

El desafío de la mujer trabajadora en la etapa precontractual

por **GLORIA MARINA PASTEN DE ISHIHARA** ⁽¹⁾

I | Introducción

El presente trabajo tiene el fin de reflexionar acerca de una temática que en los últimos tiempos adquirió particular relevancia. Consiste en examinar el desafío que enfrenta la mujer trabajadora en el marco de las relaciones laborales en la etapa precontractual o de selección para acceder a un empleo frente a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y la libertad de contratación.

2 | La igualdad jurídica

Consagrada en el art. 16 CN, la Corte Federal ha expresado desde antiguo, en orden al principio señalado, que todas las personas tienen derecho a igual tratamiento en igualdad de circunstancias, y que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según sus diferencias, sin que exista impedimento alguno para que se contemplen distintas situaciones cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases de personas. Pues considera que la igualdad constitucional debe ponderarse

.....
(1) Jefe de Trabajos Prácticos y Adjunta Interina de grado y posgrado, Facultad de Derecho, (UBA).

a la luz del objetivo preeminente de la Constitución Nacional: el bienestar general, que significa concebir la justicia en su más alta expresión.⁽²⁾

Por supuesto que estos enunciados no implican en modo alguno el derecho de todos los habitantes a que no se realice ningún tipo de diferenciación, pero de existir, tal diferenciación debe responder a pautas objetivas. Se inscribe, en definitiva, en lo que se conoce como “igualdad ante la ley sin discriminaciones arbitrarias”. En este contexto, la Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 81, expresa que se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en sexo, religión o raza, no así cuando el trato diferente responda a causas objetivas.

La doctrina ha expresado que en realidad el art. 16 CN consagra la igualdad jurídica de amplio alcance, y que existe ante y entre los particulares y el Estado, aspecto que se observa en numerosos fallos dictados por la CSJN, donde el control se ha limitado exclusivamente al texto de la ley y respecto del cual, aun cuando se otorgó respuesta a las exigencias igualitarias del art. 16 CN, se ha señalado con enfoque crítico constructivo que, de esa forma, se han recortado las riquísimas posibilidades de la aplicación del principio.⁽³⁾

En síntesis, y en líneas sumamente generales —y hasta parcializadas—, es lo que tradicionalmente hemos aprehendido del principio de igualdad ante la ley.

No obstante, en la actualidad, este principio —anudado a la dignidad de la persona humana como valor fundamental, prohibiendo así la discriminación arbitraria— debe ser analizado en la acepción reseñada a la luz de la reforma constitucional del año 1994 y del bloque federal formado por tratados y convenciones internacionales (art. 75, inc. 22), por cuanto la igualdad ante la ley, junto a la prohibición de no discriminar, se encuentran consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Internacional sobre

.....
(2) CSJN, “González de Delgado Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, G.653.XXXIII, 19/09/2000.

(3) KIPER, CLAUDIO M., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Bs. As., Hammurabi, 1998.

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; debe recordarse, además, que los derechos sociales y la protección a la persona trabajadora quedaron definitivamente establecidos en nuestra Constitución Nacional al incorporarse el art. 14 bis, cuya finalidad, además de la protección del trabajo en sus diversas formas, se dirige a la protección de su dignidad, condición con la cual los seres humanos nacen, y es de su propio patrimonio y la razón de ser de los derechos humanos fundamentales.

De tal suerte, principios esenciales como el que nos ocupa se revitalizan y adecuan al grado de madurez de una sociedad que exige nuevas respuestas a nuevos interrogantes y exigencias, todo lo cual promueve la evolución del derecho hacia la justicia social.

3 | La igualdad como no exclusión

Una noción que se abre camino a partir de opiniones de calificados doctrinarios que han hecho un notable ejercicio al releer nuestra Constitución Nacional, parte de considerar que el concepto de igualdad, desde la visión individualista propia de una constitución de neto corte liberal, gira en torno a la igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio tiene su raíz en un proyecto de decreto elaborado por Mariano Moreno en 1810, quien construyó la idea de igualdad entendida como inexistencia de sometimiento, refiriéndose de esta manera al que padecían los esclavos y esclavas, pensamiento que, naturalmente, no se separó de la idea de libertad propia de las personas.

Entonces, frente al concepto tradicional de igualdad como no discriminación o no sometimiento, surge otra visión⁽⁴⁾ que es interpretar el principio de igualdad ya no sólo como igualdad jurídica y de no discriminación, sino además como de no exclusión o desigualdad estructural donde se considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero integrante de un grupo sistemáticamente excluido y que puede colegirse de una lectura del art. 16 a la par del art. 75, inc. 23, que consagra las acciones positivas. La primera nos protege frente a la arbitrariedad, a la irracionalidad, pero no contempla situaciones de desigualdad que no

(4) SABA, ROBERTO, "(Des)igualdad Estructural", en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Bs. As., UCES, 2004, pp. 479/514.

se funden en esos parámetros. La segunda es la consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad que, si bien poseen derechos y podría hasta decirse que no existen normas que los excluyan, son excluidos sistemáticamente por comportamientos sociales o estereotipos creados históricamente. La relectura del principio de igualdad se dirige a revertir prácticas sociales y de perpetuación de situaciones de inferioridad no solo respecto de la persona individualmente considerada, sino respecto de grupos que, producto de una cultura, han sido históricamente relegados. Estas razones conducen a señalar que el concepto de igualdad, entendido como no discriminación, ensamblada con la idea de que la igualdad ante la ley también es aquella dirigida a la no exclusión de grupos minoritarios —niños y niñas, mujeres, personas mayores y con discapacidad—, respecto de los cuales el art. 75, inc. 23 ordena al Congreso legislar y promover acciones positivas que garanticen la igualdad real de trato y de oportunidades.

4 | La libertad de contratar

La libertad de contratar es un derecho implícito que deriva del art. 14 CN. Consiste en el derecho de las personas para celebrar contratos y determinar con quien hacerlo, establecer su contenido, las condiciones y limitaciones, pues gira en torno a la autonomía de la voluntad. Es un derecho fundamental que ocupa un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico. No obstante, encuentra límites en función de la libertad y del derecho de las demás personas (arts. 19 y 28 CN). Puede ser afectado con la intervención estatal en la vida y el desarrollo del contrato una vez celebrado o con la eventual obligación de contratar o de imponerle personas con las cuales se ha de contratar, supuesto este último donde me detendré.

En el sentido apuntado, la Corte Federal limitó este derecho⁽⁵⁾ señalando la posibilidad de restringirlo más intensamente cuando suceden emergencias sociales y laborales, y convalidó normas sancionadas en diferentes épocas que imponían a empresarios la obligación de contratar personas trabajadoras en virtud de la desocupación que afectaba, por ejemplo, al sector de artistas de variedades, medida que fue y es objeto de

(5) CSJN, "Cine Callao s/ interpone recurso jerárquico c/ Resolución dictada por la Direc. Nac. Serv. Empleo", Fallos: 247:121, 22/06/1960.

cuestionamientos en el sentido de que las imposiciones estatales resultan irrazonables cuando no se contemplan los efectos que esas políticas pueden producir sobre las mismas personas que se quiere proteger.⁽⁶⁾

Este aspecto guarda relación con la ley 23.592, dictada para repeler la discriminación, y con la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres a la que haré referencia en los párrafos siguientes.

5 | El principio de igualdad y de libertad de contratar

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente se ha pronunciado en torno a estos principios aunque en el ámbito de un contrato de trabajo. Hago esta aclaración para recordar que el presente artículo se encuentra dirigido a la problemática que surge respecto de la mujer trabajadora en la etapa previa a formalizar un contrato de trabajo.

Respecto de la libertad de contratar, en el caso “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ Acción de amparo”,⁽⁷⁾ el más Alto Tribunal se expidió acerca de la aplicación de la ley 23.592 a una relación de trabajo privada y si la reinstalación conforme el art. 1º de la norma citada era compatible con los derechos de la empleadora demandada sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 CN, observando que en tales cuestiones confluían el principio de igualdad y prohibición de discriminación, cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos sobre la ley 23.592 sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar. Acerca del principio mencionado, señaló que se ha visto reafirmado y profundizado por el derecho internacional de los derechos humanos y los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional desde 1994, sumando a lo anterior el contenido material del Convenio 111 OIT, poniendo de resalto que el principio de igualdad y prohibición de discriminación alcanzó actualmente un nivel de máxima consagración y entidad. Pertenece al *jus cogens*,

(6) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2003.

(7) CSJN, “Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo”, Fallos: 333:2306, 07/12/2010; CSJN, “Cejas, Adrián Enrique c/ Fate SA s/ Juicio sumarísimo”, C.823.XLVI, 26/03/2013.

puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional aplicable a todo Estado, acarreado obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a los Estados y a los particulares, pesando sobre el Estado la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de las personas trabajadoras en las relaciones laborales privadas ni permitir que los empleadores violen sus derechos.

Con relación a la libertad de contratar del empleador, e invocando diversos fallos emanados del propio Tribunal, indicó que cuando entre en conflicto la libertad contra la opresión de la persona trabajadora, esta última debe prevalecer sobre aquella porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo, siendo ese el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental, así como también que el fundamento de la solución que reposaba en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las exigencias éticas económicos-sociales de la colectividad a la que es aplicable.

De tal suerte y del modo que postulaba Ronald Dworkin,⁽⁸⁾ nuestra Corte Federal estableció una ponderación de los principios en juego otorgando prioridad al que tutela la libertad contra la opresión de la persona trabajadora, sujeto de preferente tutela constitucional.

En síntesis, de la reseña efectuada surge que la CSJN deja en claro que el principio de igualdad ante la ley es inseparable de la dignidad esencial de la persona humana y, al pertenecer al *jus cogens*, exhibe un valor absoluto en el que prevalecen los derechos de la persona trabajadora por sobre la libertad de contratación.

6 | La ley 26.485

La norma, que rige desde el año 2009, con excepción de los dispositivos procesales, constituye una norma imperativa y de aplicación a todo el territorio nacional. Entre sus objetivos, tiene como fin prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, combatir el flagelo de la violencia de género,

.....

(8) DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1988.

lograr el efectivo goce y ejercicio de los derechos por parte de las mujeres, eliminar la discriminación entre mujeres y varones; el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y remover patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género. Se enmarca en un muy amplio contexto jurídico, confluyen los arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 CN junto con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia con la Mujer, Convención de "Belem do Pará", la Convención sobre los Derechos de los Niños, junto a la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras normas nacionales.

Parte del concepto de igualdad ante la ley (art.16 CN) pero, como ya he señalado, a mi modo de ver, este principio de igualdad no se limita a la igualdad jurídica o igualdad sin discriminación arbitraria, sino a la igualdad colectiva, es decir, aquella que se dirige a revertir prácticas sociales y de perpetuación de situaciones de inferioridad no solo respecto de la persona individualmente considerada sino de grupos que, producto de una construcción sociocultural, han sido relegados históricamente.

La ley 26.485 postula garantizar la igualdad real de derechos, oportunidades y trato entre varones y mujeres, y se vincula con el principio de igualdad ante la ley en la acepción que he reseñado dentro del bloque constitucional federal, de allí que el concepto de igualdad entendido como no discriminación debe ensamblarse con la idea de que la igualdad ante la ley también es aquella dirigida a la no exclusión de grupos minoritarios como los niños y niñas, las mujeres, las personas mayores y aquellas con discapacidad respecto de las cuales el art. 75, inc. 23 ordena al Congreso legislar y promover acciones positivas que garanticen igualdad real de trato y de oportunidades.

De esta manera, el principio de igualdad de la ley 26.485 no consiste solamente en la que nos brinda el art. 16, sino que se dirige también a evitar la constitución de grupos sometidos o excluidos por otros grupos. Le otorga garantías a un grupo minoritario, en este caso las mujeres que históricamente han padecido inferioridad legal, social y económica.

La Corte Federal ha dictado algunos fallos al respecto, entiendo que en torno a estas premisas. En la causa "Carballo y otras c/ Nación Argentina Prefectura

Naval Argentina”⁽⁹⁾ declaró la inconstitucionalidad de un decreto por el cual al personal femenino se le negó la opción de mantener el estado policial y lo incorporaba como personal civil de las fuerzas armadas, mientras que al personal masculino le permitía mantener el estado policial sin razón alguna que autorizara suponer que el personal femenino, solo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar funciones conservando aquel estado policial.

En otro supuesto, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad de Córdoba”,⁽¹⁰⁾ confirmó la sentencia que había rechazado un amparo de padres de alumnos, para que se declarara inválida una resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba. Esta ordenaba que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuaran sin distinción de sexo. Allí se destacó que, ante los profundos cambios sociales y políticos, y la evolución jurídica de la mujer, no puede sostenerse que la inveterada costumbre de negar el ingreso de mujeres generó derechos que configuraron una suerte de estatuto inmodificable en la educación, privando a las mujeres de acceder a niveles calificados de educación.

De tal manera, en estos precedentes, se puede observar que nuestro más Alto Tribunal trató las cuestiones no ya desde la idea individual del art. 16 sino desde un concepto de igualdad colectivo o de no exclusión, teniendo presente la evolución de la situación jurídica de la mujer tanto respecto de su capacidad civil como de sus derechos políticos, afirmando que la garantía de igualdad no es una fórmula rígida ni inmutable, tampoco definible, pero que es necesario adecuarla a los cambios que se producen en el tiempo.

7 | El desafío de la mujer trabajadora en la etapa precontractual

Como ya se ha señalado, la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres fue dictada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

(9) CSJN, “Carballo y otras c/ Nación Argentina Prefectura Naval Argentina”, Fallos: 287:42, 08/10/1973

(10) CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad de Córdoba”, Fallos G.653. XXXIII, 19/09/2000.

En su art. 4° define la violencia como toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal, comprendiendo las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. En el art. 6° inc. c) contempla específicamente como una manifestación de violencia aquellos que pueden ocurrir en el ámbito laboral pero con la particularidad de que la garantía no se circunscribe únicamente al contrato de trabajo sino que además abarca el período precontractual.

La norma define la violencia laboral como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados, que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo así como también quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral. El decreto reglamentario, a su vez, determina que la discriminación en el ámbito laboral es cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin o por resultado provocar distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionados en la ley que se reglamenta o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres.

De esta manera, la definición normativa se ajusta al art. 1° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), al art. 7°, incs. a) y b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Belem do Pará" y, en paralelo, a los Convenios 111 y 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en tanto se pretende obtener la igualdad de trato, combatir la discriminación, eliminar la violencia y lograr un ambiente laboral sano y saludable. En otras palabras, la posibilidad de ejercer el derecho humano fundamental a trabajar digna y decentemente. Por otra parte, la norma expresa que el derecho a percibir igual remuneración por igual tarea o función se refiere al derecho a recibir igual remuneración por trabajo de igual valor, en los términos del art. 7°, párrafo a) i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 11, párrafo 1) d) de

la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951, art. 100 OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

La cuestión del desafío que enfrenta la mujer trabajadora en la etapa de selección para acceder a un empleo se relaciona históricamente con ámbitos reservados al sexo masculino y se funda en estereotipos o prejuicios que pueden originar la marginación o segregación de la persona que, se presupone, posee determinadas características, costumbres o rasgos distintivos.

Esta cuestión se puso de manifiesto en el año 2002 mediante un pronunciamiento dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ Amparo".⁽¹¹⁾ Allí la parte actora inició una acción de amparo colectivo contra la empresa Freddo SA, alegando que realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal porque rechazaba la contratación de personal femenino. En un fallo con sólidos fundamentos jurídicos, doctrina y antecedentes jurisprudenciales nacionales e internacionales, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la instancia anterior y, al haberse acreditado un supuesto de discriminación contra la mujer y que la empresa demandada no justificó su conducta con argumentos razonables, la condenó a que en el futuro solo debía contratar personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

El Tribunal de Alzada, luego de analizar en forma pormenorizada las medidas de acción positivas reconocidas constitucionalmente para equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo o religión, se encuentran en una condición desigual, resaltó que el propósito de estas medidas es reparar injusticias pasadas para avanzar hacia una igualdad real incursionando, además, en los aspectos conceptuales de lo que se denominan "clases sospechosas", supuestos que deben ser objeto de un escrutinio riguroso.

.....
(11) CNAC. APEL. CIV., Sala H, "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ Amparo", 16/12/2002.

Tras el examen del espectro jurídico nacional e internacional, con particular atención al art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo, al art. 1° de la ley 23.592 y al Convenio 111 OIT, se resaltó que

... la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja...⁽¹²⁾

En la causa se constató que la empresa demandada contrató personal masculino en una proporción significativamente mayor a la de mujeres —aproximadamente un cinco por ciento del total de personal empleado correspondían al sexo femenino— y que mediante avisos publicitarios requería personal del sexo masculino. A esto se sumó que la empresa demandada reconoció que tomaba empleados de ese sexo para ciertos puestos porque las tareas eran pesadas, penosas o insalubres, generando que los jueces expresaran que tal justificación obedecía más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual, pues al limitar a la mujer por esa sola razón, se restringe el derecho a emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, o elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades; derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad, pero dado que respecto del trabajador varón no se limita tal posibilidad, surge evidente un inequívoco contenido discriminatorio.

Las pruebas que se aportaron a la causa, reseñadas muy sintéticamente, condujeron al Tribunal a señalar que la no discriminación por razón del sexo en materia laboral se exige antes, durante y después de la relación laboral, aclarando que al decir “antes” se refiere al proceso de selección desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento

(12) CNAC. APEL. CIV., Sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ Amparo”, fallo cit.

hasta el momento de la contratación definitiva. Si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer y rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo. Como corolario, en el caso "Freddo", habiéndose acreditado un supuesto de discriminación fáctica, se destacó que la no discriminación se exige no solo en el plano contractual sino que también abarca el periodo de precontratación o de selección y que la libertad de contratación debe ser limitada y ceder cuando se encuentran en discusión el derecho a la igualdad individual y colectiva que se funda en la dignidad de la persona humana.

Vinculado al tema comentado, recientemente la Sra. Procuradora General de la Nación emitió opinión en una causa donde intervino la CSJN, "Sisnero Mirta Graciela y la Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva SRL y otros s/ Amparo".⁽¹³⁾ Allí se analizan las dificultades que enfrenta la mujer trabajadora en la etapa precontractual en empleos donde históricamente, y debido a estereotipos de género, han sido excluidas junto a la garantía constitucional de la libertad de contratar, resaltando que esta encuentra un límite en la prohibición de no discriminar y obliga al empleador a utilizar criterios neutros respecto del género, razonamiento similar al expuesto en el caso "Freddo".

En este caso, las actoras interpusieron dos acciones, una individual y otra colectiva, contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA con la particularidad de que estas empresas operan los ocho corredores urbanos de pasajeros de la Ciudad de Salta.

La actora, Sra. Sisnero, aspiraba a trabajar como chofer de colectivos. Con ese objetivo completó todos los trámites reglamentarios exigidos para

(13) CSJN, "Sisnero Mirta Graciela y la Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva SRL y otros s/ Amparo", Fallos: S.C. S932 L.XLVI, 20/05/2014.

desempeñarse como tal, incluidos los cursos y exámenes correspondientes para obtener la licencia para conducir transportes urbanos, interurbano y de larga distancia. Durante más de cinco años intentó activa pero infructuosamente ser contratada como chofer en alguna de las siete empresas operadas por SAETA, realizó múltiples gestiones ante distintos funcionarios provinciales y nacionales, e hizo una denuncia ante el INADI, sin obtener respuesta. En el juicio se demostró que las empresas, ni aun con la intervención de organismos administrativos nacionales y provinciales incorporó mujeres y continuaron contratando exclusivamente hombres para desempeñarse como choferes.

Con relación a la pretensión individual, se alegó la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos requeridos para dicho puesto. Respecto de la pretensión colectiva, se denunció la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Ciudad de Salta hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. Ante la apelación de las demandadas, la Corte de Salta si bien identificó "síntomas discriminatorios en la sociedad" al observar que no existe presencia de mujeres conduciendo vehículos de transporte de pasajeros, revocó la sentencia por considerar que "no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación"⁽¹⁴⁾ dado que la Sra. Sisnero no acreditó contar con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido.

La Corte Federal admitió el recurso extraordinario, hizo lugar a la queja y dejó sin efecto la sentencia, pero adoptó su decisión sobre la base de un aspecto adjetivo, señalando que no se valoró adecuadamente la prueba de la causa ni tuvo en cuenta el estándar probatorio que debía ser aplicado en estos casos tal como desarrollara en el caso "Pellicori Liliana c/ Colegio Público de Abogados s/ Amparo",⁽¹⁵⁾ en el sentido que si

(14) CSJN, "Sisnero Mirta Graciela y la Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva SRL y otro s/ Amparo", fallo cit.

(15) CSJN, "Pellicori Liliana c/ Colegio Público de Abogados s/ Amparo", 15/11/2011.

la reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

De este pronunciamiento, aun cuando la opinión de la Procuración General de la Nación no es vinculante, en el apartado VIII del dictamen se resaltan los aspectos que he señalado respecto de la igualdad en su dimensión colectiva o igualdad estructural, o de no exclusión. Allí se expresa que el caso también revela la violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación pero en una dimensión colectiva, porque el comportamiento de las empresas demandadas contribuye a mantener un universo laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación no se agota con la subsanación de la discriminación que sufrió la Sra. Sisnero en particular.

Por el contrario, se requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes de transporte urbano de pasajeros.

De este dictamen destaco dos aspectos: la violación al derecho a la igualdad y a no ser discriminado no solo existe generado por normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que tienen efectos discriminatorios, máxime cuando se verifica que la diferencia de trato se encuentra fundada en categorías sospechosas, como es el caso del género. Este aspecto surge nítido en el caso "Freddo" y de las pruebas aportadas al antecedente en comentario. Reitero que se trata de una política de contratación de choferes determinada por todas las líneas de transporte que operan en la ciudad de Salta, se verificó en la causa, como señala el Alto Tribunal en su Considerando 6º, segundo párrafo, "... que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero...".

En este contexto se expresó que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también en el marco de las relaciones laborales, tal como ha resaltado la Corte IDH, los derechos fundamentales

deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en su relación con otros particulares.

En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que en situaciones como en el presente caso, el universo laboral cuestionado —en la causa “Freddo”, dedicada a la elaboración, producción y venta de helados, y en el caso “Sisnero”, transporte de pasajeros en la ciudad de Salta— sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a quienes contratan la obligación de modificarlo.

La lectura e interpretación del art. 16 CN se perfila en tiempos actuales en su faz colectiva o, como ha señalado la doctrina, desde una visión estructural o de no exclusión, a la luz de las acciones positivas garantizadas constitucionalmente. Los precedentes “Freddo” y “Sisnero” se vinculan con uno de los tantos desafíos de la mujer trabajadora, en este caso en particular, en la etapa de selección y, si bien no se desconoce que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar en los términos explicados, tiene límites en función de la libertad y del derecho de las demás personas, no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, dignidad, intereses, aspiraciones del resto de las personas, en otras palabras, en la protección de la dimensión social de la persona humana.

En el caso de las mujeres, ya nuestro más Alto Tribunal ha resaltado que tienen derecho a tener derechos, a la igualdad real y a las mismas oportunidades y trato. Una mirada diferente y amplia sobre el principio de igualdad sin discriminación y la igualdad colectiva de no exclusión permite sostener mucho más el compromiso de toda la sociedad en el camino de garantizar la equidad de género.

8 | Algunas reflexiones finales

Se encuentra consolidada la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de que el principio de igualdad y prohibición de discriminación, por pertenecer al *jus cogens*, acarrea obligaciones no solo respecto de los Estados, sino de los particulares que deben adecuar su comportamiento para evitar o modificar circunstancias fácticas que promuevan o mantengan desigualdades y por consiguiente discriminaciones arbitrarias.

El principio de igualdad ante la ley se encuentra dentro del bloque constitucional federal, y debe ensamblarse con la idea de que la igualdad ante la ley también es aquella dirigida a la no exclusión de grupos minoritarios como los niños y niñas, las mujeres, las personas mayores y aquellas con discapacidad respecto de las cuales, la propia Constitución Nacional, en su art. 75, inc. 23 ordena al Congreso legislar y promover acciones positivas que garanticen igualdad real de trato y de oportunidades.

Los derechos no son absolutos y, a partir del principio de igualdad en el sentido desarrollado y circunstancias particulares como las descritas en los fallos de jurisprudencia reseñados, los derechos de la persona trabajadora prevalecen sobre la libertad de contratar.

Esta perspectiva lejos está de provocar inseguridad jurídica, por el contrario permite humanizar, darle rostro humano al derecho.
