



CHOFERES DE COLECTIVO

Desigualdad y discriminación en razón del género

Carrera: Abogacía

Nombre y Apellido: Azucena Del Valle Avila

Legajo: VABG59112

DNI: 17.987.162

Tutor: Mirna Lozano Bosh

“Borda, Erica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/acción de amparo”.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo-Sala II
(11/10/2018)

Año 2021

Sumario: I. Introducción - II. Premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal - III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia - IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales - V. Postura del autor - VI. Conclusión. -VII. Bibliografía.

I. Introducción

En esta nota a fallo se hará especial hincapié en la discriminación que sufren las mujeres dentro del ámbito laboral. En razón de ello, es menester mencionar que los derechos de las mujeres se encontraron reforzados con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos que fueron investidos con jerarquía constitucional. De tal modo, los principios de igualdad y de no discriminación en razón del sexo se encuentran contemplados en nuestra Carta Magna a través del art. 75 inc. 22, art. 14 bis, art. 16. Asimismo, se destacan la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante “CEDAW”, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Belem do Pará y la ley Nacional de Protección Integral a las Mujeres N°26.485.

En sintonía con lo mencionado *ut supra*, adentrándonos en el ámbito laboral la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, establece que su objetivo fundamental es “promover las oportunidades para que tanto los hombres como las mujeres puedan acceder a un trabajo digno y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana”.

En consecuencia, en la presente nota a fallo se analizará el caso jurisprudencial “Borda, Erica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/acción de amparo” dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo-Sala II (11/10/2018), poniendo énfasis en la necesidad de incorporar la perspectiva de género en las

resoluciones judiciales con la finalidad de eliminar la discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral, la que responde conforme a lo estereotipos y prejuicios formados por estructuras patriarcales.

En los autos la actora, la Sra. Borda, interpuso una acción de amparo por discriminación en razón del género fundada en los arts. 43 de la Constitución Nacional, en adelante CN, y art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, al ver vulnerado su derecho al trabajo como chofer. Habiendo demandado en forma conjunta a las empresas Los Constituyentes SAT; Transporte Avenida Bernardo Ader S.A. y Transporte Escalada SAT.

Así las cosas, la importancia que reviste esta causa se refleja en que deja traslucir la exclusión de hecho que las mujeres sufren en el mercado laboral, siendo en este caso la labor de choferes de colectivos. En el caso la Cámara, juega un papel trascendental por tomar medidas de acción positiva y garantizar la igualdad real de oportunidades y trato. Pues, en su resolución ordena a las empresas demandadas a que confeccionen un Protocolo de Buenas Prácticas para la selección de personal con perspectiva de género.

Dentro del fallo en análisis se destacan dos tipos de problemas jurídicos, primeramente, se identifica un problema de relevancia, es decir aquellos vinculados con la identificación de la norma aplicada al caso (Moreso y Vilajosana, 2004). Queda de manifiesto ya que con anterioridad a la resolución de la Cámara no existía dentro del sindicato de choferes una ley que regule un cupo mínimo de empleadas mujeres que ejercieran la labor de choferes.

Consecuentemente, la actora reclama en términos colectivos la revisión de las políticas de contratación de las empresas y que se establezca un sistema de cupos que permita equiparar la situación de las mujeres históricamente relegadas de los puestos laborales de chóferes de transportes de pasajeros para que cesen las prácticas discriminatorias. En razón de ello, los

magistrados deben resolver si provisoriamente corresponde la aplicación por analogía de la Ley 25.674 que dispone un cupo mínimo del 30% para “la representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales”.

Paralelamente, se distingue un problema de índole axiológico que se presentan cuando existe un conflicto entre principios en un caso concreto, o una contradicción entre una regla de derecho con algún principio superior del sistema (Dworkin, 1989). Pues, en el caso el Sr. Juez *a quo*, desestimó la pretensión individual deducida por la Sra. Borda, pues consideró que no podía condenar a ninguna de las demandadas a que la contrataran desestimando así la discriminación por género, entrando en colisión con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 16 y 75 inciso 22 de la CN.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal.

El caso tiene su inicio tras una demanda presentada por la Sra. Borda, quien se sintió discriminadas en varias postulaciones para la labor de chofer de colectivo, pues siempre era rechazada. En razón de ello la actora -contemplada por los arts. 43 de la CN y 25 de la CADH-, interpone una acción de amparo por discriminación por género contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y las empresas Los Constituyentes SAT; Transportes Avenida Bernardo Ader S.A. y Transporte Escalada SAT.

En su petitorio incluyó dos pretensiones. Una individual en la que reclamó la protección de su derecho subjetivo a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana. Otra de carácter colectivo donde, por un lado, reclamó que las empresas readecuen sus políticas de selección y contratación del personal de forma tal que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres. Por otro lado, sostuvo la necesidad de establecer un

sistema de “cupos” que permita equiparar la situación de las mujeres históricamente relegadas de los puestos laborales de chóferes. Asimismo, incluyó un reclamo al Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social para que cesara la vigencia del CCT 460/73.

En su defensa las demandadas adujeron que el proceso de selección de personal era llevado a cabo por una consultoría encargada del proceso de evaluación. Destacaron que el hecho de que la mayoría de los contratados eran varones respondía a que eran “casi los únicos quienes se [habían] postulado para desempeñar esa tarea”. Por su parte, vale resaltar que Transporte Escalada SAT reconoció que Borda se había presentado en la empresa para postularse como chofer y que la razón por la que no se la contrato no respondía a una discriminación, sino a que no se requerían conductores en ese momento. Finalmente, el Ministerio de trabajo, empleo y seguridad de la Nación negó que el Estado Nacional tuviera una actitud complaciente con el *statu quo* en materia de no contratación de mujeres para la conducción del autotransporte.

En una primera instancia, el *a quo* dictó sentencia e hizo caso omiso a la pretensión individual de Borda, ya que entendió que no podía condenar a ninguna de las demandadas a que la contrataran, en la medida en que no había sido acreditada en la causa la “idoneidad”. Respecto del reclamo colectivo, ordenó a las empresas demandadas a confeccionar un Protocolo de buenas prácticas en la selección de personal en la que debía contemplarse la cuestión de género. Sin embargo, rechazó el pedido de des homologación. Esta resolución fue apelada por Borda en un planteo recursivo que llevó a que la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo conozca en los autos.

Así las cosas, la Cámara resolvió el caso y revocó -en lo principal- la sentencia impugnada. Así, ordenó a las codemandadas a cesar la discriminación por género. Por lo que, las obliga a considerar la postulación de la Sra. Borda en la próxima vacante como chofer de

colectivo debiendo evaluar la idoneidad de la mujer conforme a criterios objetivos ajenos a toda discriminación por género. Asimismo, las sentenció a que confeccionen un Protocolo de Buenas Prácticas y a que cubran un cupo mínimo del 30% para las mujeres que deseen ser choferes de colectivo. Finalmente, ordenó a los Poderes Ejecutivos y Legislativos a que adopten medidas apropiadas para revertir la discriminación por género.

III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia

Para dictar su sentencia y así resolver los problemas jurídicos, la Cámara Nacional de Apelaciones esgrimió los siguientes fundamentos. En cuanto a la cuestión de la discriminación sufrida por Borda y, su consecuente colisión con principios constitucionales, la Cámara fundó su pronunciamiento en nuestra CN, ya que los arts. 16 y 75 inc. 23 e inc. 22 obligan a respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación. Adentrándose en la protección hacia la mujer, dejo de resalto la Cámara que la República Argentina se suscribió a ciertas obligaciones internacionales como la CEDAW que reza que los Estados partes "...deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito (...)" La Convención de Belem do Pará, por su parte establece que los Estados tienen el deber "...de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" (art. 7º inc. e). Finalmente, refirió que los principios constitucionales no solo representan una obligación para el Estado, sino también para los particulares. Sostuvo este argumento con el fallo "Kot" (05/09/1958) donde la CSJN remarcó que nada hay en la letra ni en el espíritu de la constitución

que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ esté circunscripta a los ataques que provengan solo de autoridad pública.

Asimismo, es válido mencionar que, con sustento en la doctrina de Roberto Saba (2016), la Cámara enfatizó en la igualdad estructural que éste menciona, así sostuvo que la ley persigue evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos en una sociedad. A diferencia de la noción de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado sobre prejuicios), la versión de la igualdad como no sometimiento refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginal. De allí que entiende que la desigualdad debe tratarse desde un punto de vista sociológico donde son las mujeres las que pertenecen a este grupo marginal desplazado y que ello se resolvía con una fuerte intervención del Estado que se traducía en “obligar a contratar”.

En cuanto al problema de relevancia resolvió aplicar de manera análoga la ley en materia sindical N° 25.674 que reza “la representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del 30%, cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores”. Asimismo, dejó de resalto que la solución planteada respecto del porcentaje establecido reconocía como antecedente inmediato la ley 24.012. De tal modo, sostuvo que esa sería una medida provisoria para frenar inmediatamente la discriminación por género respecto del acceso de las mujeres a la conducción de colectivos de transportes público de pasajeros, hasta que las autoridades ejecutivas y legislativas establezcan una reglamentación específica para compensar las ilegítimas desigualdades. Finalmente, refirió que tal solución era compatible con la libertad de contratar de las empresas, reconocida en el art. 14 de la CN, la cual debe ser ejercida en forma razonable y, por ello, no puede oponerse, de manera infundada y arbitraria, a la garantía de igualdad y no

discriminación -CN, Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional-. Esto último también fue ponderado en el caso “Álvarez” (7/12/2010) dictado por la CSJN.

IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo dictó sentencia y resolvió los problemas jurídicos. Sobre el axiológico entendió que la sentencia del a quo había hecho caso omiso a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. Respecto del de relevancias sostuvo que correspondía aplicar de manera análoga el cupo del 30% que establece la Ley 25.674. Así las cosas, se desarrollarán antecedentes sobre la temática.

En cuanto los principios en el derecho es válido mencionar que éstos son orientadores para los operadores jurídicos, tanto en jurisprudencia como en legislación (Cafferatta, 2004). Así, el principio de igualdad y no discriminación en razón de las mujeres fue un tema importante en la agenda de la comunidad internacional. En 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la CEDAW, reafirmando la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. Asimismo, reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo (Medina, 2018).

Sin embargo, amén de estar contemplados y de haberse “feminizado” el mercado del trabajo no implica la desaparición de las condiciones de discriminación ni de las dificultades que se les presentan a las mujeres incorporarse al trabajo extra doméstico (Álvarez de Lara, 2010).

Cuando los estereotipos de género operan para establecer jerarquías de género y asignar categorizaciones peyorativas o desvalorizadas a las mujeres, tienen efectos discriminatorios. Pues, cuando se utilizan estereotipos para realizar distinciones, exclusiones o restricciones cuyo propósito o consecuencia es afectar o anular el reconocimiento, disfrute, o ejercicio de derechos de las mujeres. La existencia de estos prejuicios y estereotipos influye en el modo en el que las instituciones reaccionan frente a la violencia contra las mujeres. Por ello, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales como medida específica para atender la violencia de género (Asensio, 2010). De lo mencionado se desprende la necesidad de aplicar la perspectiva de género en las resoluciones judiciales ya que ello contribuye a “la efectivización de los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres a la par que importa el aseguramiento del adecuado acceso a la justicia a aquéllas” (Casas, 2014, pág. 3).

La jurisprudencia se ha pronunciado frente a la vulneración de los principios de igualdad y la prohibición de discriminación que sufren las mujeres. Así, la CSJN en el precedente “Sisneros” (20/05/2014) donde una mujer demandó a siete empresas operadoras de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta ante la no incorporación de mujeres como conductoras, sostuvo que quedaba demostrado que Sisneros había sido discriminada en razón de su género dejando de relieve que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias. En el ámbito internacional, La Corte de EE.UU en el caso ‘Mississippi University for Women v. Hogan’ (1982) dejó de resalto que la justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de

estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres .

La resolución al conflicto de discriminación considerando que sí corresponde aplicar de manera análoga de la ley en materia sindical N° 25.674 tiene un antecedente en la ley N° 24.012. Pues esta también hacía referencia a un cupo del 30 % en las listas de postulantes que se presentarán para las elecciones nacionales. Así, la ley exterioriza el compromiso constitucional con la igualdad y fue determinante para la sanción de la ley 27.415 que estableció la “Paridad de género en ámbitos de representación política”. Al respecto de las medidas de discriminación inversa en favor de las mujeres como las aplicables en las denominadas “ley de cupo” parte de la doctrina entiende que éstas deberían ser hoy innecesarias dado el reconocimiento y jerarquía constitucional de los principios de igualdad y no discriminación (Medina, 2018).

V. Postura de la autora

A lo largo del análisis se ha evidenciado lo dificultoso que es para las mujeres insertarnos en un mercado laboral donde debemos luchar contra prejuicios y estereotipos de género. Siendo así víctimas de violencia y discriminación, pues se entraña un problema en la sociedad por la dominación patriarcal en la que se vive, donde los valores se inculcan en prejuicio del género femenino, siendo ellos trasladados al ámbito laboral. En este caso concreto siempre hubo un estereotipo de género que ha excluido a las mujeres históricamente del oficio de chofer de colectivos. De aquí que entiendo primordial la aplicación de la perspectiva de género en las resoluciones donde se ponga en tela de juicio la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación de las mujeres, ya que no solo se da una respuesta positiva de forma individual - en el caso juzgado- sino que se trasmite un mensaje a la sociedad en su conjunto que sobre la

intolerancia a los maltratos y discriminación hacia las mujeres, e incluso su ineludible reparación en el caso que acontezcan (Medina, 2018).

Entonces, considerando que la discriminación laboral atenta contra el progreso económico acentuando las desigualdades sociales urge la necesidad de implementar campañas tendientes a lograr las metas progresivas de cumplimiento del cupo femenino y programas que faciliten la incorporación de la mujer a las distintas actividades y tareas laborales para lograr reducir las disparidades genéricas en el mercado laboral. Es necesario generar un cambio en la mentalidad social, lo cual no se logra con normas sino a través de la práctica cotidiana que implique un cambio de paradigma en contraposición al actual trabajador ideal, masculino y sin obligaciones familiares (Amarante, 2016).

En lo que respecta al ámbito judicial si entiendo necesario reforzar la capacitación -ya prevista en la ley Micaela N° 27.499- en materia de género y violencia contra la mujer para los poderes del Estado. Pues entiendo que solo a través del conocimiento en la materia los operadores jurídicos pueden arribar a sentencias justas y que hagan una realidad el adecuado acceso a la justicia para las mujeres. De haber sido así el caso hubiera sido resuelto en una primera instancia sin entrar en gastos procesales innecesarios, pues los magistrados de la Cámara Nacional dejaron evidenciada su capacitación y no hicieron caso omiso a la discriminación sufrida por Borda e incluso tomaron medidas de acción positiva respecto del reclamo colectivo. Así manifiesto mi acuerdo con el resolutorio sobre el problema jurídico de relevancia pues de esa forma se asegura al menos un cupo mínimo del 30% de mujeres conductoras en las empresas demandadas rompiendo así la desigualdad estructural a la que se refería la Cámara y tomando una medida positiva desde la intervención del Estado.

V. Conclusión

En el caso Borda presentó un amparo por discriminación por género contra tres empresas de transporte, en el cual reclamó la protección de un derecho subjetivo a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo e incluyó una pretensión colectiva para que las empresas demandadas readecuen sus políticas de selección y contratación de personal de forma tal que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres y establecieran un sistema de “cupos”.

En razón de ello la Cámara Nacional de Apelaciones debió resolver dos problemas jurídicos, uno axiológico -respecto del principio de igualdad y no discriminación- y otro de relevancias -sobre si correspondía aplicar de manera análoga la ley 25.674-. Tras haber analizado la plataforma fáctica del caso, la Cámara se pronunció ordenando a las demandadas a cesar de manera inmediata la discriminación por razón de género y contratar personal femenino hasta tanto se alcance el porcentual establecido (30%). Asimismo, tuvo por probado que la sentencia del *a quo* colisionó con principios constitucionales en perjuicio de Borda por lo que obligó a las demandadas a considerar su postulación en la próxima vacante como chofer de colectivo debiendo evaluar la idoneidad de la mujer conforme a criterios objetivos ajenos a toda discriminación por género.

En el análisis ha quedado evidenciado que el mercado laboral para las mujeres se presenta de manera reducida y que los estereotipos de género se impregnan en el mismo. Pues la discriminación ejercida por las empresas demandas reproducen estereotipos de género que históricamente asocian a las mujeres con otro tipo de trabajos. Lo que también fue considerado por la Cámara como una desigualdad estructural que responde a prácticas sociales y que generan desventajas en el “grupo” de las mujeres, pues son ellas las que quedan “sometidas” en las limitaciones del mercado laboral.

La sentencia se encuentra en sintonía con los estándares internacionales vigentes que tienen como objetivo erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres. Así deja sentado un precedente en la materia y una solución inmediata para cesar la discriminación en razón del género.

Bibliografía

VI. Doctrina

Álvarez de Lara, R. M. (2010) *Democracia y derechos de las mujeres. Género y derecho*. México, Popocatepetl.

Amarante, A. (2016). *La discriminación por género como una forma de violencia laboral*. Revista Microjuris Argentina.

Asensio, R. (2010). *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*. 1a ed. - Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Cafferatta, N. A., (2004). *Introducción al derecho*. México.

Casas, L, J. (2014). *Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa A propósito del fallo “XXX s/ homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf>

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel S.A.

Medina, G. (2018) *Juzgar con Perspectiva de Género ¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?* Recuperado de [Doctrina3804.pdf \(pensamientocivil.com.ar\)](#)

Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, ES: Marcial Pons.

Saba, R. (2016) *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* Buenos Aires: ed. Siglo XXI

VII. Legislación

Constitución de la Nación Argentina- Boletín Oficial 23 de agosto de 1994.

Ley N° 26.485, (2009). “Ley de Protección Integral a las Mujeres.” (BO 14/04/2009).

Gobierno Argentino.

Ley N° 23.179, (1985). “Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia las Mujeres”. (BO 8/05/1985)

Ley N° 24.632, (1996). “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” 632 “Convención Belem do Pará”. (BO 1/04/1996)

Ley N° 25.674, (2002). “Asociaciones sindicales”. (BO 06/11/2002)

Ley N° 23.054, (1984). “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. (BO27/03/1984).

OIT, (1998). “Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo” (BO 18/06/1998)

VI.3 Jurisprudencia

CSJN (1958). “Kot, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares”. (05/09/1958)

CSJN (2010). "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo" (07/12/2010)

CSJN (2014) “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva SRL y otros si amparo" (20/05/2014)

C.N.A.T Sala II (2018). “Borda, Erica c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seg. Social de la Nación) y otros s/acción de amparo”. (10/11/2018)

Corte de EE.UU en el caso 'Mississippi University for Women v. Hogan' (1982)