



DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO: RECHAZO AL PUESTO DE CONDUCTORA DE OMNIBUS.

MODELO DE CASO

MERCEDES OTEGUI DNI 35.043.473

LEGAJO VABG94031

TUTORA: FORADORI MARIA LAURA

CARRERA: ABOGACIA

UNIVERSIDAD SIGLO 21

Sumario. I) Introducción. II) Breve descripción del problema jurídico del caso. III) Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. IV) Análisis de la ratio decidendi en la sentencia. V) Análisis y comentarios de la autora. VI) Conclusión. VII) Bibliografía

I. Introducción

Somos vivos testigos que el paradigma de la desigualdad entre hombres y mujeres está siendo “corregido” lentamente, pero es el día de hoy que siguen existiendo distintas formas de discriminación en la vida cotidiana respecto de las mujeres y puntualmente de la función que ellas puedan ejercer laboralmente.

Si tomamos como punto de partida la incorporación a la Constitución Nacional de pactos internacionales tales como la “Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer” (1986, Ley 23.313) o la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer” (1994) podemos afirmar que, hace ya más de 30 años nuestro país ha comenzado un profundo pero lento proceso de cambio respecto del lugar que la mujer ocupan en nuestra sociedad y el trato que se le merece.

En el fallo “B.E. C/ Estado Nacional y otro s/ Acción de Amparo”,¹ Expediente N° 25952/2014 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala II, se apuntó a la discriminación latente que existe en la esfera laboral, evitando adrede el ejercicio de un derecho constitucional (derecho al trabajo – derecho a la igualdad), al dejar sin posibilidad por la condición de ser mujer a acceder a un empleo de forma arbitraria y discriminatoria.

La relevancia del análisis aparece, por un lado, en generar conciencia de la existencia de situaciones discriminatorias en una esfera tan común como lo es el derecho laboral, y a su vez a desalentar la comisión de las mismas.

¹ “Borda Erica C/ Estado Nacional y otros s/ Amparo” Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala II. Magistrados Miguel Angel Pirolo- Graciela A. Gonzalez. 11/10/2018 . IdSAIJ FA18040012.

Para profundizar lo hasta aquí explicitado se desarrollará a continuación un análisis del fallo mencionado abordando tanto la premisa fáctica de la causa, el análisis de la decisión de la Alzada para concluir con menciones particulares sobre el tema.-

II. Breve descripción del problema jurídico del fallo

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se enfrenta, en primer lugar a un problema de relevancia, siendo este un problema sobre la determinación de la norma aplicable a un caso concreto, toda vez que por un lado existen vigentes ciertos Convenios internacionales con jerarquía Constitucional (conforme lo establece el art 75 inc. 22 de la CN) que tienden a proteger y evitar distintas formas de discriminación para con las mujeres, y por otro el CCT 460/73 al que la actora solicita se deje sin efecto, por ir en contra de dicho convenio por resultar discriminatorio.

Respecto del reclamo colectivo, la Cámara se enfrenta a un problema lógico de sistemas normativos (laguna normativa) en relación a la falta de cuerpo normativo y/o actualización de la norma que regula la actividad del transporte público donde debió aplicar por analogía la Ley 25674, en relación al cupo que el personal femenino debía integrar.

Respecto del reclamo particular, la Cámara se enfrenta a un problema de prueba, donde se afecta a la premisa fáctica del silogismo (Alchourron y Bullygin 2012), toda vez que realiza un estudio exhaustivo sobre la valoración de la prueba que en primera instancia provocó la eximición de la condena a las demandadas por considerar que no existían causales de discriminación.

III. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

La actora interpuso una acción de amparo por discriminación basada en género y fundada en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra el Estado Nacional – contra el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad de la Nación, Transporte Escalada SAT, Transporte Avenida Bernardo Ader y Constituyentes SAT .

En la demanda presentada la actora inició, por un lado, una pretensión individual reclamando su derecho a obtener trabajo como conductora de ómnibus y, por el otro, reclamó de forma colectiva a las citadas empresas la revisión de sus políticas de contratación y selección de personal a los fines de cesar prácticas discriminatorias hacia las mujeres.

Además solicitó como pretensión colectiva el establecimiento de un sistema de cupos que de alguna manera permita una equiparación entre el personal masculino y femenino contratado en la empresa demandada para el mismo puesto y se adecuaran las instalaciones para que las mujeres pudieran desarrollar sus tareas de forma digna.

También, solicitó de forma colectiva se declare la inconstitucionalidad del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 460/1973 .

Tanto Transportes Avenida Bernardo Ader como Los Constituyentes S.A manifestaron que las tareas de selección del personal eran terciarizadas y que la cantidad de hombres contratados radicaba en que estos eran los únicos postulados a tal efecto.

Por otro lado Transporte Escalada SAT, indicó que el bajo número de mujeres contratadas como choferes aludía a que las mismas no buscaban trabajo como tal.-

Por su parte, el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social sostuvo que la cantidad de mujeres contratadas como conductoras de transporte público estaba ligado al bajo número de postulantes con licencia habilitante.

El juez de primera instancia, si bien rechazó la pretensión individual sosteniendo que no habían existido motivos discriminatorios al no contratar a la actora, admitió parcialmente la demanda y condenó a las demandadas a que confeccionaran un Protocolo de Buenas Prácticas en la selección de personal, el cual debía contemplar la cuestión de género.

La acción solo fue apelada por la actora, por tanto la Cámara interpretó dicho “silencio” por parte de las demandadas como verificación a su comportamiento discriminatorio hacia las mujeres y señaló la falta de sentido que tenía dicha condena a raíz del rechazo individual de la pretensión.

La alzada revocó parcialmente la sentencia de primera instancia condenando a las demandadas a “cesar de inmediato con la discriminación por razones de género”,

aplicando por analogía las leyes 25674 y 27415 y ordenó la contratación de choferes femeninas hasta alcanzar al menos el 30% de la planta de choferes, teniendo como primera en la lista de aspirantes a la accionante.

Por otra parte, mantuvo lo pronunciado en primera instancia en orden a la confección de un Protocolo de Buenas Prácticas para la selección de personal con perspectiva de género, ordenando asimismo la acreditación en autos por parte de las empresas del cumplimiento de dicho protocolo.

Respecto de la adecuación de la infraestructura de las empresas demandadas se desestimó este extremo por carecer de eficacia probatoria.

Por último, y en relación al agravio en cuanto a no declarar en primer instancia la inconstitucionalidad del CCT 460/73 (Convenio sancionado hace más de 40 años), se consideró que debía ser interpretado con una exégesis dinámica y progresiva y, por lo tanto, compatible con la Constitución Nacional, sin perjuicio de manifestarse a favor de la necesidad de actualizar el mencionado texto.

IV. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia

Los presentes autos llegan a la Alzada por la apelación solo de la accionante, quien se encontró agraviada fundamentalmente por el rechazo de la pretensión individual, en orden a la discriminación en el acceso al empleo de chofer de ómnibus.

Sin perjuicio de ello el juez a quo admitió en forma parcial el reclamo colectivo condenando a las demandadas a confeccionar un Protocolo de Buenas Prácticas contemplando cuestiones de género, condena que según la Cámara “carecería de sentido si se considera que, en el caso, no quedó demostrada dicha discriminación”.

Ante las manifestaciones de las demandadas en el proceso, las cuales indicaron que no habría un accionar discriminatorio sino que “los varones son los que conducen los colectivos de corta distancia porque han sido casi los únicos que se postulan para desempeñar esa tarea” la Alzada sostuvo que “ esta afirmación es sin duda significativa porque deja translucir la exclusión de hecho de las mujeres en el mercado laboral, específicamente como choferes de colectivo, lo cual exige efectuar – como lo sugiere Roberto Saba- una lectura estructural de la igualdad.

La Cámara menciona que en este sentido la Comisión IDH consideró que “una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo (...).

Cita asimismo el voto del Juez Petracchi en la causa “Gonzalez de Delgado” al sostener que “las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer (...) (CSJN, 19/09/2000, “Gonzalez de Delgado Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, ²consid. 9°).

Del mismo modo compara lo aquí sucedido con el precedente “Sisnero” donde dice que “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”. (“Sisnero Mirtha Graciela c/ Taldelva SRL y otros s/ Recurso de Amparo”³ Corte Suprema de Salta 14/05/2015).

En relación a la falta de personal femenino como choferes en la nómina de las empresas demandadas, la Cámara aplicó por analogía la Ley 25674 y 24012, estableciendo un cupo mínimo del 30% de choferes femeninas.

En este marco la Alzada sostiene que esta solución “compatibiliza con la libertad de contratar de las empresas (art 14 CN) la cual debe ejercerse de forma razonable, y por ello no puede oponerse de manera infundada y arbitraria a la garantía de igualdad”, haciendo referencia en este punto al fallo “Alvarez Maximiliano y otro c/ Cencosud SA s/ Acción de Amparo” ⁴(CSJN, 7/12/2010)

Por último y en coherencia con los compromisos internacionales, el tribunal hace mención sobre Tratados, Convenciones y Convenios internacionales sancionados con distintos organismos y con jerarquía constitucional.

Lo mencionado en el párrafo ut supra lo es en consonancia con lo citado por la Alzada en el fallo “Sisnero” y en “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A.

²Gonzalez de Delgado Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Amparo” CSJN- Magistrados Julio S. Nazareno- Eduardo Moline O’Connor- Carlos S. Fayt – Augusto Cesar Belluscio – Enrique Santiago Petracchi – Antonio Boggiano – Guillermo A.F. Lopez- Gustavo A. Bossert. Adolfo Roberto Vazquez 19/09/2000. IDSAIJ FA00000224.

³ Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ Amparo. CSJN .Magistrados: Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi, Maqueda . 20/05/2014 . IDSAIJ FA14000071.

⁴ Alvarez Maximiliano y otro C/ Cencosud SA s/ Accion de Amparo. CSJN. Magistrados: Mayoria: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni. Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay. 07/12/2010. IDSAIJ FA 10000047.

s/ Amparo”⁵ donde resalta la obligación que pesa sobre el Estado Argentino de “adoptar medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias existentes en la sociedad” justificando la limitación de la libertad de contratar, por cuanto “solo por medio de esta restricción podía empezar a revertirse y dismantelarse la práctica social que mantenía a las mujeres fuera de esferas relevantes de la vida social”.

V. **Análisis y postura de la autora.**

1. Análisis conceptual.

Analizando diversas posturas que aluden a la relevancia del tema seleccionado se presume elemental abordar prioritariamente el concepto de “cuestión de género”. Así como sostiene Marcela Lagarde (1996) que "el género es más que una categoría, es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo" (pág. 11).

En este marco, se destaca en relación al caso analizado que :

La discriminación en el mercado de trabajo está presente en aquellas situaciones en las que dos personas que realizan las mismas tareas son tratadas de manera diferente, como consecuencia de la existencia de jerarquías en alguna de las características observables, en este caso, en función del sexo. (Mujeres en el Mercado de Trabajo Argentino Año 2018. Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (En adelante MTEYSS)

La existencia de estereotipos consolidan una práctica conocida como "techo de cristal", que según menciona Romina Soledad Guadagnoli “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 ”. (Las desigualdades de género como obstáculo del Trabajo Decente. Romina Soledad Guadagnoli. 9/12/2013 . Infojus Id SAIJ: DACF130390)

⁵ Fundacion Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo s/ Amparo. Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Capital Federal, Ciudad Autonoma de Buenos Aires. Sala H. IDSAIJ FA02020188.

Por otro lado y haciendo puntual énfasis en la división sexual del trabajo, Nora Goren sostiene que “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” y lo que en definitiva “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. (Exposición realizada por Nora Goren, Investigadora en el Centro de Estudios de Mujeres y Trabajo, Curso "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social").

Respecto de los antecedentes jurisprudenciales, como ya se ha mencionado es cabecera en el presente el fallo “Sisnero” donde se afirma que “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (Sisnero Mirtha Graciela c/ Taldelva SRL y otros s/ Recurso de Amparo”. Considerando 5°).

Por otro lado, el fallo Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo SA s/ Amparo establece con mucha claridad que “la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja”

2. *Postura de la autora.*

Como bien se manifestó en el caso “Sisnero” la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja.

Se comparte con la Cámara el abordamiento sobre la discriminación aquí latente rechazada en primera instancia, donde se puede verificar que mediante las técnicas de selección de personal, informes y dictámenes presentados las mujeres eran sesgadas del derecho laboral, creando así un “techo de cristal” donde no se les permitía acceder a ciertos puestos. (Romina Soledad Guadagnoli. Infojus Id SAJ: DACF130390)

Si bien históricamente a raíz del estereotipo de género las mujeres fueron excluidas del oficio de chofer, lo cierto es que en la práctica se puede fácilmente visualizar que las convocatorias de personal realizadas por las empresas de transporte no suelen ser claras e inclusivas.

En este marco es loable destacar que las empresas demandadas no contaban en su planta de personal con ninguna chofer, y si bien éstas no realizaban personalmente las estrategias de contratación, deben responder por conductas inapropiadas y discriminatorias por parte de los terceros que ellas contraten.

Siguiendo el orden de las cosas, las empresas demandadas sostuvieron que la falta de personal femenino se traduce a que los únicos que se postulan para los puestos de conductores son los varones.

Como corolario de lo ante dicho, y en relación a una división de tareas laborales existente en la sociedad, basta compartir lo mencionado por Nora Goren quien sostiene que dicha división “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.”

Lo aquí señalado es verificado por el informe de la AFIP suministrado en primera instancia donde se constata que ninguna de las empresas demandadas posee en su nómina de empleados personal femenino alguno.

Es destacable mencionar que carece de sentido absoluto la condena de primera instancia, ya que la misma considera que las demandadas no manifestaban conductas discriminatorias, mientras que la misma hace lugar a la elaboración de un protocolo de Buenas prácticas (al dar por sentado que no existen en la presente causa “malas prácticas”).

En relación al resolutorio, la Alzada amplió la condena de primera instancia en relación a sancionar un Protocolo de Buenas Prácticas, sobre principios básicos de acceso y contratación para el puesto de chofer, con cláusulas que garanticen el principio de

igualdad y no discriminación y estableció una serie de contenidos mínimos que deberían presentarse en su confección.

VI. Conclusión

Habiendo efectuando un exhaustivo y pormenorizado estudio de los argumentos del fallo “B.E. C/ Estado Nacional y otro s/ Acción de Amparo” donde fueron verificadas acciones discriminatorias en contra de la actora para acceder a un puesto de trabajo como chofer, esta parte considera acertada y elogiada la decisión emanada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala II, en tanto la misma reestablece el Derecho al Trabajo, a la Igualdad y a la no discriminación protegidas por la Constitución Nacional.

No cabe duda alguna respecto de la existencia en el presente caso de la privación al acceso al trabajo basado en motivos de igualdad y paridad de género, donde a la luz de los visualizado en los hechos se permite afirmar que es una práctica común que las mujeres siquiera sean convocadas o tenidas en cuenta para un puesto como tal.

En este marco es menester destacar el deber que, como Estado tenemos ante la comunidad internacional de cumplir con los tratados ratificados y asumir el compromiso de erradicar de forma definitiva la discriminación existente por motivos de género.

Es plausible el decisorio de la alzada que establece ciertos mecanismos y condiciones a seguir con el fin de cesar, en el caso particular, pero también en general con conductas discriminatorias tendientes a evitar el acceso al empleo.

Como cierre del presente, deviene necesario destacar más allá de compartir la ratio decidendi efectuada por parte de la Excma. Cámara, ciertas consideraciones referidas al tema central: la discriminación laboral basada en género.

La discriminación por género existe y se ve materializada en la actualidad principalmente en aquellos trabajos donde históricamente dichos puestos fueron asignados con exclusividad a los hombres por el sólo hecho de poseer género masculino.

En el caso estudiado, el puesto de chofer de colectivo fue reservado al hombre marginando a la mujer a su acceso por motivos que han ido modificándose a lo largo de

la historia: en un comienzo por ejemplo, por ser ama de casa y con posterioridad por ser poco común que la mujer tenga registro para conducir.

En la actualidad la mujer, además de habitualmente acceder al registro de manejo, ha avanzado ampliamente en el campo profesional, por lo tanto nos queda preguntarnos: ¿por qué la mujer no es considerada como candidata idónea en el área en cuestión?

La discriminación por género afecta en mayor proporción a las mujeres, extremo que es verificado a partir de la falta de personal femenino en la nómina de choferes de las Empresas demandadas en el caso en cuestión.

Es imperioso el rol que hoy tiene la justicia para poder rectificar estas injusticias y es por ello que se considera indispensable, para poder lograr mayor igualdad de oportunidades en relación al acceso al empleo, generar acciones que tiendan a eliminar definitivamente las brechas que actualmente se siguen visualizando en la vida cotidiana.

VII. Bibliografía

- **Alchurrón y Bulygin, E.** (1998) Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires.
- **Barbatti Dechiara Silvina G.** Ensayo “Interpretación y aplicación de la ley con perspectiva de género con especial referencia al fuero laboral” 13/04/2021-
- **Goren, Nora.** Exposición: "Mujeres y Derechos Humanos. Trabajo Digno, Organización y Participación Sindical y Social"
- **Guadagnoli Romina Soledad.** 19/12/2013 www.infojus.gob.ar “Las desigualdades de género como obstáculo del trabajo decente”
- **Lagarde, M.** Género y Feminismo. Desarrollo humano y democracia (págs. 13-38). *Horas y HORAS* 'La perspectiva de género'. 1996
- **Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social.** Informe: “Mujeres en el Mercado de Trabajo Argentino” Año 2018.

Legislación

- **Ley 23.179** Aprobación de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) del 18/12/1979 y suscripta por Argentina el 17/07/1980.
- **Ley 23.313** “Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer” (1986)
- **Ley 24.632** Aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Suscripta en Belem do Pará - Brasil - el 9/6/1994 y ratificada por Argentina el 5/6/1996.
- **Congreso de la Nación Argentina.** 6 de Noviembre de 1991. Cupo Femenino. (Ley 24012).
- **Congreso de la Nación Argentina.** 14 de Abril de 2009. Ley de Protección Integral a las mujeres. (Ley 26485)

- **Congreso de la Nación Argentina.** 6n de Noviembre de 2002 Asociaciones Sindciales. Participación femenina. (Ley 25674)
- **CCT 460/73** Convenio Colectivo de Trabajo regulador del Personal de Transporte Público. Año 1973