



Discriminación laboral sesgada por un estereotipo de género

Un análisis del fallo Érica Borda de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

NOTA A FALLO

Carrera: Abogacía

Nombre de la alumna: Camila Guadalupe Picatto

Legajo: VABG68034

DNI: 38.086.468

Fecha de entrega: 21/11/2021

Tutora: María Belén Gulli

Año 2021

Autos: “Borda Érica c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/Acción de Amparo)”.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala II.

Fecha de la sentencia: 11 de Octubre de 2018.

Sumario: I. Introducción. II. Plataforma fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. III. La *ratio decidendi* de la sentencia. IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII.

Referencias bibliográficas.

I. Introducción:

La discriminación convive en nuestra sociedad desde tiempos remotos, la podemos observar en distintos ámbitos de nuestra vida diaria. La exclusión, el destrato y la marginalidad hacia mujeres primordialmente, conlleva a tomar medidas seguras y eficaces a fin de hacer valer los derechos básicos reconocidos en la Constitución Nacional tal como reza el art. 16: “todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Según el (art. 1) de la ley n° 23.592, comete actos discriminatorios aquel que restrinja o menoscabe las bases igualitarias expresas en la Constitución Nacional, asimismo será obligado, a pedido del damnificado, a cesar con los actos discriminatorios y a reparar los daños causados. Por esto es pertinente destacar el art. 75 inciso 22 de la CN que invoca: “declaraciones, pactos y convenciones tendientes a erradicar todo tipo de discriminación que sufren las mujeres y otros ciudadanos que se ven damnificados”. De este modo, dicho asunto encuentra fundamento en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – (CEDAW) que en su artículo 11 reza: “los Estados Partes que la integran adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurarle condiciones de igualdad con los hombres”. Desde un punto de vista conceptual, Vives Suriá (2004) define a la discriminación de género como “la capacidad de diferenciar o distinguir como desiguales dos cosas cualesquiera que sean; dar trato de inferioridad”. (pág. 38)

No obstante, el tema central es recolectado en el fallo “**Borda Érica c/Estado**

Nacional (Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/Acción de Amparo)” (CNTrab, S. N° 113 078, 11/10/2018), en el cual se solicita por medio de un recurso de amparo bregar por el derecho constitucional de paridad ante la ley y a no ser discriminada por razón de género; ya que por pertenecer al grupo femenino le negaron el acceso a un empleo formal para ser chofer de colectivo.

A raíz de esto el problema jurídico que lo envuelve es de tipo lingüístico, esto es, de interpretación judicial ya que se consideró el concepto de idoneidad bajo un estereotipo de género. A este problema, Federico Arena (2019) lo ha definido de la siguiente manera: “los estereotipos son meras abstracciones o generalizaciones donde no se consideran los rasgos individuales de las personas pertenecientes al grupo estereotipado”. (Pág. 13)

En efecto, este inconveniente se plasma de la siguiente manera: el Sr. Magistrado estableció la carencia de idoneidad de la actora para ocupar el puesto de chofer de colectivo y dejó traslucir la no contratación por su condición de mujer. Hecho que argumentó con la insuficiencia de aptitud, mientras la misma era apta e idónea para conquistar el cargo delimitado y había cumplido con todos los requisitos y pruebas formales requeridas por las empresas demandadas. De ahí puede observarse que lo que concretamente se plantea deja en evidencia la discriminación que sufre el género femenino como grupo estereotipado. Acción que acarrea una conducta que va contra el ordenamiento jurídico al no respetar un derecho fundamental reconocido en la Constitución Nacional, el derecho a trabajar. Cabe destacar que la ley suprema concede tanto a hombres como a mujeres los mismos derechos para que éstos puedan desplegarse libremente.

El análisis de este fallo resulta relevante ya que, las mujeres desde hace años luchan contra paradigmas que las perjudican. Este hecho en particular injusto ligado a la realidad que nos toca vivir necesita lograr mayor visibilidad por parte de la humanidad para alcanzar así una transformación social, mental y educacional positiva y enriquecedora en pos de lograr el bien común para alcanzar una sociedad más justa e igualitaria para todos, en especial para aquellas mujeres que vivencian en primera persona la desigualdad convertida en vulnerabilidad. Además, el hecho de contar con precedentes de este tipo puede ser de gran ayuda para los magistrados en casos análogos. Inclusive, se atesoran antecedentes puntuales de similares características en el “Caso Sisnero”, donde se evidencia la desigualdad sufrida en el acceso al empleo por pertenecer al género femenino.

En lo que sigue, haré un repaso sobre la plataforma fáctica del caso, la historia procesal atravesada, así como también la resolución que el Tribunal adoptó junto a la *ratio decidendi* identificada en la sentencia. Luego, mostraré un contexto legislativo, doctrinario y jurisprudencial en el cual se encuentra anclada la temática del resolutorio, para finalmente dar cuenta de mi posición y derivar en una conclusión.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal

El presente caso inicia con la interposición de un recurso de amparo por discriminación de género; acción que fue iniciada por la parte actora contra el Estado Nacional – Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y en conjunto a tres empresas de transporte; por no haber tenido en cuenta su idoneidad para ocupar un cargo laboral por el solo hecho de ser mujer. En esta oportunidad la Sra. Érica manifestó dos pretensiones: una individual y otra colectiva. Con respecto a la petición individual la misma reclamó la protección de un derecho subjetivo para poder obtener trabajo como chofer de colectivo, y en relación a la postulación colectiva solicitó que las empresas adecuen sus políticas de selección y contratación de personal y ajusten sus instalaciones para que las personas que integran el género femenino puedan laborar en condiciones dignas y equitativas. Además, dentro de este encargo la Sra. solicitó establecer un sistema de cupos que permita equiparar la situación de las mujeres con respecto a la de los hombres en la órbita laboral, todo ello a fin de cesar con las prácticas discriminatorias hacia el género femenino.

Procesalmente, el caso responde a una única instancia originaria y exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la provincia de Buenos Aires, ya que la actora interpuso la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió ordenar a las demandadas Transportes Avenida Bernardo Ader; Los Constituyentes S.A. y Transportes Escalada S.A. a cesar de manera inmediata con los actos impregnados de discriminación por razón de género, decretó además hacer lugar a la pretensión deducida contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y estableció admitir la pretensión individual de la Sra. Érica, e instó a los Poderes Ejecutivos y Legislativos a que adopten medidas apropiadas para revertir la discriminación por género en el ámbito que les compete mediante la realización de campañas de información, capacitación laboral y

programas específicos a fin de contribuir al cese de actos y acciones que conlleven discriminación y desigualdad.

III. La ratio decidendi de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

A fin de reconstruir los argumentos brindados por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, debe considerarse que ésta tomó como base dos principios fundamentales que rigen el control de constitucionalidad de las normas. Ellas son: (i) la supremacía constitucional, y (ii) el principio de interpretación. En consecuencia, los jueces comprobaron la presencia de conductas discriminatorias por parte de las demandadas al haber ignorado éstas de manera notoria la idoneidad de la misma para ocupar tal puesto. En base al contexto normativo supranacional, constitucional y legal exigieron ordenar el cese inmediato de las actuaciones que las empresas dejaron traslucir. Establecieron también poner en práctica acciones positivas tendientes a revertir cimientos sociales y culturales generadores de situaciones de ilegítima desigualdad, para que de esta manera se asegure la igualdad real de oportunidades a las mujeres y éstas puedan acceder a los puestos de conductoras de transporte público de pasajeros; todo esto por medio de un Protocolo de Buenas Prácticas para la selección de personal.

En efecto, los jueces consideraron acertado para garantizar el cumplimiento efectivo de este caso en particular, que las empresas demandadas hagan lugar al cupo establecido del treinta por ciento (30%) para que dichas vacantes laborales sean integradas por personal femenino, garantizando inmediatamente el cese de la discriminación por género. Para corroborar que esta medida se cumpla, las empresas de transporte deberán presentar informes anuales ante la Comisión para el trabajo con igualdad de oportunidades (CTIO) garantizando así la obediencia del cupo mínimo femenino. En caso de incumplimiento las mismas serán pasibles de multas.

Admitida su potestad, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dio fuerza a su razonabilidad considerando que los ataques ilegítimos, incoherentes y manifiestos contra la situación social de las mujeres como grupo desplazado y de los derechos humanos en general merecen una protección adecuada por ser derechos esenciales en la vida de las personas. En esta situación las empresas han violado el derecho a la igualdad utilizando un criterio irrazonable para no contratar a la Sra. Érica; y es el Estado el que

tiene la obligación de dismantelar estas prácticas desfavorables por medio de sus tres poderes procurando priorizar el bien común.

IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

La igualdad de condiciones en el derecho argentino encuentra su fundamento en el art. 16 de la CN y también en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos según determina el art. 75 inciso 22° de la CN. En la actualidad se sostiene que todos los habitantes de la Nación tienen derecho a recibir el mismo tratamiento legal, sin sufrir discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social; siendo la Constitución una garantía visiblemente eficaz. Grillo (2007).

En el plano internacional la discriminación por razón de género también encuentra amparo en declaraciones, pactos y convenciones para erradicar cualquier acto o acción que conlleven menoscabos hacia el sector femenino. Esto encuentra reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7°), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 1°) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11).

Otro sostén que le da fuerza a los dichos relatados anteriormente, es la ley n° 23.592 que en su (art. 1) indica que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio y a reparar los daños causados. A los fines de acabar con las situaciones discriminatorias y forjar una sociedad cada vez más armoniosa, la ley n° 26.485 en su (art. 2°) tiene por objeto promover y garantizar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos. Seguidamente, esta misma ley en el (art. 3°) brega por los derechos protegidos y hace principal alusión a una vida sin discriminación y a que se respete la dignidad.

Sin embargo, estos actos discriminatorios hacia las mujeres violan los principios de igualdad y el respeto a la dignidad humana. Lo que hace que se dificulte la participación

de la mujer en todos los ámbitos de su vida y se entorpezca el pleno desarrollo del género femenino. En la actualidad señala Vives Suriá (2004) que “está muy presente el término techo de cristal, el cual hace referencia a la barrera invisible con que se encuentran las mujeres en el ámbito laboral y que les impide progresar no solo en su desarrollo profesional sino personal” (pág. 82).

Una línea doctrinaria en cuanto a la discriminación sufrida por el sector femenino según Vives Suriá (2004) sostiene que,

El carácter invisible de estos obstáculos reside en que en la mayoría de los países no existen códigos, leyes o instrumentos que de forma manifiesta establezcan normas implícitas que guíen las relaciones jerarquías de género en las instituciones, empresas o corporaciones que favorezcan el progreso de las mujeres (pág. 83).

Sin embargo, las mujeres desde antaño son objeto de importantes discriminaciones y estos asuntos generan una serie de barreras para ellas en cuanto a sus posibilidades de inserción laboral y crecimiento personal.

Al tratar el tema desde un punto de vista histórico, las primeras normas laborales claramente asumen a la mujer como madre, con diversas prohibiciones y restricciones al ejercicio de su actividad laboral en determinados sectores de la producción. (Reinterpretando las obligaciones de los estados en materia laboral desde una perspectiva de género). Es esta una prueba más que deja en evidencia a las mujeres como grupo desprotegido. Conmensurados actos de la vida cotidiana reflejan que estas acciones suceden desde antaño, como por ejemplo cuando las mujeres no podían ocupar cargos públicos o políticos, no se les otorgaba el derecho a emitir el sufragio, tampoco podían tener acceso a la universidad, no conseguían elegir un empleo libremente, carecían del derecho al divorcio, ni mucho menos podían emprender un negocio propio, además no podían ser parte de un jurado, ni conducir medios de transporte.

Afortunadamente los ejemplos mencionados con anterioridad han logrado quedar atrás y hoy forman parte del pasado gracias a la lucha diaria e incansable de un sinnúmero de mujeres y otras personas que de forma desinteresada apoyaron y ayudaron a que estos hechos pasados se transformen, cambien, evolucionen, concreten y puedan efectivizarse con el fin de evolucionar como sociedad para lograr el bien común.

Otra fuente doctrina siguiendo a Gastaldi y Pezzano (2021) señala que,

En el sistema jurídico argentino, juzgar con perspectiva de género es obligatorio. Para ello, parten del supuesto de que los jueces y juezas cuando deciden solo pueden aplicar normas del derecho positivo, sin acudir a consideraciones valorativas o morales externas al derecho. Decir que algo es obligatorio, en este sentido, implica la existencia de una norma jurídica positiva que lo establezca como obligatorio. Así, sostuvieron que aplicar perspectiva de género no es otra cosa que aplicar las normas vigentes que establece la CN, los tratados internacionales y la legislación nacional (pág. 46).

Para concluir con los fundamentos doctrinarios, considero de gran importancia citar a Marcela Lagarde (1996) la cual afirma lo siguiente,

La cultura social tarda mucho tiempo en procesar los cambios sociales que se viven, y es por eso, que los magistrados no quedan exentos de esta premisa y muchos de ellos consideran y afirman que las mujeres deben cumplir y obedecer determinados comportamientos o determinadas actividades arcaicas aunque la norma jurídica no los exija.

Bajo este contexto de desigualdad, los jueces deben interpretar los hechos de una manera neutral y sin estereotipos discriminatorios, deben juzgar con perspectiva de género, dejando de lado creencias propias arraigadas o antiguas para lograr de esta manera identificar, cuestionar y valorar prácticas desiguales.

En este marco, la jurisprudencia ha marcado una tendencia evolutiva para casos de similares características. En esta oportunidad es preciso mencionar el caso que hace alusión a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, en el cual el Tribunal confirmó la discriminación por razón de género para la contratación de un empleo formal como conductora de colectivo. Al efecto, defendió los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación (Art. 16 Constitución Nacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2º y 3º y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24 y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

En conclusión, se le concedió a la provincia de Salta la autoridad para hacer prevalecer el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género para proteger un derecho básico y primordial como el acceso a un trabajo digno y a no sufrir tratos desiguales.

V. Postura de la autora

No caben dudas de que la discriminación sufrida por el género femenino ha sido considerada merecedora de políticas públicas importantes, significativas y trascendentales por haber marcado desde antaño conductas y comportamientos desfavorables hacia las mujeres en lo que respecta a ámbitos personales y laborales. Sin embargo, a lo largo del trabajo se pudo ver claramente la relación estrecha entre la desigualdad y dicho género, lo que supone que, desde la faz normativa -donde se incluye el derecho a la igualdad y a la no discriminación- éstos comportamientos no deberían formar parte de las personas ni mucho menos ocurrir; no solamente para con las mujeres, sino para con el resto de las personas en general. Nadie merece ser negado o apartado de un sistema que promueve el avance continuo en todos los aspectos de la vida simplemente por colisionar con personas que tienen ideas propias, arraigadas y anticuadas. Este accionar no permite que se esté a la altura de la evolución continua que demanda la sociedad; más aún cuando se cumplen con todos los requisitos legales y formales exigidos y se tiene el respaldo del ordenamiento jurídico.

Al comienzo del trabajo especifiqué que en el fallo advertía un problema lingüístico de interpretación judicial ya que se consideró el término idóneo bajo un estereotipo de género; donde el juez estableció la falta de idoneidad de Érica para ser conductora de colectivo solamente por pertenecer al género femenino.

Este problema acarrea conductas desfavorables y perjudiciales para con la demandada. Por lo tanto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al expedirse ha mencionado como elementales, el art. 16 de la CN y el art. 75 inciso 23 de la CN.

Con relación al primer artículo, considero correcto que la Cámara lo mencione ya que el mismo tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad independientemente del género que se trate.

Respecto al segundo artículo señalado, concuerdo que se lo haya citado ya que las medidas de acción positiva tienen por finalidad garantizar la igualdad real de oportunidades despejando los impedimentos sociales y culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. Dese mi punto de vista, para combatir la discriminación y las desigualdades sufridas es necesario elaborar un plan que incluya diversidad de leyes, políticas, programas y medidas especiales que puedan estar al alcance de todos para que

la brecha entre los derechos concedidos y las actuaciones desfavorables de las personas que van contra la CN sean cada vez menor y más justas.

Dicho esto, estoy de acuerdo con el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al haber desestimado la sentencia de primera instancia por la evidente discriminación sufrida hacia el género femenino. Para esto tengo en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sisnero”, momento en el que se encargó de dejar en claro la existencia de actitudes discriminatorias por parte de las empresas transportistas para con la femenina donde se le impedía ser chofer de colectivo por su condición de ser mujer.

Últimamente, doy por sentado que repudio absolutamente los actos discriminatorios hacia las personas en todos los ámbitos, independientemente del género al que pertenezcan.

VI. Conclusión

La presente nota giró en torno al fallo “Érica Borda”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Buenos Aires, en el cual se pudo advertir la presencia de un problema lingüístico, concretamente de interpretación judicial al haber considerado el término idóneo bajo un estereotipo de género.

El mismo fue positivamente resuelto por el Alto Cuerpo, el que con buen sentido catedrático demostró que claramente se podía observar la discriminación en el acceso al empleo por parte de las tres empresas de transporte hacia el género femenino, al dejar traslucir la exclusión de hecho de las mujeres en el mercado laboral, específicamente como conductoras de colectivos.

Asimismo ordenó a las demandadas a cesar de manera inmediata con los actos discriminatorios y a llevar a cabo medidas de acción positivas para revertir este tipo de situaciones en la sociedad. Además los jueces consideraron acertado para garantizar el cumplimiento efectivo de este caso en particular, que las empresas demandadas hagan lugar al cupo establecido del treinta por ciento (30%) para que dichas vacantes laborales sean integradas por personal femenino, garantizando inmediatamente el cese de la discriminación por género.

Sobre esta base, lo pretendido en el trabajo fue, a través de la reconstrucción de los argumentos de la Cámara en conjunto con un marco legislativo, doctrinario y jurisprudencial concreto, mostrar una serie de hechos que se llevaron a cabo en la realidad y que tienen gran relevancia tanto en la esfera social como jurídica. Hecho esto, el problema identificado que mencioné en la introducción, reveló ser tal demostrándose y confirmándose el menoscabo hacia los derechos de la mujer.

En el caso concreto, al seguir el lineamiento dictado por la Cámara, no deben dejarse de lado las normas plasmadas en el ordenamiento jurídico, principalmente las referidas a la no discriminación y a la igualdad de derechos para todas las personas que habitan el territorio de la nación; ya que los mismos forman parte de una garantía que ofrece y otorga la Constitución Nacional para que todos los derechos y libertades sean respetados como tal.

Resulta imprescindible que los jueces a la hora de emitir sentencias juzguen con perspectiva de género ya que a través de ella se permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión no solo de las mujeres sino también de todas las personas que habitan en este mundo, tanto en el ámbito laboral como en cualquier otra órbita donde sus derechos se vean vulnerados. El fin de esta perspectiva es avanzar en la construcción de la igualdad, asegurar y brindar justicia equitativa.

Finalmente, agregar que el hecho de que algunas provincias argentinas hayan tomado la iniciativa y sean un ejemplo visible para acabar con estos actos discriminatorios y desiguales se condice con las recientes leyes de género que respaldan este tipo de sucesos lo que, a la vez, constituye una actitud positiva a imitar por el resto de las demás provincias que aún no se han sumado a llevar a cabo estas acciones para promover la igualdad real de oportunidades en el mundo laboral.

VII. Referencias bibliográficas

Doctrina

Arena, F. (2019). *Derecho y control: algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos*. Ferreyra ediciones.

Grillo, I.M. (2007). “La igualdad de condiciones”. En *Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica Sistema [SAIJ]*. Disponible en: www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070004-grillo-igualdad_condiciones.htm (consultado el 4/10/2021)

Lagarde, M (1996). “El género. La perspectiva de género”. En *investigar y juzgar con perspectiva de género*. Disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/investigar-y-juzgar-conperspectiva-de-genero/> (consultado el 28/11/2022)

Pautassi, L. (2021). “Reinterpretando las obligaciones de los estados en materia laboral desde una perspectiva de género”. En *Revista Teoría Jurídica Contemporánea*. Disponible en: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/e41704/24133> (consultada el 12/10/2021)

Pezzano, S. (2021). *Juzgar con perspectiva de género: desigualdad por razones de género como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales*. Centro de Perfeccionamiento de Ricardo C. Núñez.

Suriá, J.V. (2010). *Lentes de género: lecturas para desarmar el patriarcado*. Fundación Juan Vives Suriá.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (Ley Nacional N° 23.179)

Código Penal

Ley N° 23.592. Penalización de actos discriminatorios y otras leyes sobre discriminación.

Ley N° 26.485. Protección integral a las mujeres.

Jurisprudencia

CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/ amparo”. Fallo 335:197 (2014)