



Ampliación de la Base de Igualdad de Género en los Tribunales Laborales

**Caso “SERRANO EVA GABRIELA C/ CENCOSUD S.A. Y OTRO S/
JUICIO SUMARISIMO”**

Nombre y Apellido: María Leila Caballero

DNI: 30.246.653

Legajo: VABG85094

Carrera: Abogacía

Tutor: Romina Vittar

Sumario: 1. Introducción. 2. Plataforma fáctica: Descripción de los hechos, historia procesal y decisión. 3. Ratio decidendi. 4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. 5. Posición de la autora. 6. Conclusión. 7. Lista bibliográfica.

1. Introducción

La legislación laboral Argentina, en especial la Ley de Contrato de Trabajo, no se preparó para considerar las cuestiones de género. Más aún, se considera que la ley es sexista al regular en un apartado los derechos de la trabajadora, excluyendo también de esos beneficios a los demás géneros, en especial al varón.

Más allá de esas normas, no se encuentran en la legislación laboral, regulaciones con perspectiva de género. En los últimos años, si bien se fueron actualizando las legislaciones en materia de familia, en materia penal, en el ámbito del Derecho Laboral no se realizó de igual manera, ni siquiera se reguló todavía la violencia laboral.

La perspectiva de género adquiere aplicación en nuestro sistema a través de diversa normativa convencional internacional, sobre todo la CEDAW¹ y a nivel nacional por ley 26.485².

El fallo “Serrano Eva Gabriela c/ Cencosud S.A. y otros/ sumarísimo” resulta jurídicamente relevante porque la aplicación de la normativa de violencia de género a una causa laboral fue el resultado de una interpretación novedosa de ambas ramas del derecho. Se realiza una valoración práctica de los derechos fundamentales en discusión teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por las normas aplicables.

El análisis del fallo elegido tiene pertinencia porque se circunscribe a un tema actual del Derecho Laboral relacionado con la discriminación y la perspectiva de género que obtiene visibilidad desde todos los ámbitos, incluso el judicial. En cuanto a la relevancia jurídica, el fallo contiene un razonamiento práctico valorativo, por parte del tribunal, respecto a la interpretación de la Ley de Contrato de Trabajo y la normativa de género, sobre todo la convencional de Derechos Humanos.

¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

² Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (B.O.: 1-4-2009).

Los principios del Derecho Laboral, los principios de los Derechos de la Mujer, Derecho a la No Discriminación, el Derecho a la igualdad y el Derecho con Perspectiva de Género, son todos analizados a los fines de darle un verdadero fundamento a la decisión tomada. La misma tiene un fundamento práctico valorativo ya que no se aplican solamente normas que habitualmente se utilizan para la resolución de casos laborales, sino que se interpreta el derecho desde la perspectiva monista, dando a las Convenciones Internacionales el verdadero sentido de su jerarquización constitucional.

El problema jurídico que se presenta es de tipo axiológico, es decir existe un conflicto de normas y valores que deben ser armonizados. En primer lugar, en cada caso no hay un sólo valor jurídico en juego, sino más bien un conjunto de ellos que pugnan por su vigencia; en segundo lugar, es muy difícil realizar todos los valores jurídicos al mismo tiempo y en forma equilibrada.

En el caso concreto los jueces tienen dentro de las posibilidades para la resolución normas nacionales y normas supranacionales con jerarquía constitucional. Además, se debe respetar el orden de prelación establecido en la Constitución Nacional (Art. 31). Así los principios pueden ser interpretados “democráticamente” y con esa intensión remite a las tradicionales ideas de libertad, igualdad y fraternidad, ajustando la idea de libertad e igualdad al primer principio, aunque la igualdad también concuerda con la justa igualdad de oportunidades y la fraternidad, al principio de la diferencia.

El tribunal debe ponderar normas de derecho interno y normas convencionales internacionales que tienen jerarquía constitucional. A la vez pondera bienes jurídicos protegidos por esa normativa y el voto del Dr. Ambesi es el que se destaca en los considerandos.

Específicamente el problema de axiología se halla entre las normas aplicadas en primera instancia, que son sólo la LCT, las normas del CPCCN y las del CCCN; y por el otro lado el juez de Cámara, considera aplicable el art. 75 LCT y el art. 26 de la ley 26.485, con base en la CEDAW, como norma convencional con jerarquía constitucional.

En el presente análisis se encuentra en primer término una descripción de los hechos y como fueron planteados en la justicia, que camino recorre en los tribunales y

finalmente que decisión se tomó en segunda instancia. Se podrá observar la relación entre el problema jurídico presentado y, la *ratio decidendi* junto a los *obiter dictum*.

2. Plataforma fáctica: Descripción de los hechos, historia procesal y decisión

La actora interpuso demanda laboral denunciando violencia laboral y solicita el cese de la misma y una indemnización en concepto de daño moral. Los demandados Cencosud S.A. y R.S. contestan demanda negando los hechos y solicitan se rechace la misma.

La jueza de Primera Instancia, consideró que quedó demostrado en la causa que la actora fue sometida a una situación de violencia laboral, configurada por la perpetración de una conducta persecutoria, discriminatoria, abusiva e injuriosa. Impuso a la coaccionada, Cencosud S.A., la obligación de arbitrar los medios necesarios para restablecer la armonía que debe primar en todo ambiente de trabajo, preservando la integridad y dignidad de la trabajadora, garantizando su seguridad, haciendo cesar toda situación de violencia y evitando su repetición.

Respecto del codemandado, el Sr. R. S., a cesar en todo acto de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realiza hacia la actora, evitando la concurrencia al lugar de trabajo en los días y horarios en que la misma presta servicios en el establecimiento de Cencosud S.A. (sucursal Easy Palermo).

Asimismo, condenó a ambos demandados en forma solidaria a abonar a la actora la suma de \$ 200.000 en concepto de daño moral.

Ambos demandados interponen recurso de apelación. La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, revoca parcialmente la sentencia rechazando el daño moral y dando un alcance distinto a lo decidido respecto de la violencia laboral.

3. Ratio decidendi

El juez Ambesi (2° voto), considera en primer lugar que no cabe duda que el art. 75 LCT constituye una regla operativa del principio inherente a las “condiciones dignas y equitativas de labor” afincado en el art. 14 bis CN. Se trata de una obligación que si bien se encuentra anclada en lo subjetivo (garantizar a cada trabajador dicho estándar constitucional), se proyecta a la totalidad de la comunidad productiva que se integra en el establecimiento. De allí sostiene que el cumplimiento del deber normativo impuesto a

la codemandada Cencosud S.A. no constituye una mera obligación de dar individual, sino un hacer en un contexto determinado, como es el ambiente de trabajo.

En segundo lugar, estima que la jueza que lo precede, hace una interpretación correcta de la prueba y dice que la testimonial rendida en autos, arroja esa falta de armonía detectada por la Sra. Jueza de grado, en conexión con situaciones posibles de afectar la integridad psico-física de la actora, por lo que resulta procedente mantener este punto de la sentencia. No escapa a esta conclusión lo manifestado en su memorial por la coaccionada Cencosud S.A., en relación a que la condena en la materia, no es concreta y queda sujeta en caso de incumplimiento al pago de astreintes.

Aconseja así, que se debe canalizar a través de la presentación ante la instancia de grado, un protocolo específico que contemple las medidas a adoptarse, para garantizar a la actora su derecho a un ambiente laboral libre de las perturbaciones en examen.

Finalmente, en lo que aquí importa, el juez involucra las normas de género en el fuero laboral y determina que, en lo que hace a la aplicación del art. 26 de la ley 26.485, cabe recordar que la norma alude a medidas preventivas urgentes que el magistrado interviniente puede adoptar en cualquier etapa del proceso, de oficio o a pedido de parte, ante las modalidades de violencia contra la mujer definidas en los arts. 5 y 6 del citado texto. Dichos artículos enumeran un amplio universo de supuestos, con distintas graduaciones de afectación, siendo -en definitiva- una reglamentación operativa de principios constitucionales determinados, como los derivados del art. 75.22, especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Y haciendo una remisión a sus propias palabras, de los escritos, en sus libros dice que:

...las llamadas categorías de “sospecha”, provenientes de las teorías de vulneración de los derechos fundamentales, poseen una riqueza conceptual que permiten su utilización inter-jurídica, es decir, conjugando sus parámetros con los elementos esenciales de la disciplina laboral (cfr. Leonardo J. Ambesi, “Constitución, Ley y Derecho del Trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica”, La Ley, Bs.As., 2017, pág. 328).

Por último, considerando que la prueba de autos resulta concluyente, en cuanto a la cuota de poder que detenta el codemandado Sedeño en el establecimiento (que según los testimonios llega hasta la capacidad de intervenir en el ingreso de personal), entiende que corresponde atender al bien jurídico protegido en grado superior por el constituyente y el legislador, manteniendo la restricción de concurrencia de este al lugar de trabajo de la actora, durante su tiempo de desempeño.

En lo que respecta a los *obiter dictum* el Dr. Ambesi sostuvo que la conclusión de la restricción de concurrencia de éste al lugar de trabajo de la actora, durante el tiempo de desempeño del codemandado, no resulta conmovida por los agravios del mencionado coaccionado, quien se queja por entender que la medida resuelta en origen afecta su libertad de circulación. La restricción abarca el lugar de trabajo de la actora y el momento de su jornada (días sábados y domingos, de 12 a 21 horas), por lo que nada le impide transitar por el establecimiento durante otro lapso temporal y espacio físico.

4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

La legislación laboral Argentina presenta el art. 14 bis de la Constitución Argentina como fuente normativa principal, continuando con la Ley 20.744 como fuente formal que contiene los principios, derechos y obligaciones que regulan el trabajo en relación de dependencia.

La LCT rige las relaciones contractuales del sector privado, quedando los empleados públicos, regidos por la ley de empleo público 25.164. En la LCT sólo se prevén algunas normas que obligan al empleador a no discriminar y se regula de manera estructurada el trabajo de la mujer respecto al embarazo.

Ahora bien, resulta que en el momento histórico que ocurre la reforma de la Constitución Nacional en el año 1957 y cuando se sanciona la ley 20.744, en el año 1975, no se hablaba ni se debatía sobre los derechos de la mujer ni mucho menos de la igualdad de género. La cuestión social se visualizaba por el abuso de la patronal sobre el trabajador, pero no sobre el abuso de la mujer.

Con ello se resalta que las normas laborales, no contemplan la cuestión de género como una cuestión social y es el juez quien debe armonizar esa normativa con la que posteriormente se introduce en nuestro derecho interno, con jerarquía constitucional: la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belem do Pará y la CEDAW.

Este último instrumento es de tanta relevancia que se erige como la guía a seguir en todos los ámbitos del derecho, no solo el laboral. Contiene las herramientas jurídicas imprescindibles para que toda mujer pueda defenderse de la discriminación y la desigualdad. Tiene jerarquía constitucional desde el año 1994 y es la principal fuente de la ley 26.485, sancionada en el año 2009.

El CEDAW ha declarado que la definición de discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer (i) porque es mujer o (ii) que la afecta en forma desproporcionada”. 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”.

El art. 4º de la ley 26.485 comprende tanto la que denomina violencia directa, como violencia indirecta. Se entiende por violencia directa 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. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”. A su vez se considera violencia indirecta, “toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Expresa, Redondo (2017) que:

“la mujer encuentra amparo en diversos instrumentos tanto a nivel nacional como en el marco internacional, si bien estos derechos están positivizados, lo que falta para ajustar el «ser» con el «deber ser», es implementar mecanismos que promuevan una tutela efectiva de sus derechos”.

Se coincide con Redondo en el sentido de que “hace falta” la implementación de mecanismos de promoción de tutela efectiva, que puede lograrse a través de fallos como el analizado, donde el magistrado introduce normativa, llena los vacíos de una interpretación llana y sin fundamentos, como lo es la del juzgado de primera instancia, y resuelve de manera justa, dando la solución práctico valorativa al caso.

En un futuro sería trascendente que la ley deje de lado el lenguaje sexista y utilice términos sugeridos como: “trabajador/trabajadora”; “Los/as trabajadores/as”; “Los trabajadores tanto hombres como mujeres”; “la plantilla”; “el personal” 5 y dejar de utilizar el término “trabajador” solo a favor del sexo masculino. Esto propendería también a la integración de otros colectivos como el de LGBTI (Rosetti, 2018, p. 6)

La “interpretación-aplicación” en concreto del derecho involucra a los operadores jurídicos y, en particular, cuando tienen el llamado control de constitucionalidad como en Argentina- a los jueces. Esto acrecienta más aún la discusión sobre si ellos crean o aplican el derecho. Aquí sólo señalo que la circunstancia de creación o determinación del derecho para un caso puntual se visualiza más cuando se dan lo que se conoce como “casos difíciles” (Rosetti, 2018).

Además, debemos agregar que actualmente contamos con el Convenio 190 de la OIT, que fue ratificado por la Argentina en el mes de noviembre del 2020. A partir de ello, y conforme nuestro sistema normativo instaurado a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el texto del Convenio 190, pasará a formar parte de nuestra legislación interna, por imperio del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Esta ratificación representa para Argentina el puntapié de un largo derrotero, en el cual deberán practicarse modificaciones, adaptaciones y en especial, importantes aportes legislativos, a fin de *aggiornar* la norma interna a las estipulaciones del texto internacional en análisis. Y esto es consecuencia de la misma historia y la lucha de los distintos colectivos, De allí que la violencia en el marco de las relaciones de trabajo, es un apéndice del flagelo de la violencia en general que azota a determinados sectores sociales, aunque con mayor preponderancia al colectivo de las mujeres, los sectores LGBT y los migrantes (Correa Carrasco M. y Quintero Lima M. G., 2021, p. 163).

Se trata de un Convenio sobre Derechos Humanos dentro de las relaciones laborales. Significa un cambio de cultura en las relaciones de trabajo: el derecho a un mundo libre de violencia y acoso se integra dentro de los derechos y obligaciones de las relaciones contractuales de trabajo (Arese, 2020). Asimismo, la movilización legal encontró su correlato en un creciente activismo judicial, propulsado especialmente por el cambio en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el

período 2003-2014 y por la creación del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, que avanzaron en el reconocimiento de derechos sociales y de demandas identitarias ancladas en la igualdad (Lobato, J., 2019)

Es indudable que a los tribunales y a la dogmática jurídica asiste una tarea titánica para generar los registros normativos e interpretativos que brinden respuestas transformadoras a casos de exclusión social. No obstante ello, es también una labor de los activismos sociopolíticos en tanto “...no hay que minusvalorar las limitaciones del derecho mismo para remover las desigualdades más profundas” (Añón Roig, 2013, p. 131).

5. Posición de la autora

Se está de acuerdo con la resolución de la CNAT, con la doctrina elaborada y con la interpretación amplia de las normativas, sentando las bases de la igualdad de géneros, en un ámbito donde siempre se visualizó la desigualdad entre los géneros, sobre todo entre el femenino y el masculino.

No puede esperarse una interpretación del tribunal que siga admitiendo la restricción y la discriminación de las normas en cuestión, generando de ese modo resoluciones injustas que relegan la perspectiva de género tan necesaria en las sentencias actuales.

Por otro lado, se sostiene que se debe actualizar la LCT al contexto actual donde las cuestiones de género son introducidas en todos los ámbitos del derecho, más en aquellos donde se visualiza el estereotipo de la superposición del sexo masculino por sobre el femenino.

Es destacado el voto del Dr. Ambesi que a diferencia de su par, el primer votante, realiza una aplicación del derecho de acuerdo al esquema de prelación establecido en la CN: la Supremacía del Bloque de Constitucionalidad y la inferioridad de las leyes nacionales respecto a las convenciones de DDHH con jerarquía constitucional. Además de llevar a cabo una interpretación integral y hermenéutica, ya que la aplicación de la ley 26.485 se inspira en la CEDAW y el magistrado encuentra la vinculación jurídica entre estas y el caso concreto para brindar la ponderación de valores adecuada. Resuelve así el problema axiológico que se observa al principio.

6. Conclusión

Este caso representa un litigio estructural sobre derechos de las mujeres que resuelve la CNAT. El problema jurídico axiológico se visualiza entre la interpretación de primera instancia y en el voto del Dr. Ambesi en apelación.

De aplicar solo las normas nacionales, no se cumple con la pretensión de la actora, violando así el acceso a la justicia, que involucra el dictado de una resolución completa, coherente y congruente. Además se deja en desprotección el justo reclamo de la actora respecto a su integridad psico-física.

Lo interesante de la resolución del problema jurídico es la aplicación práctico valorativa de las normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional y las normas nacionales con perspectiva de género. Esto es sumamente necesario en los tribunales argentinos, sobre todo los tribunales laborales.

Ello así porque en materia laboral es donde se continúa en la lucha de sectores colectivos como las mujeres, para lograr la erradicación de prácticas “machistas”, abusos de poder y discriminación por sexo.

El fallo se destaca y debe ser analizado a futuro, en situaciones similares, por su impronta en la aplicación de la CEDAW y la ley 26.485. Esta ley *aggiorna* la legislación argentina con perspectiva de género, logrando la posibilidad de que los tribunales se conviertan en activistas, en la eliminación de la discriminación de la mujer por su sexo, comprometiéndose a realizar la justicia en este aspecto.

7. Lista bibliográfica

- **Ambesi, L. J.** (2017), “Constitución, Ley y Derecho del Trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica”, La Ley: Bs.As.
- **Añón Roig, M.** (2013) Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (39), 127-157.
- **Arese, C.** (2020) 25-N: La violencia laboral contra la mujer se hace visible”. La Voz del Interior, 25 de noviembre de 2020”: Madrid.
- **Constitución Nacional Argentina** (Ley 24.430, B.O.: 03/01/1995)

- **Correa Carrasco M. y Quintero Lima M. G.** (2021) “Violencia y Acoso en el Trabajo: Significado y alcance del Convenio N° 190 OIT en el marco del trabajo decente” (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030). Ed. Dykinson: Madrid.
- **Constitución Nacional Argentina.** Ley N° 24.430 (B.O.: 3/1/1995)
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos.** San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Ratificada el 08/14/84. Se le otorgó jerarquía constitucional en el año 1994
- **CEDAW:** Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Ratificada por Ley nacional N° 23.179 en 1985.
- **CNAT. Sala X.** Juzgado N° 54 “SERRANO EVA GABRIELA C/ CENCOSUD S.A. Y OTRO S/ JUICIO SUMARISIMO” Expte. N°: 24.429/2017/CA3 (41.750)
- **Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744** (B.O.) 23/06/1973
- **Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485** (B.O.: 01/04/2009)
- **Lobato, J.** (2019) “Ampliación de la matriz de igualdad en los tribunales ordinarios. El caso “Erica Borda” y la justicia laboral”. Derecho y Ciencias Sociales. N° 21. Págs 214-240. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP: Bs. As. Recuperado el 25/05/2021, de: <file:///C:/Users/Alejandra/Downloads/Dialnet-AmpliacionDeLaMatrizDeIgualdadEnLosTribunalesOrdin-7171903.pdf>
- **Redondo, M. B.** (2017) Violencia de género: Mujeres como sujetos vulnerables. Recuperado el 02/06/2121 de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/10/19/violencia-de-genero-mujeres-como-sujetos-vulnerables-redondo-m-belen-2/>.
- **Rosetti, A.** (2018) *Carlos Nino y la interpretación del derecho*. Recuperado el 29/05/2018 de https://www.codigoyfrontera.space/2018/11/02/carlos-nino-y-la-interpretacion-en-el-derecho/#_ftnref11.