



**LA PERSPECTIVA DE GENERO Y LA INTERPRETACION DE LAS
NORMAS JURIDICAS.ANALISIS DE UN FALLO DE LA S.C.J. DE
MENDOZA.**

Nota-Fallo

Autor: Zulueta, Alberto Emmanuel

DNI: 33.233.802

LEGAJO: VABG47291

Prof. director: Cesar Daniel Baena

Mendoza, 2021

Sumario: I. Introducción - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza - III. Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia - IV. Análisis Crítico - V. Conclusión - VI. Referencias

I. Introducción

Aunque la igualdad de género está protegida por diversos tratados e instrumentos internacionales, siguen existiendo importantes desigualdades entre hombres y mujeres. Con frecuencia las niñas y las mujeres sufren discriminación en la salud, la educación, la representación política o el mercado laboral, y esa discriminación tiene efectos negativos en su vida. En este trabajo quiero destacar la necesidad de incorporar en el ámbito de los operadores jurídicos el concepto de la **perspectiva de género**, de su importancia y de cómo aplicarla en el trabajo diario de aquellos.

La palabra perspectiva hace referencia a una forma de ver o analizar una determinada situación o de tener un punto de vista. Es decir, se trata de analizar la forma en la que la sociedad entiende que deben comportarse los sexos. Por ejemplo, se asocia el hecho de que la mujer deba ocuparse de la familia mientras el hombre trabaja y esto se traduce en desigualdades sociales. La **perspectiva de género**, por lo tanto, permite analizar la forma en la que se crean y perduran sistemas sociales a partir de un determinado punto de vista del sexo, el género y la orientación sexual.

La idea de integrar las cuestiones de género en la totalidad de los programas sociales quedó claramente establecida como estrategia global para promover la igualdad entre los géneros, en la Plataforma de Acción adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995. Dicha Plataforma resaltó la necesidad de garantizar que la igualdad entre los géneros es un objetivo primario en todas las áreas del desarrollo social.

En julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos:

"Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros."

Todos estos conceptos son necesarios para resolver los numerosos problemas jurídicos que se generan en la desigualdad entre lo femenino y lo masculino, de forma que predomina la concepción masculina.

Por ejemplo, en un caso de desalojo, de reivindicación, de daño moral por violencia doméstica o por abusos sexuales, de despido laboral, etc., puede estar involucrada la perspectiva de género y en esos casos no basta con aplicar la norma jurídica del derecho común, sino que el Juez debe buscar la solución justa, equitativa, apartándose de la fría letra de la ley para proteger a este sector vulnerable de la sociedad.

Para lograr este objetivo tenemos que tener presente la filosofía del derecho. Robert Alexy en "El concepto y la naturaleza del derecho", nos explica que el derecho debe ser interpretado desde un punto de vista moral, debiendo cuestionarnos que acciones son correctas o incorrectas, que clase de personas queremos ser, que sociedad queremos. Indudablemente como lo indica dicho autor "responder alguna de estas preguntas implica llevar a cabo afirmaciones de tipo moral, o, en otros términos, afirmaciones acerca de lo que es válido desde el punto de vista moral" (Alexy, 2008)

Alexy sostiene que a fin de responder las preguntas acerca de lo que existe jurídicamente, lo que debe hacerse jurídicamente y cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas, la filosofía del derecho parte de un estudio de las diferentes precompresiones del derecho y de sus relaciones con las propiedades del fenómeno jurídico. Esto lo lleva a cabo mediante un análisis sistemático de los argumentos expuestos en la discusión sobre la naturaleza del derecho. Tales argumentos se refieren a tres problemas. El primero es: ¿En qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos «derecho»? El segundo es: ¿Cómo deben entenderse las propiedades que

caracterizan la dimensión real o fáctica del derecho, en particular, la expedición autoritativa y la eficacia social? El tercero es: ¿Cómo deben entenderse las propiedades que caracterizan la dimensión ideal o crítica del derecho, en particular, la corrección o legitimidad del derecho y la relación entre el derecho y la moral?

Mas allá, de que muchos cuestionan las afirmaciones de tal autor, considero que las mismas contribuyen para hacer una interpretación correcta de la norma jurídica, ya que de esta manera analizando el derecho desde un punto de vista de la metateoría del mismo, logramos soluciones justas para una sociedad que cambia de paradigmas, tratando de valorizar la verdadera naturaleza del hombre y sus relaciones sociales, culturales y jurídicas.

Para entender mi postura, considero claras las ideas de Ronald Dworkin quien en “La justicia con toga”, explica que el derecho ha cambiado sustancialmente. Para Dworkin, el derecho exige otras estructuras de pensamiento mucho más sólidas para comprender todo el significado que nos ofrece el derecho como campo semántico complejo. Argumenta que la Constitución de un país como regla suprema exige de los legisladores, jueces y demás, personas dentro de una “democracia asociativa” (Dworkin, 2007: 174-183) que observen el derecho en un sentido más amplio al establecido antes por el positivismo en mención. Ya no es un sistema de reglas como lo pensara J. Austin (2002) o Kelsen (2006) y, posteriormente Hart (2004), ahora se trata de ver los sistemas jurídicos como sistemas de reglas y principios. El derecho no se puede reducir a un concepto criteriológico (ley=derecho), donde el derecho se reduzca a una norma fría y calculadora, además por algo muy sencillo, el derecho no es matemático y las leyes son simples guías que orientan a los jueces para que en un caso concreto puedan ajustar la norma de forma equitativa. Expliquemos esto mejor. Para este autor, existen palabras que no necesitan interpretación, pero hay otras como el derecho, la democracia, la justicia que si lo requieren. Según Dworkin, este camino metodológico de ver el derecho como concepto interpretativo va a llevar a los jueces a tomar decisiones en casos complejos, no sólo con base en las normas, sino con base en decisiones políticas, pues habrá casos donde la ley no es suficiente, es vaga o genera vacíos, así, el juez tendrá que ponderar diferentes situaciones para buscar la respuesta más razonable. El juez tendrá que hacer uso de las reglas interpretativas del derecho de concebir la jurisprudencia y la ley como una novela donde cada juez escribe el capítulo siguiente sin perder la coherencia con sus antecedentes judiciales. (Dworkin, 2007: 29)⁷ Miremos que piensa

Dworkin sobre este quehacer de los jueces. “Para la mayoría estamos ante una restricción absoluta. Pero no es absolutamente absoluta: aceptan que en casos muy atípicos los jueces pueden tener la obligación moral de prescindir del derecho si este es muy injusto o quizás también cuando es muy inadecuado, procediendo a usar su poder político para evitar la injusticia o una gran ineficiencia...no es una cuestión sobre como figura la moral en la identificación del derecho, sino una cuestión sobre cuándo, si es que alguna vez, la moral requiere a los jueces actuar con independencia o incluso en contradicción contra el derecho” (Dworkin, 2007: 29).

Esta interpretación filosófica, moralista del derecho, resulta más razonable para abarcar las necesidades sociales, políticas, jurídicas y morales que enfrentan las sociedades contemporáneas.

Esta visión del derecho y su interpretación se vio plasmada en un fallo dictado por la S.C.J. de Mendoza “VSALDFSTTS FLORENCIA MICAELA en J° 152.510 “VALDATTA FLORENCIA MICAELA c/ ASFALIA S.A. p/ Recurso Extraordinario Provincial”.

La situación concreta que dio lugar a la demanda de la Sra. Valdatta fue el hecho de que la empresa Asfalia S.A la despidiera por no usar un uniforme diferente (calzas) al de sus compañeros de sexo masculino a pesar de que cumplían la misma función. En la Sentencia del a quo, si bien se hizo lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Valdatta resolvió a su favor en lo concerniente a su despido al que consideró como injustificado, pero estableció que: “no correspondía la condena por el rubro del art. 1 de la Ley 23.592 ya que no se probó que el despido fuese discriminatorio.” Ello dio lugar al recurso extraordinario presentado por el representante de la Sra. Valdatta al que los magistrados de la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia consideraron procedente y en virtud de sus argumentos consideró pertinente visibilizar y contextualizar aquellos aspectos omitidos y/o desestimados en la primera instancia.

De la revisión del caso para la Suprema Corte resultó pertinente establecer en qué consiste un despido pasible de ser considerado discriminatorio ya que su desestimación dio lugar a todas las acciones legales posteriores y a la instancia superior a la que llegó el caso. En esta instancia se abordó la cuestión no como una categoría abstracta, sino desde su manifestación concreta en lo que denomina “acto discriminatorio” por lo que resulta visible tanto en sus características como en sus consecuencias sobre quien los padece, dando lugar así a la estimación de lo aludido

como “daño moral”. De esta contextualización surge que el caso particular de la Sra. Valdatta, si bien es analizado en su especificidad, también comparte y se inscribe en un marco que requiere la incorporación de la perspectiva de género para su consideración.

En consecuencia, la importancia socio - jurídica de este precedente radica en que sus aportes abarcan a todo un colectivo por su condición de género que en el caso de la mujer trabajadora se suma a la relación de desigualdad que es propia de las condiciones laborales.

Asimismo, en lo que al problema jurídico del fallo respecta, podríamos afirmar que se encuentran dos tipos: por un lado, una cuestión de tipo axiológico debido a que en la sentencia del a quo se advierte la omisión de aquellos valores relevantes para una correcta aplicación del Derecho y por otra parte, contiene un problema de prueba del que surgirían dos vertientes de análisis: 1) necesidad de incorporar otros criterios de valoración de las pruebas dado un contexto a prima facie desfavorable para la mujer y 2) la caracterización de las mismas en estos casos específicos fundadas en leyes vigentes pero aún no incorporadas como parámetros habituales en la práctica jurídica.

En definitiva, de estos dos problemas jurídicos deriva la relevancia del análisis de este caso, ya que la visualización de la problemática permite establecer que: a) los jueces deben tomar un rol consciente desde una perspectiva de género, para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos fundamentales más los derechos que por ley tienden a proteger la vulnerabilidad histórica de la mujer (circunstancia que no se dio en la resolución de primera instancia); b) valoración de las pruebas atendiendo al contexto específico ya que las causales abordadas exigen ser ponderadas dentro de un marco que resulta per se desfavorable y cuya incidencia se manifiesta en los actos que deben considerarse como discriminatorios.

Es relevante destacar la importancia atribuida a la contextualización socio-histórica y jurídica en el tratamiento de estos casos ya que la cultura instalada en y por los jueces en el ámbito de aplicación de las leyes tiende a resolver este tipo de causas sin prestar atención a los aspectos que parecen menos tangibles o, dicho de otro modo, no se manifiestan como causales evidentes y cuya probanza no resulta accesible en un análisis más superficial y o menos convencional según lo que resulta de sus prácticas habituales. Por esta razón será necesario que quienes tienen que juzgar incorporen, por ejemplo, la perspectiva de género en el análisis de los casos antedichos y la impronta

particular que debe primar en cuanto a la vulnerabilidad preexistente en el caso de la mujer.

El problema jurídico se desprende de los argumentos planteados en el recurso interpuesto y que básicamente consiste en : a) ausencia de un ordenamiento jurídico que contemple (sin omitir arbitrariamente) los temas relativos a la discriminación como concepto hermenéutico-jurídico instalado para su tratamiento en este tipo de causas y b) la problemática que surge en la consideración de las pruebas aportadas por las partes de la que, en principio, surgirían dos vertientes de análisis:1) necesidad de incorporar criterios de valoración de las pruebas y 2) el alcance y caracterización de las mismas en estos casos específicos.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión de la Cámara Laboral

El fallo en análisis tiene como partes a Valdatta, Florencia Micaela, y a ASFALIA S.A. estación de servicio situada en calle Bandera de los Andes 2.781, esquina con calle Sarmiento, que gira bajo el nombre “Oil Combustibles”. Los propietarios del establecimiento eran los Sres. Hugo López Cecco -apoderado-, Diego López Analla -apoderado-, Ariadna López Analla -presidente- y Sr. Sergio Ciani -encargado-.

A grandes rasgos, la premisa fáctica de esta causa tiene origen en el pedido de recurso extraordinario promovido en representación de la Sra. Valdatta por agravio. Ante la sentencia dictada por la Quinta Cámara del Trabajo, con fecha 20 de julio 2020, por supuesto de arbitrariedad, por haber omitido el pronunciamiento en torno al rubro comprendido en el art. 1 de la ley 23.592, por considerar, que el tribunal omitió valorar el intercambio epistolar entre las partes, dejando así de lado las injurias alegadas por cada una de ellas y no sólo el abandono de trabajo. Y además que tampoco se ha considerado la pericia psicológica que da cuenta de secuelas emocionales y sobre la autoestima de la actora a partir del episodio sufrido, sin tener que someter la procedencia del daño moral al riguroso escrutinio probatorio.

El fallo en su aspecto histórico procesal, se inicia con la demanda por despido discriminatorio interpuesta por la Sra. Valdatta, quien alegó que su empleadora le obligó a utilizar como parte del uniforme unas calzas que no eran de su medida, que ella verbalmente solicitó en reiteradas oportunidades unas calzas de su talle y también que en su lugar se le entregara un pantalón de corte de mujer acorde. Todo lo cual

desencadenó el posterior intercambio epistolar y sanciones por negarse a usar el uniforme para finalmente ser despedida por la accionada por abandono de trabajo, a causa de las ausencias de la actora los días 11 y 18 de noviembre de 2013. Siendo en la Sala Unipersonal N°1 de la Excma. Quinta Cámara del Trabajo, donde inicia el proceso, con la actora persiguiendo el cobro de la suma de \$142.954.63 con más intereses y costas invocando los derechos correspondientes basados en: Ley 20744, art 2 Ley 25.323 y art. 1 ley 23592.

La Camarista luego de analizar las pruebas resolvió que “Por todo lo expuesto, considero que la demandada, no ha logrado probar la causa que invoca de ABANDONO DE TRABAJO, por parte de la actora, a su lugar de trabajo, conforme la norma del art. 244 de la LCT, todo lo contrario, la misma ha demostrado su voluntad de concurrir, su intención de continuar con el contrato de trabajo, ha logrado demostrar que el cuestionamiento por ella efectuado hacia su empleador, no era un simple capricho, ni un pedido absurdo o sin fundamento, entiendo que ella ha tenido sólidos fundamentos para su petición, no habiendo sido escuchada, ni valoradas las mismas, es más fue hasta sancionada por ello, y aun así ella siguió firme en su posición, y no considero que con esa petición, se le esté afectando la facultad de organización ni dirección que tiene el empleador, todo lo contrario, si el empleador, insistía en ello a pesar de los reiterados pedidos de la actora, es que la actora, podría llegar a considerar en la empleadora una actitud discriminatoria hacia ella, al insistir en su postura, siendo que era la UNICA MUJER ENTRE 8 o 9 HOMBRES, y en un ambiente donde la mayoría eran hombres, y tuvo que soportar varios improperios, sin que esta situación le importara en lo más mínimo a la empresa, cuando usando el otro pantalón, igualmente podía cumplir con su función, sin afectar para nada el normal desarrollo de la función y de la empresa. Con lo cual del análisis de las pruebas obrantes en autos, el TRIBUNAL considera, de acuerdo a la SANA CRITICA RACIONAL, que la actora, ha logrado probar, la prestación de servicio, su voluntad de concurrir, y la ACCIONADA, NO ha logrado demostrar, la intención de la ACTORA de abandonar el trabajo, quien por todos los medios, le ha dado preeminencia a la continuidad del contrato de trabajo (art. 10 de la LCT), por ende la causal de despido invocada por la accionada, como para justificar un despido directo con causa, por ABANDONO DE TRABAJO, no se ha logrado demostrar, de allí la IMPROCEDENCIA DE LA MISMA, por lo que son procedentes, los rubros reclamados en el capítulo liquidación los cuales se pasaran analizar.”. Pero estimó que no era

procedente “el rubro del art. 1 de la ley 23.592, dado que finalmente no se demostró que haya sido un despido por dicha causal, sino que se invocó otra, la cual no se logró demostrar, de allí que se hace lugar a la presente demanda, sin que la actora haya logrado probar que sea discriminatorio”.

Ante esta resolución judicial que le denegaba la indemnización por despido discriminatorio, se alzó la actora interponiendo Recurso Extraordinario Provincial, el que fue admitido formalmente y por ello la Segunda Sala de la S.C.J. de Mendoza dictó la sentencia en análisis, haciendo lugar al reclamo de daño moral por discriminación.

III. Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia

El problema jurídico planteado en el caso en examen es como acreditar los actos discriminatorios en contra de una mujer en su ámbito laboral. Ello es así porque el Tribunal a quo considero que la actora no había probado el hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria, es decir que la obligación de usar una vestimenta distinta a la de sus compañeros de trabajo constituyera en el caso concreto una discriminación que diera lugar a la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 23.592

Para hacer lugar a tal pretensión el ministro preopinante Dr. José V. Valerio dio los siguientes argumentos:

“la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

“el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485

“la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta

entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la República. Esto no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto el principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109), según el cual "...Las partes pueden proponer, además, cualquier otro medio de prueba que consideren pertinente a la demostración de sus pretensiones..."

"es el contexto en el que se inserta el ilícito el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas".

Por dichos argumentos concluyó que "Como corolario del análisis efectuado hasta aquí, es mi convicción que, en el marco de la ley 26.485 de protección de la mujer, de acuerdo a las circunstancias particulares y probanzas que he analizado, surge un menoscabo a la Sra. Valdatta por su condición de mujer, por lo que, entiendo de relevancia citar los conceptos vertidos en la causa "Navarro Orta" (sentencia del 06/08/20), luego reiteradas en los autos "Kraus" (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA, 2020, 10 noviembre).

En el voto en disidencia parcial del ministro Mario Adaro, cabe destacar la siguiente idea por él expresada: "La desigualdad del hombre y la mujer, construida a partir de patrones socio-culturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. La Convención para la eliminación de la Discriminación de la mujer, (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés) define así la discriminación contra la mujer: "La expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos

y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Y el Doctor Omar Palermo, en su voto expresó que: “Como sostuve en mi voto en el precedente de esta Sala “Krauss”, el desarrollo de la problemática de las mujeres y la desigualdad, en los últimos años, nos ha permitido advertir la invisibilización de prácticas basadas en estereotipos, que resultan discriminatorias. Se impone entonces, una atención mayor para la persona que debe juzgar, alertada de que ciertas desigualdades pueden pasar desapercibidas, para el sistema de justicia y para las personas involucradas (incluidas las partes, sus patrocinantes y la magistratura).

Esta sentencia muestra la habilidad jurídica y pragmática de los Supremos antes citados. Efectuó tal afirmación ya que, para lograr el dictado de una resolución justa, que se adecuara a la realidad del colectivo de mujeres, interpretaron las normas jurídicas, internacionales, nacionales y provinciales, teniendo en cuenta las nuevas nociones sociales, culturales, económicas, haciendo una valoración filosófica de los hechos. Indudablemente la argumentación del Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza es adecuada a las circunstancias fácticas. Enfocan la problemática específica de la mujer en una estructura machista y buscan los medios jurídicos a su alcance (por ejemplo, cargas probatorias) para llegar a una solución que responda al valor supremo de la justicia en el caso en el caso concreto.

IV. Análisis Crítico

En el fallo en análisis el hecho controvertido, que es analizado por los ministros de la S.C.J., es que si el despido de una empleada, por las circunstancias del caso, debía ser considerado discriminatorio y por consiguiente si le correspondía la indemnización por daño moral prevista en el art. 1 de la ley 23-592.

La Quinta Cámara Laboral de Mendoza rechazó el rubro daño moral de referencia, sosteniendo que “finalmente no se demostró que haya sido un despido por dicha causal, sino que se invocó otra, la cual no se logró demostrar, de allí que se hace lugar a la presente demanda, sin que la actora haya logrado probar que sea discriminatorio”

Es decir que la discusión se centró en las cargas de las pruebas y los medios probatorios. La actora afirmó que el uso de un uniforme inadecuado para su cuerpo y su

género, la violentaron causándole secuelas emocionales y sobre su autoestima, por lo que reclamó la indemnización prevista en la norma antes citada.

La Cámara Laboral, al valorar las pruebas, estimó que la accionante no acreditó el hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria- acto discriminatorio-.

Considero que la Camarista hizo una interpretación puramente formal de las normas que regulan el sistema probatorio en materia laboral, llegando a una solución injusta, que no se puede admitir. Efectúo tal afirmación ya que el art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109), consagra la amplitud de medios de prueba al expresar: "...Las partes pueden proponer, además, cualquier otro medio de prueba que consideren pertinente a la demostración de sus pretensiones...". Entonces ante esta amplitud probatoria y considerando las particularidades del caso y la obligación de juzgar con perspectiva de género, no se justifica a la solución que arribó.

Cabe destacar que la actora ofreció como prueba cartas documentos, las que, analizadas por los miembros del Superior Tribunal, fueron consideradas como un indicio de los hechos constitutivos de la pretensión de la actora. Tampoco la Juez Laboral tuvo en cuenta la pericia psicológica de la actora, no impugnada por la contraria, de la que surgía que aquella tenía secuelas psicológicas derivadas de los hechos base de la acción ejercida en la causa y que habían afectado su autoestima.

La solución a la que se arriba en el caso Valdatta, tiene numerosos respaldos jurisprudenciales.

Así en el caso MUÑOZ JULIETA ANDREA C/ BODEGAS SAN HUMBERTO S.A. P/ Despido la Segunda Cámara Laboral de Mendoza expresó que "Debe recordarse, antes de avanzar en la evaluación de la prueba disponible, que la actora forma, por su género, parte de un grupo humano particularmente en riesgo frente a la violencia laboral del grupo dominante (hombres con mandato dentro de la organización laboral). Por lo tanto, demostrados actos compatibles con la violencia de género, deben brindarse, de parte de las organizaciones, las explicaciones éticas que correspondan (inversión del unas probandi), como sostienen Litterio (citada, pág. 617). La OIT y Guisado (GUISADO, Héctor – El despido discriminatorio, en Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, págs. 97 y ss.). ...La violencia de género es un reflejo de la superioridad impuesta a las mujeres por la historia social. Las empleadas deben soportar costumbres tan

arraigadas en las organizaciones sociales, que se eligen despreciarlas, ocultarlas y no contradecirlas. Tal circunstancia de poder se ve claramente reflejada en la actitud de la demandada: en ningún momento hace ningún esfuerzo por mostrar que, frente a una acusación ética, hizo algo. Antes bien, incluso a la hora de contestar la demanda muestra una actitud displicente frente a la posible desviación de su gerente”. La plataforma fáctica que debió tener en cuenta el Juez es que la Señora Muñoz, era maltratada por su jefe, quien se dirigía a la misma con malos modos, irrespetuosamente y con palabras soeces. Sus compañeros le comunicaron que ellos también siempre estaban acechados u hostigados por esa persona, pero que debían soportarlo para mantener su trabajo. (Segunda Cámara del Trabajo Primera Circunscripción Judicial, 2020).

La 7ª. Cámara Laboral de la Provincia de Mendoza, en el caso “Ochoa Jorge” (SEPTIMA CAMARA DEL TRABAJO - PRIMERA CIRCUNSCRIPCION DE MENDOZA, CUIJ: 13-04089942-6, 2018), (Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, 2013, 9 de diciembre) ha señalado que: “En el supuesto de autos la decisión adoptada por el empleador dio respuesta a la necesidad de juzgar las situaciones que se presenten como la que es objeto de debate, con perspectiva de género. Que en supuestos como estos, la mujer trabajadora no puede ser objeto de una mirada neutral a la hora de valorar los hechos y las conductas asumidas contra las mismas....Que en tal sentido la Constitución Nacional, artículo 75, inc. 23 establece la obligación de "...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...". Y también el artículo 43 de la Constitución Nacional, que permite el amparo colectivo como una forma para eliminar la discriminación que sufren los grupos de personas vulnerables, entre ellos, las trabajadoras. Que cuando median situaciones de violencia laboral y/o acoso sexual como sucede en el particular, el Tribunal debe analizar con razonabilidad la situación traída a debate. En tal sentido se ha afirmado que cuando las diferencias de trato están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional, los tribunales deben aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cfr. Fallos 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433) ... “Cabe destacar que en materia probatoria como estas conductas no suelen manifestarse de

forma abierta y claramente identificable, su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que esas acciones sean más presuntas que patentes y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente del acoso está en la mente de su autor. Por ello y para compensar esas dificultades se debe estar al estándar probatorio aplicable a estas situaciones donde la parte que invoca un acto de acoso es suficiente con que la misma acredite los hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción”. Este caso tiene la particularidad que se consideró justificado el despido del actor fundado en su repetitivo comportamiento persecutorio adoptado con una compañera de trabajo, Sra. María Soledad Lemos, con propuestas que fueron clara y permanentemente rechazadas y con declaraciones de índole sexual, de elevado y nunca correspondido tono y naturaleza, lo que produjo severas alteraciones en la salud y una imposibilidad de trabajar en forma normal con más el pedido de auxilio y protección por parte de la empresa.

También estas ideas fueron plasmadas en un caso de acción reivindicatoria, con lo que podemos observar que la perspectiva de género y una interpretación axiológica del plexo normativo, son necesarias en todas las ramas del derecho. En esta sentencia la actora, una sociedad anónima inició acción reivindicatoria contra la Sra. Silvina Edith Rodríguez a fin de recuperar un inmueble. La demandada al contestar la demanda afirmó que la acción planteada distaba mucho de ser un mero conflicto de derecho civil y tenía su origen real en un conflicto familiar y matrimonial. El ministro preopinante Doctora María Teresa Day expresó que: “...el único modo de analizar la causa es a través de una mirada integral de los hechos, de la prueba y de la situación patrimonial familiar en la cual se encuentran inmersos los ex-cónyuges, particularmente la mujer que denuncia las reiteradas maniobras cometidas por su ex-esposo para violar y perjudicar notoriamente sus derechos económicos. Conforme las pautas esbozadas no comparto la solución a la que arriba la sentencia de Cámara, en cuanto pone de manifiesto que el caso no debe ser analizado con perspectiva de género. Al respecto considero que aunque se trate de una acción que involucra el derecho real de dominio, si la mujer demandada alega y arrima prueba sobre hechos de violencia psicológica y económica, la mirada del juez debe agudizarse para advertir si la desigualdad se ha configurado, si ha existido una relación asimétrica de poder, si ha existido

abuso o aprovechamiento, no pudiendo en modo alguno excluir esta perspectiva en ninguna rama del derecho. Debemos tener en cuenta la problemática de la violencia en las relaciones interpersonales, la necesidad e importancia de valorar los indicios y pruebas dentro del contexto e historial de violencia. El control difuso de convencionalidad convierte a todos los jueces en guardianes de las convenciones de Derechos Humanos entre las que se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer... Las razones para incorporar la perspectiva de género en una sentencia, las resume de la siguiente manera: a) Porque el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y convencional dirigido a quienes imparten justicia. b) Por lo establecido en resoluciones de las Cortes Internacionales, cumpliendo con el control de convencionalidad. c) Para que quienes realizan la labor de impartir justicia, traduzcan la normativa internacional en realidades para las personas (no quedarnos en el mero formalismo), lo que permitirá evidenciar el compromiso del Estado con la Justicia. d) Porque se evita la revictimización. e) Porque se evita que los conflictos lleguen a instancias internacionales. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA, 2021, 14 de junio)

En el caso Ingrid Analía Kraus, la S.C.J. de Mendoza, tuvo oportunidad de expedirse ampliamente sobre cómo deben ser juzgados los hechos fácticos considerando la perspectiva de género. El Ministro Omar Palermo en su voto ampliatorio expresó: “He sostenido anteriormente que quienes tenemos la tarea de juzgar debemos analizar las circunstancias del caso bajo la óptica de la normativa constitucional y convencional. Esta mirada nos posibilita cumplir con el mandato de promover, respetar, proteger y garantizar, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en nuestro sistema jurídico. (SCJM, Fallo Plenario “Navarro”, 14/05/15). El desarrollo de la problemática de las mujeres y la desigualdad, en los últimos años, nos ha permitido advertir la invisibilización de prácticas basadas en estereotipos, que resultan discriminatorias. Se impone entonces, una atención mayor para la persona que debe juzgar, alertada de que ciertas desigualdades pueden pasar desapercibidas, para el sistema de justicia y para las personas involucradas (incluidas las partes, sus patrocinantes y la magistratura). Así lo dispone la Convención contra toda forma de

Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 5... Este esquema normativo nos coloca en la labor de indagar si las condiciones del caso, en concreto el contexto laboral que vivió la actora, requieren de consideraciones especiales o medidas de protección que mitiguen la situación de desigualdad por razones de género en las que se puede ver involucrada una persona. Además, implican una tarea interpretativa de los hechos y las pruebas que reparen en el contexto, en las condiciones de particular vulnerabilidad o discriminación, en la existencia de vínculos de poder entre las personas involucradas, en la existencia de discriminaciones múltiples, en el análisis de si las normas aplicables responden a estereotipos sexistas y tienen un impacto diferenciado para la persona y para el contexto. También suponen una mirada de la normativa que garantice mejor el derecho a la igualdad, que resuelva las asimetrías de poder o desigualdad estructural, que repare en las medidas de acciones positivas disponibles, etc. Es decir, analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos.”. Y el Doctor José V. Valerio, en su voto preopinante expresó que: “Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.” En este caso la accionante fundó su pretensión resarcitoria en que se enfermó a causa del maltrato psicológico y físico de sus superiores, que a su vez permitían las constantes burlas de sus compañeros de trabajo, quienes debían responder a sus órdenes. La Cámara Laboral desestimó la demanda alegando que pesaba sobre la accionante la carga probatoria del acoso psicológico.

En materia de medida cautelar, encontramos un fallo de la Tercera Cámara Civil de la Provincia de Mendoza, en el que se expresa que: “En lo que hace a la acreditación del derecho para el despacho de la cautelar solicitada, hay que recordar que el decreto reglamentario 1011/2010 impone la aplicación de las reglas de la prueba establecidas por la OIT para casos de discriminación. En este sentido, la necesidad de la inversión de

la carga de la prueba en cuestiones de discriminación ha sido considerada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en el "Estudio general sobre igualdad en el empleo y ocupación", de 1988, documento en el que destaca que imponer dicha carga a quien alega un motivo discriminatorio, subyacente al acto incriminado, puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Lo más frecuente es que la discriminación constituya una acción o una actividad más presunta que patente, difícil de demostrar, en especial en casos de discriminación indirecta o sistemática; tanto más cuanto que la información y los archivos que conforman elementos de prueba suelen estar en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Ello ha determinado que algunos países prevean a veces la inversión de la carga probatoria o prevean una cierta flexibilidad a la carga que corresponde al accionante. Pero también en el mismo documento se dice que "Sólo en determinadas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder a quien la alega. El trabajador tiene la obligación de aportar un "indicio" razonable que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta la mera alegación sino que debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación" En el caso Pellicori, la Corte Suprema de la Nación, con cita del documento de la Comisión de Expertos de la OIT consideró que resulta suficiente, para la parte discriminada, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia; en este caso, corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato objetado, "la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica" (Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, EXPTE. N° 50.471, 2013). Estas argumentaciones fueron vertidas por el referido Tribunal en un caso que el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Mendoza, dispuso la baja obligatoria de la actora y esta mientras tramitaba el juicio principal por daños y perjuicios contra el gobierno provincial, solicitó que se dejara sin efecto la resolución dictada y se conservara su trabajo. Esta petición fue denegada en primera instancia, pero el Tribunal de Apelaciones haciendo una interpretación integral y axiológica del plexo jurídico y la naturaleza especial de la plataforma fáctica, hizo lugar a la cautelar solicitada.

Estas posturas jurisprudenciales también encuentran apoyos en distintos estudios y trabajos sobre la necesidad de que los órganos del Estado, en particular el judicial, aplique transversalmente la perspectiva de género.

En este sentido se ha dicho que: “La discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia. Recomendación General N° 33: Acceso a la Justicia, CEDAW/C/GC/33, agosto de 2015, Párr. 8. El Comité ha documentado muchos ejemplos de los efectos negativos de las formas interseccionales de discriminación sobre el acceso a la justicia, incluidos los recursos ineficaces, para grupos específicos de mujeres. Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. El Comité ha observado también que, cuando las mujeres de esos subgrupos plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas. Recomendación General N° 33: Acceso a la Justicia, CEDAW/C/GC/33, agosto de 2015, Párr. 10. (UFEM | Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres Jurisprudencia y doctrina sobre estándares internacionales de interseccionalidad en casos de violencia de género).

Es importante destacar que como se ha señalado que: “Si bien es cierto, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos en visibilizar las formas de violencia de género y establecer distintos mecanismos mediante normas, persisten estereotipos y

estigmatizaciones culturales sobre las mujeres. La violencia de género es un problema estatal; para ser solucionado se requiere entonces de medidas efectivas por parte del Estado, el cual debe asumir un rol protagónico y tomar medidas concretas que necesariamente incluyen la tipificación de todo acto de violencia contra las mujeres como el femicidio, la creación de leyes especiales de violencia contra las mujeres y el impulso de políticas públicas enfocadas en los derechos de estas. Pero además, los Estados deben procurar el removimiento de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; prestar atención a esta problemática; redimensionar el papel que la educación tiene para construir y deconstruir estereotipos de género; ir desmantelando la estructura, la ideología, la cultura y la educación patriarcal; cuestionar la inequidad y visibilizar el importante papel de la mujer en la construcción de nuevas realidades. (Araya, 2018).

También resulta de suma importancia los siguientes conceptos vertidos por Víctor Abramovich, en el artículo “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien o el ejercicio de un derecho. También conduce a examinar la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados (Abramovich, 2010).

Para entender este razonamiento considero necesario hacer referencia al concepto de igualdad formal e igualdad material o sustantiva. La primera se refiere a los Tratados Internacionales, a las Constituciones y a las leyes que otorgan a todas las personas los mismos derechos civiles, políticos, sociales. En cambio, la segunda contempla que esos derechos efectivamente sean ejercidos por los sujetos de derecho.

Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución Nacional garantiza que “...Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...” Este derecho fundamental pasa a ser meramente teórico si el Estado no

toma medidas para concretarlo. La historia de la humanidad muestra como grupos de personas fueron discriminadas para el acceso al trabajo por su género, su religión, su ideología política. Esta realidad impone a aquel, a través de sus tres poderes, la necesidad de tomar medidas efectivas para que el plexo de derechos humanos no sea meramente teórico.

Esto nos lleva a la noción de que el Estado debe tener un rol activo, removiendo todos los obstáculos de cualquier naturaleza que traben o impidan una real vigencia sociológica de los derechos humanos. Es decir, no es suficiente con que el Estado reconozca que somos titulares de ciertos derechos, sino que además es obligación de éste el garantizar a las personas el ejercicio de los mismos. Aquí nos enfrentamos al concepto de medidas de acción positiva. La realidad nos muestra en forma permanente que determinadas personas o grupos sociales son discriminados, viendo violados sus derechos constitucionales comparados con la parte mayoritaria de la sociedad, por lo que resulta necesario tomar medidas que los favorezcan. De esta manera se procura equilibrar la desigualdad de hecho. Es decir, que la finalidad de las medidas de acción positiva, es conectar la igualdad jurídica con la igualdad real. Las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar este fin. Por ejemplo, el art. 75 inciso 17 establece como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Si observamos nuestra realidad necesariamente concluimos que las acciones positivas del estado para lograr el fin perseguido por la norma constitucional parcialmente transcripta, son pocas y los grupos vulnerados prácticamente no tienen herramientas para exigir la concreción de las acciones positivas.

En la actualidad vivimos en una sociedad totalmente convulsionada, en que los derechos civiles, políticos, sociales, se han vuelto meramente teóricos. En la vida cotidiana las personas ven vulnerados estos derechos, desde que no tienen acceso a un salario digno, una vivienda propia, un sistema educativo integral, al trabajo en igualdad de oportunidades. Ante esta realidad los operadores del derecho deben reaccionar y replantearse la concepción filosófica del ordenamiento jurídico.

Para lograr este objetivo indudablemente debemos superar la teoría de la interpretación jurídica propia del positivismo jurídico, teoría del derecho dominante de

la forma política del Estado de Derecho, para llegar a la visión de la teoría interpretativa del Estado Constitucional.

Las características centrales de la visión positivista de la interpretación son: la comprensión de la ciencia jurídica como ciencia teórico-descriptiva, la ausencia de valoraciones y el apego a la letra de la ley y la seguridad jurídica como criterios exclusivos que deben guiar la labor del intérprete. La tarea interpretativa se limitaba a buscar una norma jurídica en la que se podía encuadrar el caso individual y así llegar a la solución aplicable. Para esta postura bastaba con que el intérprete conociera el ordenamiento jurídico en donde necesariamente debía encontrar la respuesta al problema jurídico que estaba analizando. Y para lograr esta respuesta debía prescindir de valoraciones críticas, morales. Así Demolombe expresaba que: "Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer" y Moulon afirmaba: "Dura lex, sed lex un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley". (Savigny, 1949)

Esta forma de interpretación no siempre lleva a dar respuestas justas a las partes de un proceso. Si tenemos en cuenta el fallo analizado en el presente trabajo, en la sentencia de la Cámara Laboral, se aplica la norma jurídica de distribución de la carga probatoria, prescindiendo de las características particulares del caso, es decir sin hacer ningún tipo de valoración sobre los hechos. Y de esta manera se llega a un resultado injusto: negar la indemnización del daño moral por haber sufrido discriminación en el ámbito laboral, al no tenerse en cuenta el sexo de la trabajadora y el tipo de sociedad que queremos en los tiempos actuales.

Entonces para superar esas dificultades y dar soluciones que hagan efectivos los derechos reconocidos por las leyes, hay quienes comienzan a plantear que es necesario hacer una revalorización de la interpretación jurídica, que implica la presencia de valores sustanciales en el derecho, y que obliga al intérprete al uso de técnicas de argumentación que van más allá de la aplicación mecánica de la ley.

Los autores enrolados en esta forma de interpretación consideran que, al desentrañar el alcance de una norma jurídica, el jurista debe precisar los argumentos o las razones que lo llevan a una determinada solución. Deben justificar, fundamentar o

motivar racionalmente su conclusión, para convencer a los justiciables que su postulación es justa, correcta.

La argumentación jurídica tiene por finalidad darle al interprete una herramienta eficaz para dilucidar la verdad real del caso concreto y lograr una solución justa.

Como se ha señalado “Un apropiado modo de verificar los cambios que se han producido en la referida materia fáctica es remitirnos a doctrinas procesalistas como la de Michele Taruffo que resultan plenamente funcionales a las exigencias y características del EDC. En sintonía con ellas subrayemos: a) "la verdad es condición de la justicia", en tanto, si el juzgador es engañado sobre los hechos, ello conllevará inexorablemente una decisión injusta; b) la verdad no solo es posible sino que es una, dado que ella consiste (teoría de la correspondencia) en decir cómo ocurrieron los hechos; c) el proceso no tiene por objeto ejecutar la ley, ni siquiera la paz, sino la justicia; d) en la práctica resultan muy difíciles de separar los hechos del Derecho, por eso la crisis del recurso de casación; e) para conocer la verdad de los hechos se tornan crecientemente necesarias las pruebas científicas provenientes de saberes no jurídicos, de ahí la necesidad de que el servicio de justicia afronte la importancia de la misma y genere las regulaciones indispensables para que ese saber resulte confiable; f) hay que distinguir entre las ciencias no jurídicas distintos niveles de certeza epistemológica, e incluso advertir que bajo ese rótulo a veces se pretende ofrecer "ciencias basuras"; g) el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental y su ejercicio debe facilitarse sin formalismos e igualdad, si es que se pretende tomarse en serio los derechos humanos; h) cualquier caso puede llegar a convertirse en difícil en manos de un jurista formado y conocedor de principios y valores; i) es prácticamente imposible confiar en una caracterización legal de los casos que cierre toda discusión o dudas; j) la complejidad de los casos impacta también en el modo en que el legislador los contempla; etc.” (Vigo, 2012, Junio)

Cabe destacar que esta argumentación jurídica debe buscarse en los Tratados Internacionales y en las Constituciones de cada país. El intérprete debe buscar cuales son los derechos y garantías constitucionales involucradas en el caso en examen, para de esa manera hacer operativo el derecho. No podemos permitir que por una aplicación literal de una ley o norma jurídica se convierta un derecho en meramente teórico.

Considero que esta forma de interpretación con argumentaciones axiológicas y valorativas es una herramienta sumamente importante para que los derechos reconocidos

al hombre, sean efectivos en el caso concreto, tratando de evitar de esta manera que se dicten sentencias perfectamente lógicas, pero con resultados injustos, que frustran el deber de los jueces de impartir justicia.

En el caso Valdatta, los ministros para llegar a hacer efectivo el derecho de la actora, no se atuvieron a la letra fría de la norma jurídica, sino que buscaron argumentos para llegar a una solución que consagrara el valor justicia en el caso concretos. Así en el análisis de las pruebas, visualizaron e interpretaron las normas procesales sobre la carga de la prueba y el examen de los medios probatorios aportados a la causa, desde un punto de vista axiológico y sociológico. Tuvieron en cuenta las características particulares de la situación de la actora, para de esa manera lograr que el derecho a la no discriminación no fuera meramente teórico, sino que por el contrario se reconociera que aquel había sido vulnerado, por lo que se le debía dar a la justiciable una respuesta favorable a su pretensión resarcitoria. De esta manera, los jueces hicieron que la igualdad formal fuera una igualdad material o sustantiva.

Los ministros, en sus votos, no se atuvieron a una aplicación literal de las cargas probatorias. No se aferraron a que el texto legal impone a la parte que alega un hecho constitutivo debe probarlo. Fueron más allá, profundizaron el alcance de esta regla enriqueciéndola con conceptos de perspectiva de género, pusieron énfasis en que las pruebas aportadas en un juicio deben ser analizadas a la luz de todo el ordenamiento jurídico, considerando especialmente los tratados internacionales, analizaron la plataforma fáctica teniendo en cuenta el contexto social y cultural en el que se produjeron los hechos fundantes de la acción ejercida por la actora.

De esta manera, superaron el formalismo interpretativo para darle vida a los derechos consagrados por las normas, impidiendo que los mismos queden en formulaciones teóricas vacías de contenido práctico, dejando a las personas sin respuestas a sus problemáticas diarias que devienen de un contexto sociológico, económico y político complejo.

V. Conclusión

La historia muestra como los hombres lucharon para que sus derechos fueran reconocidos y plasmados en los ordenamientos jurídicos. A fines del siglo XVIII en la Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa se plasmaron los derechos civiles y políticos, que garantizan la libertad de las personas. Después a finales

del siglo XIX y durante el siglo XX se garantizan los derechos económicos, sociales y culturales, que tratan de fomentar la igualdad real entre las personas, ofreciendo a todas las mismas oportunidades para desarrollar una vida digna. Y a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI se incorporaron los denominados derechos de la tercera generación, que pretenden fomentar la solidaridad entre los pueblos y las personas en todo el mundo (derecho a la paz, al desarrollo y a un medio ambiente limpio).

Como lo he señalado anteriormente, el Estado no puede tener un rol pasivo, limitándose a que la legislación reconozca tales derechos, sino que debe tomar todas las medidas para que las personas ejerzan efectivamente los mismos.

Estimo que, para cumplir con este fin, los operadores jurídicos, especialmente los jueces, pueden contribuir replanteándose la forma de interpretación de las normas. Se debe superar el positivismo jurídico y realizar una interpretación argumentativa, basada en juicios axiológicos y sociológicos, buscando en el caso concreto llegar a una solución justa, que efectivice el derecho invocado por una de las partes en un juicio.

En la sentencia analizada en el presente trabajo se plasma tal interpretación y se logra el referido fin.

Efectúo tal afirmación ya que, para lograr el dictado de una resolución justa, que se adecuara a la realidad del colectivo de mujeres, los ministros mendocinos interpretaron las normas jurídicas, internacionales, nacionales y provinciales, teniendo en cuenta las nuevas nociones sociales, culturales, económicas, haciendo una valoración filosófica de los hechos. Indudablemente la argumentación del Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza fue adecuada a las circunstancias fácticas. Enfocaron la problemática específica de la mujer en una estructura machista y buscaron los medios jurídicos a su alcance (por ejemplo, cargas probatorias) para llegar a una solución que respondiera al valor supremo de la justicia en el caso en el caso concreto.

VI. Referencias:

a) Doctrina:

Abramovich, V. (2010). *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Anuario de Derechos Humanos 2010. Obtenido de <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491/11852>

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Araya, M. V. (2018). *El derecho internacional frente a la violencia de género*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil. (2013, 9 de diciembre). *LESCANO SOLEDAD LOURDES C/ GOBIERNO DE*. EXPTE. N° 50.471.
- Dworkin, R. (2007). *La Justicia con Toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Savigny, F. C. (1949). *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*. Buenos Aires: Losada.
- Vigo, R. L. (2012, Junio). *De la Interpretación de la Ley de la Argumentación desde la institución: realidad, Teorías y Caloración*. Chía, Colombia: Universidad La Sabana. Obtenido de https://www.academia.edu/50255038/De_la_interpretaci%C3%B3n_de_la_ley_a_la_argumentaci%C3%B3n_desde_la_Constituci%C3%B3n_realidad_teor%C3%ADas_y_valoraci%C3%B3n

b) Leyes:

- Honorable Congreso de la Nación. (1976, 13 de Mayo). *Ley Contratos de Trabajo*. Buenos Aires: Boletín Oficial. Obtenido de <http://www.infoleg.gob.ar/>
- Honorable Congreso de la Nación. (2000, 11 de octubre). *Contrato de Trabajo 25.323*. Buenos Aires: Boletín Oficial. Obtenido de <http://www.infoleg.gob.ar/>
- Honorable Congreso de la Nación. (2009, 14 de abril). *Ley de Protección Integral a las Mujeres*.
- Honorable Congreso de la Nación. (2018, 19 de diciembre). *LEY MICAELA DE CAPACITACIÓN OBLIGATORIA EN GÉNERO PARA TODAS LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LOS TRES PODERES DEL ESTADO*. Boletín Oficial. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>
- Honorable Congreso de la Nación. (23 de agosto de 1988,). *Ley N° 23.592 ACTOS DISCRIMINATORIOS*. Buenos Aires: Boletín Oficial.

Legislatura de Mendoza. (2007, 07 de octubre). *Modifica Ley Organica del Ministerio Público de Mendoza*. Mendoza: Boletín oficial de la prov. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa>

Ministerio de Trabajo. (1999). *Ratificase el Pacto Federal del Trabajo 25.212*. Buenos Aires.

c) Jurisprudencia:

Segunda Cámara del Trabajo "Primera Circunscripción Judicial". (2020). *Muñoz Julieta Andrea C/ Bodegas "San Humberto S.A." P/ Despido*. Mendoza: CUIJ: 13-03818211-5/2((010303-53333)).

SEPTIMA CAMARA DEL TRABAJO - PRIMERA CIRCUNSCRIPCION DE MENDOZA. (2018, 05 de Junio). *OCHOA JORGE ALBERTO C/ BODEGAS Y VIÑEDOS PASCUAL TOSO S.A. P/ DESPIDO*.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA. (2021, 14 de junio). *MENDOZA CLAF S.A. C/ RODRIGUEZ SILVINA EDITH P/ REIVINDICACIÓN P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL*. Mendoza: CUIJ: 13-03818211-5/2. Obtenido de http://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210614_Rodriguez.pdf

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA. (2020, 10 noviembre). *KRAUS INGRID ANALIA EN J° 12345 KRAUS INGRID ANALIA C/ LA CAJA*. CUIJ: 13-04792150-8/1.

Fallo

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA PODER JUDICIAL MENDOZA Foja: 45 CUIJ: 13-03586356-1/1((010405-152510)) VALDATTA FLORENCIA MICAELA EN JUICIO N° 152510 VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL *105567692* En la Ciudad de Mendoza, a 7 de Mayo de 2021, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa N° 13-03586356-1/1, caratulada: "VALDATTA FLORENCIA MICAELA EN J° 152.510 VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL." De conformidad con lo decretado a fs. 44 quedó establecido el siguiente orden de votación en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, segundo Dr. MARIO DANIEL ADARO y tercero Dr. OMAR ALEJANDRO

PALERMO. A N T E C E D E N T E S: A fs. 19/24, Florencia Micaela Valdatta, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada a fs. 421 y sgtes., de los autos N° 152.510, caratulados: “Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia SA P/ Despido”, originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial. A fs. 30/31 vta. se admitió formalmente el recurso interpuesto, y se ordenó correr traslado a la contraria, quien contestó a fs. 33/36. A fs. 39/41 vta. se agregó el dictamen del Sr. Procurador General, quien por las razones que expuso, entendió que correspondía rechazar el recurso planteado por la actora. A fs. 44 se llamó al Acuerdo para sentencia y se dejó constancia del orden de estudio por parte de los Señores Ministros del Tribunal. De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: P R I M E R A: ¿Es procedente el recurso interpuesto? S E G U N D A: En su caso, ¿qué solución corresponde? T E R C E R A: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo: I. La Sentencia del a quo -agregada a fs. 421 y sgtes., hizo lugar a la demanda interpuesta por Florencia Micaela Valdatta en contra de Asfalia SA por los rubros despido, preaviso, multa art. 2 ley 25.323 y diferencias salariales establecidas en la pericia contable, con más los correspondientes intereses. Por otro lado, rechazó la acción por los rubros no retenibles –atento el depósito efectuado por la accionada-, multa art. 80 LCT y despido discriminatorio art. 1 ley 23.592. Para así decidir, en lo que ha sido motivo de agravio declarado procedente, sostuvo: 1. La accionada no logró probar la causal invocada de abandono de trabajo por parte de la actora (art. 244 LCT). 2. No correspondía la condena por el rubro del art. 1 de la ley 23.592, ya que no se demostró que el despido fuese discriminatorio, sino que se invocó otra causal, que finalmente no resultó acreditada, por lo que el despido devino injustificado. II. Contra dicha decisión, Florencia Micaela Valdatta, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial, con fundamento en el art. 145, ap. II, inc. d) del C.P.C.C.yT. en base a los siguientes argumentos: a. Arbitrariedad por haber omitido el pronunciamiento en torno al rubro comprendido en el art. 1 de la ley 23.592. b. Considera, que el tribunal omitió valorar el intercambio epistolar entre las partes, dejando así de lado las injurias alegadas por cada una de ellas y no sólo el abandono de trabajo. c. Argumenta que tampoco se ha considerado la pericia psicológica que da cuenta de secuelas emocionales y sobre la autoestima de la actora a partir del episodio sufrido, sin tener que someter la procedencia del daño moral al riguroso escrutinio probatorio. III. Anticipo que el recurso prospera. 1. A fin de ilustrar brevemente sobre los presentes, la causa se inicia con la demanda por despido discriminatorio interpuesta por la actora, quien alegó que su empleadora le obligó a utilizar como parte del uniforme unas calzas que no eran de su medida, que ella verbalmente solicitó en reiteradas oportunidades unas calzas de su talle y también que en su lugar se le entregara un pantalón de corte de mujer acorde. Todo lo cual desencadenó el posterior intercambio epistolar y sanciones por negarse a usar el uniforme para finalmente ser despedida por la accionada por abandono de trabajo, atento las ausencias de la actora los días 11 y 18 de noviembre de 2013. 2. Atento a cómo ha quedado trabada la presente litis y de acuerdo con el auto de admisión formal obrante a fs. 30/31 vta. de los presentes, la única cuestión a resolver es si resulta procedente o no la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 23.592. 3. Con anterioridad, en la causa N° 13-03814092-7/1, caratulada: “MUSSATTI SERGIO OMAR EN J: 153.850 “MUSATTI SERGIO OMAR C/ AMIGOS DEL JOCKEY CLUB SOCIAL CULTURAL Y DEPORTIVO P/ AMPARO” S/ INC. CAS.” (sentencia del 16/3/17), como preopinante, tuve la oportunidad de fijar mi posición frente al despido discriminatorio, la que, si bien en dicho

precedente estaba referida al ámbito del derecho sindical, contiene ciertos principios generales respecto del despido discriminatorio. 4. En la causa A. 1023. XLIII. RECURSO DE HECHO Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo (7/12/10), nuestro Címero Tribunal, en el considerando 5°) expresó que "...la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio..." y que "...No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones "muy graves", las "decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares" (art. 4° a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5° 5.a y b)...". Y en el considerando 10°) expresó que la ley 23.592 "...reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Fallos: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" (Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires, Fallos: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de "preferente tutela" por parte de la Constitución Nacional (Vizzoti, cit., ps. 3689 y 3690; Aquino, cit., ps. 3770 y 3797; Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., Fallos: 331:570, y Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L., Fallos: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona "derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros)...". 5. Luego, en la causa P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo (15/11/11), la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ocupó de analizar, específicamente el tema de la prueba en el caso de que el actor acuse un despido discriminatorio. a. En tal sentido, resolvió que si bien el sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta y despido sin causa, debe probar el acto injuriante, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación, ya que se encuentra en mejor condición para aportar pruebas b. Así, en el considerando 11°) afirmó que "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica..." y que "...no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente

se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado...". c. Posteriormente, con fecha 04/09/18, en la causa "Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c. Disco S.A. s/ amparo sindical", nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que "...en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos...". 6. En aplicación de tales precedentes, en este caso concreto entiendo que estamos en presencia de un despido que es susceptible de ser calificado como discriminatorio. a. El tribunal de grado ha analizado la causal de injuria, para luego concluir que el rubro del art. 1 de la ley antidiscriminatoria no resultó procedente, atento a que "...no se demostró que haya sido un despido por dicha causal, sino que se invocó otra –en clara referencia a la causal de abandono de trabajo alegada por la accionada-, la cual no se logró demostrar, de allí que se hace lugar a la presente demanda, sin que la actora haya logrado probar que sea discriminatorio...". b. Como adelanté, me está vedado ingresar en el análisis de la injuria, efectuado por el a quo, al haber llegado firme a esta instancia, donde sólo corresponde expedirme sobre la alegada discriminación sufrida por la actora. c. La recurrente afirma que el hecho de que la empleadora la obligara a usar como parte del uniforme unas calzas, le provocó secuelas emocionales y sobre su propia autoestima. d. No resulta controvertido en autos, que existió un conflicto entre la actora y su empleadora en torno al uso del uniforme reglamentario de la empresa. El motivo de disputa pasa por el hecho de que a la accionante, se la obligaba a usar unas calzas en contra de su sentido del pudor y debía soportar frases inapropiadas de los transeúntes varones, circunstancia que a mi entender, ha quedado acreditada en el grado de indicio en la presente causa, sin que la empresa demandada haya desvirtuado tal circunstancia alegada por la actora mediante prueba en contrario. e. En efecto, de la carta documento enviada por la actora a la empresa accionada, fechada el 14 de noviembre de 2013 (fs. 5), se extrae que la trabajadora, procedió a impugnar las sanciones impuestas, precisamente por negarse al uso del uniforme y dio las razones para ello, las cuales se encuentran claramente expresadas: "...3) La sanción atenta contra mi dignidad de trabajador, dado que, como lo he manifestado en reiterados reclamos formulados al encargado Sergio Ciani, la administrativa Viviana Sánchez, y Ariadna López Anaya; la indumentaria de labor femenina que pretende asignárseme –pantalones tipo calzas- está reñida con mi sentido personal de pudor. Se me castiga por mantenerme fiel a ello pese a haber manifestado mi voluntad en contrario. 4) La actitud asumida por la patronal encuadra en un supuesto de discriminación por sexo; dado que para la realización del mismo tipo de labores que el personal masculino se me exige la exhibición de mi humanidad. 5) La utilización por mi parte del otro tipo de uniforme responde también a cuestiones de seguridad y conveniencia las que he formulado oportunamente ante mis superiores. Ello porque manejo dinero que me es dado en pago y al carecer las calzas de bolsillo, no tengo dónde guardarlo ni cómo ejercer cómodamente su custodia por la que debo rendir cuentas..." . f) A todas estas circunstancias

expuestas por la trabajadora, la empresa se limitó a contestar mediante carta documento de fecha 15 de noviembre de 2014 (fs. 6), que "...el uniforme que usted se niega a utilizar se ciñe a las exigencias de la firma Oil Combustibles SA, en cuanto a la indumentaria que debe utilizar el personal que se desempeña en las estaciones de su marca; además de encontrarse nuestra exigencia dentro de las facultades que nos confieren los arts. 64, 65 y cc. LCT atinentes a las facultades de organización y dirección de la empresa. Por último Ud. viene utilizando el uniforme femenino que provee la empresa desde el inicio de la relación laboral y de manera alguna puede Ud. aducir que existe discriminación de ningún tipo...". Es decir, la accionada nada dijo acerca de la situación expuesta por la actora, donde claramente dejó asentado que el uso de calzas atentaba contra su pudor, que hizo reiterados reclamos a las personas por ella citadas, que dicha situación era discriminatoria respecto del personal masculino que usaba otro tipo de uniforme (pantalón) y que además las calzas carecían de bolsillos y le causaba inseguridad a la hora del cobro de los servicios en efectivo. A ello se agregan tres circunstancias fundamentales: (i) Que llegó firme a esta instancia que la accionada no logró probar la causa de abandono invocada; (ii) La escasa actividad probatoria por parte de la empresa. Ello por cuanto en la audiencia de vista de causa (fs. 419), ambas partes desistieron de toda la prueba pendiente de producción, lo que implicó en concreto para la accionada, la renuncia a la absolución de posiciones de la actora, prueba ofrecida y aceptada en autos (fs. 79/83 vta. pto. V-e; 91 y vta. pto 1); y (iii) La demandada tampoco impugnó la pericia psicológica (fs. 366/368) entre cuyas conclusiones puede leerse que la actora presenta en la actualidad secuelas desde lo psico-emocional, al mostrar síntomas de angustia subyacente, ansiedad y malestar frente a situaciones semejantes. A partir de lo cual su autoestima se vio disminuida, al haber la actora quedado sensibilizada al vivenciar situaciones similares a los hechos sufridos. Tales circunstancias son, precisamente las descritas en la demanda, respecto de las cuales, como he adelantado, la accionada no ha logrado desvirtuar mediante prueba en contrario que, en definitiva, pueden resumirse en el hecho de que la trabajadora fue obligada a usar como parte de su uniforme unas calzas que ponían en evidencia sus formas físicas, resultando ello violatorio al pudor de la misma, haciéndola sentir incómoda desde que debía soportar las frases de corte inapropiado proferidas por los varones que transitaban por el lugar, llegando al extremo de arrojarle un objeto desde un auto. 7. Como corolario del análisis efectuado hasta aquí, es mi convicción que, en el marco de la ley 26.485 de protección de la mujer, de acuerdo a las circunstancias particulares y probanzas que he analizado, surge un menoscabo a la Sra. Valdatta por su condición de mujer, por lo que, entiendo de relevancia citar los conceptos vertidos en la causa "Navarro Orta" (sentencia del 06/08/20), luego reiteradas en los autos "Kraus" (sentencia del 01/11/20). En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (sentencias penales "Cruz Caporiccio", "Merlo Lazza", "Quiroga Morales", "Ojeda Pérez", "Vázquez Tumbarello", entre otros entre otros). En dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encuadrados dentro de la violencia de género, destacué la necesidad de que "el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Belem Do Pará", y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer "CEDAW"-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección

integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”. En segundo lugar, señalé que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. A su vez, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve que la reclamada aplicación de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la República. Esto no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto el principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109), según el cual “...Las partes pueden proponer además, cualquier otro medio de prueba que consideren pertinente a la demostración de sus pretensiones...”. En tercer lugar, entiendo oportuno destacar que en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los “derechos de las mujeres”. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente). Ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que “los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]” (art. 16). A mi modo de ver, lo que hace es poner énfasis o reforzar el método de valoración de las pruebas por parte de los Jueces de manera de garantizar acciones positivas respecto del abordaje de tan sensible temática y por ello afirmo que no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que es sabido, que los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Transformándose en un vector necesario para evitar que los órganos jurisdiccionales decisores se aparten en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas. Dicho de otro modo, es el contexto en el que se inserta el

ilícito el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. Desde esta perspectiva, estimo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional –ley n° 26.485–, resulta precisamente en reforzar direccionadamente el método de valoración en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, para lograr desterrar las prácticas nocivas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que tanto daño ha causado por los usos y costumbres de los operadores judiciales. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta positiva para profundizar el análisis desde el enfoque de la vulnerabilidad porque, como bien reconoce valiosa doctrina, la igualdad, como criterio formal de realización de la justicia es hoy un criterio insuficiente porque no permite matizar ni colocarse “en los zapatos de” la persona cuya posición en la sociedad y en la vida resulta fragilizada por circunstancias diversas (Bassett, Úrsula, <https://www.teseopress.com/3congreso2016/chapter/309/>). Poniendo en valor el sentido inculcado en nuestra Constitución Provincial cuando dice, en su art. 7º, ...Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes”. Ahora bien, en estricta relación con sus postulados, y en lo que aquí interesa, considero que ese texto normativo vino a reforzar el “deber jurídico” que pesa sobre todos los operadores del sistema de administración de justicia. Particularmente en el precedente “Ojeda Pérez” (sentencia penal leída el día 22 de agosto de 2019) concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales (“Vázquez Tumbarello” sentencia penal de fecha 10 de diciembre de 2019). 8. En definitiva y en atención a lo expuesto, considero que el rubro “daño moral” correspondiente al art. 1 de la ley 23.592, debe prosperar. Por lo que a continuación procederé a cuantificar el mismo, en aplicación del precedente “Andrade” (sentencia del 01/08/19). a. En el caso “Álvarez” la Corte Suprema resolvió que el despido sin causa de los trabajadores configuró un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales y, en consecuencia, condenó a Cencosud S.A., a reincorporarlos en el empleo en el marco de la ley 23.592 que impone al autor de la discriminación la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización”. Por su parte, el voto de la minoría expresó que en virtud de la libertad

de contratación, ante la negativa del empleador de reinstalar, sólo corresponde reconocer al trabajador el derecho a una “compensación adicional”, igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, es decir, la del art. 245 de esta última con más un año de remuneraciones (art. 182). b. Ahora bien, en el presente caso no resulta aplicable el precedente citado, toda vez que se trata sólo de la cuantificación del daño moral adicional a una indemnización por despido discriminatorio, el que debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (art. 1738 y 1741 del C.C.yC.). c. En ese sentido, ante la configuración de un despido discriminatorio, además de la indemnización tarifada o contractual dispuesta por los arts. 245, 232, 233 de la Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador tiene derecho a acceder a un resarcimiento económico extra contractual adicional, es decir, a la indemnización por daño moral del derecho común, por cuanto las circunstancias propias del despido exceden las consecuencias de la tarifa legal (art. 1 de la ley 23.592, art. 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (CSJN, “Farrel”, 6/2/18, Fallos: 341:29) d. En orden a fijar la reparación suficiente del daño moral sufrido por la trabajadora, considero razonable seguir los parámetros fijados por la doctrina y jurisprudencia en tal sentido. (i) La Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño; y que esta segunda operación debe hacerse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la extensión del resarcimiento, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234/236). Por lo tanto, habré de tener en cuenta en esta labor las pautas previstas por el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación que determina que el monto de la indemnización por daño moral debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas. (ii) La Sala I de este Tribunal, en el fallo N °13-00762753-4/1, “Marino” de fecha 21/12/18, ha dicho que: “El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial” (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 2, p. 641). (iii) En igual sentido esta Corte ha sostenido reiteradamente que “en lo que respecta a su cuantificación, queda librado al prudente arbitrio del juzgador; quien deberá fundamentar la fijación del monto de dicho daño en forma, expresa, clara y completa en cuanto a las razones tomadas en consideración para arribar a una suma, atento a las particulares circunstancias fácticas del caso concreto” (Expte. N° 71.911 - “Fiscal Sánchez, Iván Diego Lesiones”; fecha: 21/12/01, LS 304-253). Por otra parte también se ha afirmado que el daño moral no requiere prueba directa, sino que se infiere presuncionalmente, a partir de la demostración de la situación lesiva, y de las circunstancias atinentes a la víctima, desde que esta clase de daño se infiere del acontecimiento vivido (despido discriminatorio), de por sí negativo para cualquier persona. (iv) A los fines de determinar la satisfacción sustitutiva para compensar el dolor padecido por la actora (art. 1741 C.C.y C.) debe considerarse el valor de algún bien que ponga de manifiesto las preferencias y gustos del trabajador, o alguna constancia que me permitan evaluar el “precio del consuelo”; es decir, encontrar una satisfacción sustitutiva que pudiera

acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure resarcir en alguna medida el daño moral que el siniestro le ha producido (SCJM, "Marino", 21/12/18).

(v) No existe en autos prueba concreta para determinar el "precio del consuelo de la trabajadora", es decir, algún elemento que permita determinar específicamente qué bien o actividad resultaría gratificante para la actora, de manera de poder contar con pautas más específicas a la hora de cuantificar el presente rubro, considero razonable fijarlo en razón de las circunstancias discriminatorias que rodearon el despido y que afectaron la dignidad de la trabajadora, el estado de salud de la misma y la angustia e incertidumbre que produce la pérdida de un trabajo. IV. Por lo expuesto, si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas de Sala, el recurso será admitido. ASI VOTO. SOBRE LA MISMA PRIMERA CUESTION EL DR. MARIO D. ADARO, en disidencia parcial dijo: I. En primer lugar debo destacar que, coincido con la solución propuesta por el Ministro preopinante sobre la procedencia del rubro reclamado en virtud de lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23.592, ley 26.485 y art. 1109 del Código Civil -según expuso la trabajadora en su demanda (fs. 47 vta./51 vta.)- no obstante, me permito realizar algunas consideraciones al respecto. II. De tal modo, la sentencia de instancia rechazó el rubro señalado al estimar que el despido no se había producido por dicha causal sino que, se invocó otra – abandono de trabajo- que no logró demostrar. Que, la actora no demostró acreditar el despido discriminatorio. III. Bajo tal análisis debo resaltar que, si bien la causa que motivó el despido no fue concretamente la actitud discriminatoria de la empleadora no es menos cierto que, la supuesta causa invocada de abandono de trabajo solapó una serie de actitudes que violentaron derechos fundamentales de la trabajadora cuyos detalles han sido reiteradamente descriptas por mis colegas de Sala. 1. Conforme a los hechos acreditados en la causa resulta que, previo a la denuncia de despido por supuesto abandono de trabajo comunicada en fecha 28/11/2013 (fs.13), Florencia Valdatta fue apercibida por no utilizar el uniforme completo obligatorio (fs.03, nota de Oil Asfalia S.A. de fecha 04/06/2013) y luego sancionada con tres días de suspensión ya que se le informó: "que tenía que presentarse a trabajar con el uniforme reglamentario de playera de Oil combustible y usted insiste en presentarse con el uniforme de Oil masculino" (el subrayado es transcritpo, nota de fs. 04, de fecha 07/11/2013). Días después, el día 14/11/2013 la actora impugnó dicha sanción disciplinaria y detalló concretamente cuáles eran los motivos para no utilizar el uniforme impuesto en los siguientes términos que resumiré a continuación: 1. no se comunicó cuál era el agravio que le causaba a la empresa el uso de uniforme masculino en lugar de femenino, en qué manera se resentía la eficiencia de la prestación de labores o la imagen de la empresa, 2. El plazo invocado no era cierto, 3. La sanción atentaba contra su dignidad ya que, al asignársele pantalones tipo calza se atenta contra su sentido personal de pudor, 4. La actitud de la demandada resulta discriminatoria por razón de sexo, 5. La utilización de otro tipo de uniforme responde a razones de seguridad y conveniencia atento a las sumas de dinero que debe resguardar (fs.05). 2. Sobre ello resulta evidente que, el empleador excedió arbitrariamente sus facultades de dirección y organización en tanto, si bien la empresa contaba con la atribución legal de imponer el vestuario que creyera conveniente el límite se encuentra dispuesto por el carácter funcional, los fines de la empresa y las exigencias de la producción y siempre cuidando los derechos personales y patrimoniales del trabajador (art. 65 de la ley de contrato de trabajo). Si bien la empresa legalmente puede imponer el vestuario, ello es ilegal cuando contiene una dimensión diferente para mujeres y hombres, atento a que hoy no existe argumento que justifique esta diferencia. 3. En tal sentido, la trabajadora comunicó los motivos

su decisión de no usar la vestimenta impuesta, cuyos argumentos eran absolutamente razonables y justificados no obstante, la empleadora continuó con su postura carente de toda lógica lo que la convirtió en discriminatoria. 4. Tal como he analizado en causas anteriores (SCJM “Kraus”), no es casual que la víctima del daño sea una mujer. Sobre tales consideraciones tengo dicho en precedente “Montani” (SCJM autos N°13-03668755-4, de fecha 13 de marzo de 2020) que, el derecho de la mujer trabajadora a que sean respetadas sus garantías constitucionales y convencionales, en pie de igualdad con el hombre, exige una mirada con perspectiva de género, bajo el paradigma social que supone que la mujer trabajadora sufre una vulnerabilidad especial que requiere tutela para su no discriminación. a. La desigualdad del hombre y la mujer, construida a partir de patrones socio-culturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. La Convención para la eliminación de la Discriminación de la mujer, (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés) define así la discriminación contra la mujer: “La expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. b. Asimismo, la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Corte IDH. Opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984). c. Cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer, en cualquier ámbito –incluido el laboral-, atenta no solamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino también al referido derecho a la dignidad y a la integridad humana. d. Cabe asimismo resaltar todo el plexo normativo relativo a la prohibición de realizar discriminación e incurrir en actos de violencia, incluidos los ejercidos en razón del género, a saber: a la Constitución Nacional, arts. 14 bis, 16, 19 y 75, incisos 22 y 23; a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 7, 23 y 25; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 26 y cc.; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2,3 y 7; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; a la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención de Belém do Pará; a las Recomendaciones generales n° 19, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); al Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (111); a la ley contra “Actos Discriminatorios”, N° 23.592; a la “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, n° 26.485; a la Ley de Contrato de Trabajo, arts. 17, 75 y 81, “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (N°190), OIT aprobado por el Congreso argentino

el pasado mes de noviembre, y a su Recomendación (n° 206). 5. Aplicados los conceptos al caso de autos, la clave está en determinar que la limitación impuesta por la empleadora era dirigida sólo a la trabajadora por su condición de mujer evidenciando una clara discriminación por razón de sexo, sin otra justificación objetiva y razonable de su decisión. 6. En este contexto resulta necesario evaluar también el rol de las empresas, que deben acompañar un proceso de deconstrucción. Las empresas necesariamente deben adecuarse a los cambios culturales por los que atraviesa nuestra sociedad, so pena de incurrir en la violación de normas que hoy enmarcan nuestra realidad. En este sentido, al ley 26.743 de identidad de género garantiza el respeto por las expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

a. Toda persona tiene derecho a expresarse conforme su identidad, e independiente de cual sea ésta, no debiendo ninguna empresa o entidad restringir estas expresiones sobre la base de mandatos estereotipados y discriminatorios. b. En este sentido, los Principios de Yogyakarta + 10 definen a la 'expresión de género' como la presentación de cada persona del género de la persona a través de la apariencia física - incluyendo vestimenta, peinados, accesorios, cosméticos - y gestos, habla, patrones de comportamiento, nombres y referencias personales, y observando además que la expresión de género puede o no ajustarse a la identidad de género de una persona. c. La expresión de género es entonces la de cada persona y su restricción viola no solo normas legales vigentes como la ley 26.743, sino también compromisos internacionales. Y agrego que, si bien la citada ley de identidad de género constituye uno de los grandes avances del movimiento LGBTTTI y de las mujeres, a fin de obtener el efectivo respeto de sus derechos individuales, el proceso debe ser acompañado de políticas públicas integrales que permitan concretar dicha protección. d. Por ello es que, las empresas deben adaptarse a los cambios culturales también sobre la base de que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos. Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. e. El hecho de haber determinado qué vestimentas eran para varones y cuáles para mujeres tal como fue notificado en nota dirigida a la trabajadora (fs.04) implica desde ya un estereotipo patriarcal tendiente a visualizar a la mujer destacando su cuerpo como instrumento. La imposición de vestimenta claramente sexista importa una cosificación y degradación del cuerpo de Florencia Valdatta. Bajo tal análisis, cuando la empresa obligó a la actora a usar los pantalones tipo calzas para realizar sus labores sin otra justificación que lo avalara y, ella respondió que la vestimenta impuesta por la empresa atentaba contra su pudor, el respeto a su dignidad y libertad debió ser primordial a fin de garantizar la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse conforme a sus convicciones personales.

6. Por todos los argumentos expuestos es que, en la presente causa el reclamo por daño moral fundado en lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23.592 y ley 26.485, se debe cuantificar como adicional a una indemnización por despido injustificado que, debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (art. 1738 y 1741 del C.C.yC.). a. Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano; lo cual no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general, o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño; la que sugiere, caso por caso, su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno (TSJ Sent. n.° 68/86, n.° 37/97,

n.º 30/01, n.º 53/13; entre otras). b. Conforme a ello y, teniendo en cuenta que no han sido acreditados en autos aquellos parámetros que permitan la determinación observo que, la propia trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido, lo que señaló en la suma de pesos \$81.364,53; monto que considero razonable y ajustado a los parámetros jurisprudenciales de esta Sala, a los que remito en honor a la brevedad (SCJM "Carrica" 08/05/2017, "Andrade", 01/08/2019, entre otros). c. A dicho monto deberán adicionarse intereses desde el día 19/02/2015 (fecha de la determinación de la deuda de valor, en la presentación de la demanda) hasta la fecha del efectivo pago del siguiente modo: conforme a la tasa determinada por el Plenario "Aguirre" hasta el 30/10/17, desde ahí conforme la tasa libre destino a 36 meses fijada por el Plenario "Lencinas" hasta la entrada en vigencia de la Ley 9041. d. Al respecto, esta Corte, en el caso "Mamani" tiene dicho que "resulta importante "en una economía inflacionaria, el momento cuando se define la cuantificación económica de los ingresos de la víctima por su actividad laboral y por la disminución de su capacidad para la vida en sociedad, dado que no sería igual el resultado si se toman los ingresos a la fecha del hecho dañoso ocurrido varios años antes que a la fecha de la sentencia. La fórmula no prevé un modo de actualizar o compensar la absorción por la inflación del poder adquisitivo de la moneda. Si no se tiene en cuenta este detalle, se puede arribar a resultados económicamente injustos si en un proceso de larga tramitación se toma el valor de los ingresos al momento del accidente, y al capital obtenido se le aplican los intereses moratorios, por cuanto la suma no será igual si se toman al momento de la sentencia y se aplica el interés autorizado por el Código. Estos detalles se marcan porque conspiran contra los principios constitucionales, en especial, el de acordar un resarcimiento pleno" ("La cuantificación del daño a la integridad psicofísica - social de las personas y el derecho transitorio" - Autor: ALFERILLO, Pascual E. - Editorial: IJ Editores ~ Cita on line: IJ-CXXV-209). e. La liquidación deberá practicarse por Departamento Contable conforme a las pautas determinadas precedentemente, a fin de garantizar el control de la misma por parte de ambos litigantes. A tal fin, las actuaciones volverán al Tribunal de origen. ASI VOTO. Sobre la misma cuestión el Dr. OMAR A. PALERMO, en voto ampliatorio, dijo: 1. Adhiero a la solución que propone el colega que abre el acuerdo en relación a que en la presente causa se acreditó el despido discriminatorio de la Sra. Florencia Micaela Valdatta. 2. En ese sentido y tal como lo evidenció la sentencia en crisis, no existió la supuesta causa de abandono de trabajo que alegó la empleadora, conclusión que habilita a calificar al despido por razones de discriminación, tal como alegó y probó la trabajadora. Así las cosas y ante los hechos acreditados en la causa, es decir, la sanción de suspensión impuesta a las trabajadora el día 7 de noviembre de 2013 (fs. 4) por su resistencia a usar el uniforme dispuesto por la empresa para las mujeres que consistía en unas calzas de un talle menor al que ella usaba, que le resultaba incómodo, contrario a su pudor y la exponía a recibir frases inapropiadas de los hombres que transitaban la zona (fs. 5), sumada al despido sin causa dispuesto por la empleadora el día 28 de noviembre, resultó claro y evidente que el despido respondió a la resistencia a usar el uniforme femenino por parte de la actora. Uniforme que además era diferente al pantalón que usaban los varones que le resultaba más apropiado para el desarrollo de las labores por contener bolsillos que le permitían guardar el dinero de manera segura. 3. Ahora bien, los hechos descriptos evidencian rápidamente una situación de desigualdad y discriminación por la condición de mujer de la trabajadora que imponen una evaluación del contexto en el cual se inscribió la relación de trabajo y de las circunstancias de vulnerabilidad de la trabajadora desde una perspectiva de

género (SCJM, Sala II, “ Kraus”, 10/11/20, “Castillo Orozco”, 25/03/21). Como sostuve en mi voto en el precedente de esta Sala “Krauss”, el desarrollo de la problemática de las mujeres y la desigualdad, en los últimos años, nos ha permitido advertir la invisibilización de prácticas basadas en estereotipos, que resultan discriminatorias. Se impone entonces, una atención mayor para la persona que debe juzgar, alertada de que ciertas desigualdades pueden pasar desapercibidas, para el sistema de justicia y para las personas involucradas (incluidas las partes, sus patrocinantes y la magistratura). Así lo dispone la Convención contra toda forma de Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 5: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará) en su art. 8: “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres (...) para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”. Este esquema normativo nos coloca en la labor de indagar si las condiciones del caso, en concreto el contexto laboral que vivió la actora, requieren de consideraciones especiales o medidas de protección que mitiguen la situación de desigualdad por razones de género en las que se puede ver involucrada una persona. Además implican una tarea interpretativa de los hechos y las pruebas que reparen en el contexto, en las condiciones de particular vulnerabilidad o discriminación, en la existencia de vínculos de poder entre las personas involucradas, en la existencia de discriminaciones múltiples, en el análisis de si las normas aplicables responden a estereotipos sexistas y tienen un impacto diferenciado para la persona y para el contexto. También suponen una mirada de la normativa que garantice mejor el derecho a la igualdad, que resuelva las asimetrías de poder o desigualdad estructural, que repare en las medidas de acciones positivas disponibles, etc. Es decir, analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos. 4. Trasladados estos conceptos al caso bajo análisis advierto que se configuraron hechos y situaciones que colocaron a la trabajadora en una situación de vulnerabilidad y discriminación por razones de género. Recordemos que fue obligada a usar un uniforme que tenía calzas que le resultaban incómodas, afectaban su pudor y la exponía a recibir frases inapropiadas relativas a su contextura física por parte de hombres que andaban por la zona. Además era diferente al pantalón que usaban los varones que a ella le resultaba más cómodo y apropiado para realizar sus labores ya que constaba de bolsillos para guardar el dinero de manera segura, razón por la cual ella solicitaba el uso del uniforme masculino. Ese conflicto desencadenó que la empleadora impusiera sanciones, negación de tareas y posterior despido (fs.3/16), afectando gravemente los derechos laborales de la trabajadora. 5. Así las cosas, corresponde traer al análisis un enfoque de igualdad como no sometimiento que implica indagar sobre los patrones culturales y económicos sociales que informan la construcción genérica de las personas, mediante la afirmación de comportamientos diferenciados de acuerdo con el sexo y el impacto diferencial que producen en las oportunidades laborales de mujeres y varones. Estos patrones

cimientos relaciones de poder asimétricas entre los sexos, en cuyo extremo más débil se encuentran las mujeres (Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. Lecciones y Ensayos, (89), 2011, p.279-298. Pautassi, 2011). El principio de no sometimiento, permite abordar las situaciones de discriminación y violencia experimentadas por las mujeres a partir de un análisis del contexto y de los estereotipos. Es decir, comprender que no responden a hechos aislados o desarticulados entre sí, sino que constituyen manifestaciones de la opresión que modula los vínculos sociales sexo-genéricos, en contextos históricos determinados. En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Sisnero" avanzó en el reconocimiento del carácter estructural de la discriminación contra las mujeres en los ámbitos laborales privados (Fallos 337:611).

6. Bajo esta perspectiva entiendo que la Sra. Valdatta sufrió un contexto de violencia y discriminación en su trabajo por su condición de mujer, en tanto fue obligada a usar calzas que afectaban su pudor y su dignidad y a raíz de ello recibió un trato inapropiado por parte de hombres que transitaban por el lugar y ante su resistencia justificada y razonable a usar el uniforme femenino y su reclamo de usar el masculino fue sancionada y despedida. Además sufrió un trato desigual y discriminatorio en relación a sus compañeros varones a los cuales se les permitía usar el pantalón con bolsillos más apropiado y seguro para el desarrollo de las tareas que a ella se le negó por la única razón de ser mujer. El trato desigual en relación a sus compañeros varones, a los cuales sí se les permitía el uso del pantalón, corresponde a un sometimiento basado en estereotipos que autorizan a poner a la mujer en un lugar de cosificación, como objeto de atracción de clientes, razón por la cual se les asigna un uniforme que exponga sus cuerpos, a pesar de que el mismo afecte su dignidad y el desarrollo de las tareas. En conclusión resulta evidente que la Sra. Valdatta sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de su dignidad y de su estado psico-emocional (pericia de fs.366/368), además de angustia y preocupación por la pérdida del trabajo.

7. Por lo expuesto corresponde hacer lugar al rubro daño moral establecido en el art. 1 de la ley 23.592 que reclama la actora, solución que además se enmarca en los principios de la ley 26.485 orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres. ASÍ VOTO.- SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo: V. Atento al resultado arribado en la Primera Cuestión, y lo dispuesto por el art. 150 del C.P.C.C.yT., corresponde la anulación parcial de la sentencia dictada a fs. 421/430 vta. de los autos N° 152.510, caratulados: "Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia SA p/ despido", originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial.

1. En virtud de lo expuesto en la primera cuestión y de lo que ha llegado firme a esta instancia extraordinaria, corresponde fijar el daño moral sufrido por la trabajadora teniendo en cuenta la afectación de su dignidad producida por haber sido obligada al uso de calzas, lo que provocó que debiera soportar frases inapropiadas por parte de los varones que transitaban por el lugar. Ello marcó una notoria diferencia respecto del uniforme que era exigido al personal masculino, además de la angustia e incertidumbre que debió padecer en relación al futuro de su situación laboral.

2. Así, de acuerdo a las circunstancias personales de la damnificada y siguiendo un criterio de razonabilidad, estimaré el monto por daño moral en la suma de \$ 150.000. Si bien y como se advirtió precedentemente, en autos no existen datos que permitan conocer el llamado doctrinariamente "precio del consuelo" que representaría para la víctima el monto otorgado por este concepto; puedo señalar, a modo de ejemplo, que la suma condenada resultaría suficiente para que la recurrente pudiera realizar un pequeño viaje reparador, comprar algún bien o realizar salidas

de esparcimiento que le permitan compensar los padecimientos sufridos. (autos N°: 13-00764273-8/1, "Cruz", 01/10/18). 3. Finalmente, con respecto a los intereses que debe devengar el monto de condena, es criterio sentado por esta Corte que cuando se realiza una estimación de los daños al momento de la sentencia, es de suyo que la reparación de los rubros reconocidos han sido establecidos en montos actualizados, por lo que hasta ese momento lo único que debe reconocerse, son los intereses de la Ley 4087, previstos para cuando se trate de montos que reflejen valores actualizados (L.S. 265-78). 4. En conclusión deberán determinarse los intereses hasta la fecha de la sentencia que aquí se modifica, 20/07/20, conforme lo determina la Ley 4087 y desde el 21/07/20 hasta el efectivo pago conforme a la tasa que determinó la sentencia de grado. 5. La liquidación deberá practicarse por Departamento Contable conforme a las pautas determinadas precedentemente, a fin de garantizar el control de la misma por parte de ambos litigantes. A tal fin, las actuaciones volverán al Tribunal de origen. ASI VOTO. Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo: VI. Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde imponer las costas a la recurrida por resultar vencida (art. 36 ap. I del C.P.C.C. y T.). ASI VOTO. Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: S E N T E N C I A: Y VISTOS: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, R E S U E L V E: 1°) Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 19/24 contra la sentencia glosada a fs. 421 y sgtes. de los autos N° 152.510, caratulados: "Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia SA p/ despido", originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial. En consecuencia, la parte dispositiva deberá incluir la condena por el rubro "daño moral", por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000), con más los intereses establecidos en la Segunda Cuestión de los presentes hasta la fecha del efectivo pago. 2) Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrida vencida (arts. 36 del C.P.C.C.yT.). 3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Analía Bittar en el doble carácter (art. 33 inc. 3 del CPCyT), en el 13%, o 10,4%, o 7,8% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma. 4) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Antonio Esteban Sánchez y Eduardo Sánchez Seijas en conjunto, en el 9,1%, o 7,28%, o 5,46% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma. 5) Las regulaciones precedentes no incluyen el IVA, monto que -en su caso- deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de los profesionales beneficiarios frente al citado tributo (CS expte. 4120/200002 "Carinadu SA c/. Banco de la Provincia de Buenos Aires", 02/03/2016). 6) Remitir la causa a la Cámara de origen, a fin de que se practique liquidación por Departamento Contable (SCJM, Sala I, caso "Báez"), teniendo en cuenta lo determinado en la Segunda Cuestión. NOTIFIQUESE.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

DR. MARIO DANIEL ADARO Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO Ministro