislarlo del ambiente de trabajo y, en los casos más graves, de repelerlo, prácticas cuyo efecto es atacar gravemente el equilibrio psíquico del trabajador.⁸⁰

En un caso, la cámara del trabajo rechazó el planteo de una trabajadora por el que pretendió que su empleador le indemnice el "daño psicológico" que le causó una supuesta persecución moral previa a su despido. En concreto, la Sala X del tribunal estimó que la empleada no pudo demostrar que fue víctima de *mobbing* y así frenó las aspiraciones de la trabajadora de cobrar una suma más abultada como indemnización por ser declarada cesante.

El caso "Tomás, Adriana c/ Aerolíneas", trató de una empleada de Aerolíneas Argentinas que planteó haber sufrido "persecución tanto moral como psicológica (*mobbing*)" por la vinculación afectiva que mantuvo con un representante sindical, enfrentado con los directivos de la empresa.

⁸⁰ ARIGANELLO Claudio Alberto c/ Banco Macro Bansud S.A. s/ despido *Sala/Juzgado: V*
Fecha: 14-02-2008

Así, adujo que durante el último tiempo de la relación laboral fue víctima de "hostigamiento, desacreditación, desprestigio, denostación, destrucción de su imagen pública y acoso psicológico".

Además, afirmó que se vio sujeta a cambios continuos de los programas de vuelos y la negativa a sus pedidos de participar en determinados viajes.

Para los jueces, no existieron pruebas que permita inferir que la relación que unía a la trabajadora con el líder gremial hubiere sido motivo de "represalias" por parte de la compañía.

En tanto, aseguraron que los cambios "repentinos o de último momento" en la asignación de viajes constituían una política habitual de la empresa, circunstancia que "no puede ser esgrimida como fundamento de un trato discriminatorio o de una actitud de hostigamiento".

Incluso, descartó que la incapacidad psicológica del 10%, acreditada por un perito médico, pudiese ser consecuencia de aquel supuesto padecimiento.

En particular, y en mayo último, la Sala VII hizo lugar al reclamo por daño moral que hizo una empleada de un estudio jurídico que denunció ser víctima de acoso laboral. Allí, el tribunal condenó al bufete a indemnizar a la secretaria de uno de los socios que fue despedida por haber enviado a la firma una nota donde describía una situación de "psicoterror laboral".

Para llegar a esa conclusión, la cámara se basó solamente en aquella documentación y por la falta de investigación del estudio de la situación denunciada por la trabajadora.

En ese marco, la situación del "mobbing" es muy particular. Ocurre que, pese a que avanza en el Congreso una serie de iniciativas que intentan crear un marco legal a la figura, el acoso moral no tiene regulación en nuestro país.

Y ese vacío normativo, que se suma a la vaguedad del término, hace que los tribunales admitan reclamos ya sea como causal de despido indirecto, como acto discriminatorio y hasta como un riesgo laboral.

De manera que el fallo "Tomás" ha sido bien recibido por las empresas, a partir del profundo análisis que hicieron los jueces de la prueba presentada en la causa.⁸¹

Para cerrar este tema, existe un fallo que podría tomarse como prueba, de que la discriminación por ser mujer existe en muchos ámbitos laborales y por diversas situaciones. El fallo es el resuelto por la presentación de un amparo realizado por una fundación. A continuación una transcripción de los ítems más importantes

1- 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. 2- 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. 3- 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. (En el caso encontrándose acreditada la discriminación sexual en la contratación de personal, sin encontrarse

⁸¹ Información obtenida de www.infobaeprofesional.com/interior/index.php

aquella justificada, se condenó a la empresa a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida). (Sumario Nº15144 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín Nº1/2003).

Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo. - Nº Sent.: Fallo completo publicado en: diariojudicial.com del 17/2/2003.

7. ULTIMOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA

Un nuevo cambio se está viendo a la hora de dictar sentencia por los jueces. El marco de discrecionalidad que poseían los empleadores a la hora de elegir sus empleados, se ve ahora limitado y hasta podríamos decir condicionado por la justicia. Desde el principio uno de los derechos por así decirlo, que le correspondía al empleador, era el denominado *ius variandi*, entendido este como la potestad del empleador de modificar las condiciones de trabajo en forma unilateral, en la medida que estos cambios no afecten modalidades esenciales del contrato, se ejerza con razonabilidad y no generen daño moral o material al trabajador.⁸² Un fallo reciente de la justicia condiciona este ámbito de discrecionalidad, obligando al empleador a reincorporar a un trabajador que había sido despedido, utilizando la figura de discriminación laboral. Se advierte de esta manera la aparición de un nuevo agujero negro en el sistema, ya que a partir de ahora, se podría utilizar este argumento prácticamente sin límites por cualquier empleado que pretenda el mismo resultado.

7.1 El caso

Se trata del caso de una ex trabajadora de Telefónica de Argentina SA que en 2001 había reenviado un correo electrónico "en apoyo" al conflicto que por entonces afrontaban empleados de Aerolíneas Argentinas y así instó a sus compañeros a llevar a cabo acciones colectivas, hecho que motivó a la compañía disponer la cesantía.

⁸² DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 226

En "Greppi", en primera instancia –medida confirmada por la cámara-, el juez dijo que la demandada persiguió a la empleada "por expresar su pensamiento" y que la cesantía fue una represalia frente a un accionar lícito. Así, obligó a la compañía al pago de los salarios no percibidos desde el despido y a reincorporar al trabajador.

La medida, dispuesta el pasado 31 de mayo, aún no está firme, en virtud de que Telefónica interpuso un recurso de queja ante el máximo tribunal, quien todavía no se expidió sobre el mismo.

Para los especialistas, el fallo "afecta uno de los derechos fundamentales del empleador: el de disponer la resolución del contrato de trabajo sin necesidad de invocar causa". La resolución genera una serie de incertidumbres que afectan legítimos derechos constitucionales del empleador, dado que según la sentencia la empleada gozaría de un beneficio extraordinario respecto de sus compañeros de trabajo en virtud de que ya no podría ser despedida. Así, se alertó sobre lo cuestionable que puede resultar la aplicación descuidada y ligera de la ley 23.592 en los casos en que "no son consecuencia de la plena convicción judicial, resultante de prueba concluyente de que el empleador avasalló los derechos que protege la ley antidiscriminación". Para la cámara, el despido permite activar el dispositivo previsto por la ley 23.592 dirigido a penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos, debido a la restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho constitucional a propagar sus ideas". La solución de la cámara podría ser cuestionada sobre la base de la doctrina de la Corte, desde que la reincorporación de un trabajador al que el empleador inequívocamente desvinculó, el pago de una multa diaria para forzar su ingreso o el abono de salarios indefinidamente con el mismo propósito, "lucen lesivos de las cláusulas constitucionales que en cada caso se indicaran".

El alto tribunal, en casos como "Figuroa c/ Loma Negra", consideró que es irrazonable la estabilidad absoluta que fijan algunos convenios colectivos, en tanto suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal.

El fallo limita las facultades legítimas que tienen los empleadores de efectuar despidos

y que viola el artículo 14 de la Constitución Nacional, pues impide el ejercicio de "industria lícita", que incluye la facultad de contratar y despedir empleados. Casi no hay antecedentes de este tipo en la Justicia Nacional ya que la reincorporación es el castigo judicial más grave que se pueda disponer frente a un despido legítimo. A partir de este caso, el panorama se presenta complicado para las empresas que verían endebladas sus posibilidades de despedir a sus empleados. La Corte Suprema de Justicia ya se pronunció en situaciones similares y dijo que atenta contra la Constitución Nacional la aplicación de una cláusula en un convenio colectivo que exija la reincorporación, tal como lo contemplan los estatutos del sector bancario, de las cementeras y de la Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles. La legislación dispone para los casos de discriminación laboral el deber de reparar mediante el pago de una indemnización, "pero no de reincorporar al trabajador".⁸³

CONCLUSION

La discriminación, como un mal constante en la sociedad, se ve creciente y constante en todos los ámbitos y estratos sociales. En primer lugar corresponde precisar el concepto de discriminación al que García Martínez definió como el rompimiento voluntario o doloso del principio de igualdad.⁸⁴ Por otro lado, también es pertinente conceptualizar al mobbing. Así, Francisco J. Abajo Olivares señaló que: Cuando se habla de mobbing, de acoso laboral, más genéricamente, de violencia laboral, los expertos coinciden en señalar el ámbito de la Administración Pública como uno de los más proclives a generar ambientes en los cuales, por uno u otro motivo, las diferentes violencias laborales -y los violentos- encuentran un terreno especialmente abonado.⁸⁵ Por su parte la jurisprudencia también entendió que "El "mobbing" ha sido definido como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁸³ Información obtenida de www.infobae.com

⁸⁴ GARCIA MARTINEZ; "La igualdad de trato y la discriminación en el derecho del trabajo", DT 1997 A-891

⁸⁵ FRANCISCO JAVIER ABAJO OLIVARES; "Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral", 2da Ampl. Buenos Aires, Argentina Lexis Nexis- 2006)

actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen que el trabajador abandone el empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido (Juzg. De lo Social N^o 33, Madrid, 18-6-01; Juzg. De lo social N^o 1, Santander, 17-1-03)

Ahora bien, a su vez, diferentes normas de orden legal y supralegal vedan la comisión de conductas que importen la discriminación. De las consideraciones transcriptas se puede concluir en forma clara que la discriminación importa un trato desigual en igualdad de condiciones. En consecuencia, el empleador tiene el deber de tratar con equidad e igualdad a sus dependientes, salvo que existan razones objetivas que justifiquen cierta diferenciación, como podría ser la mayor jerarquía funcional, mayor productividad o capacidad de trabajo. Lo contrario viola el deber fundamental del empleador a no discriminar, lo que se encuentra vedado por el art.17 y 81 de la LCT, art. 43 CN y las Declaraciones y Convenciones internacionales a las que el art. 75 , inc. 22 de la CN otorga jerarquía constitucional. Todas ellas llevan implícita la necesidad de adoptar mecanismos tendientes a que cesen los efectos del acto discriminatorio y a sancionar el daño que éste provoca. Falta mucho por avanzar en cuanto a discriminación, pero la legislación tiende a mejorar en lo que se refiere a protección de los derechos de los trabajadores. Falta todavía eliminar los prejuicios más importantes en nuestra sociedad, de esta manera podremos vivir en un ambiente más grato, donde las personas sean valoradas a nivel laboral por sus habilidades y a nivel ciudadano por sus valores. Este será el paso más difícil y el fundamental para que el cambio sea total y permanente.

Cita de este artículo:

TORRES, M. N. (2011) "La discriminación laboral y la mujer".
Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.
pp. 122-143. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>