



DRA. SUSANA VICTORIA PERKINS | Jueza de Primera Instancia en lo Laboral de la 1^{era} Nominación de Rosario

Trabajo y Género

Al fin y al cabo, somos, lo que hacemos para cambiar lo que somos.

EDUARDO GALEANO

El siguiente es un trabajo de análisis y reflexión que intenta generar un debate en torno a que la violencia de género en el trabajo, no es sólo un tema de mujeres. El reto de todos es favorecer una cultura laboral con igualdad de oportunidades y de trato, libre de discriminación y de violencia, de pleno respeto a los derechos humanos.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el mundo del trabajo ha vivido profundas transformaciones en todos los sentidos. El aumento de la fuerza de trabajo ha sido colosal, como consecuencia del incremento de la población mundial y de que se haya doblado la expectativa de vida; la tecnología ha modificado el contenido del trabajo humano; la propagación de las instituciones democráticas ha dado palabra al pueblo – incluso en el lugar de trabajo-; y una legión innumerable de mujeres se ha incorporado al mercado laboral.

Pero esta «entrada» no se ha realizado de modo igualitario con los hombres. La globalización, la flexibilización del empleo, las transformaciones económicas son variables a tener en cuenta, pero su marco general es la persistencia de estereotipos, representaciones altamente discriminatorias, porque los prejuicios sociales y culturales siguen acompañando este proceso, y entonces en Argentina y, también en el resto de América Latina:

1. Las mujeres siguen teniendo la doble carga de las obligaciones familiares y laborales.
2. Las mayores oportunidades para las mujeres las brindan los llamados «empleos femeninos» (servicio doméstico, enfermería, docencia primaria, servicios en general)».
3. Existe una separación casi infranqueable en ciertos empleos, como los pertenecientes a la «rama industrial» y a la

construcción, que se los considera como trabajos exclusivamente masculinos.

4. Las mujeres siguen siendo una minoría en los puestos directivos y de toma de decisión.
5. Si bien el principio de igual remuneración por igual tarea está presente en las Constituciones de los distintos países y en las leyes laborales, las mujeres siguen percibiendo salarios inferiores a los de los hombres. Esto, en general, se debe a la existencia de categorías profesionales o de tareas reservadas a las mujeres, menos atractivas, menos remuneradas, que suelen tener categorías inferiores y menores posibilidades de ascenso.
6. Persiste una fuerte representación sexista en las organizaciones sindicales y empresariales.
7. La mayor formación terciaria y universi-

taria que se advierte en las mujeres, no es impedimento para que tengan un aparente «techo», impuesto a sus posibilidades para acceder a posiciones más altas, tanto en el ámbito público como privado.

Esta segregación laboral obedece a factores sociales y culturales, históricos y económicos, entre ellos, la estructura del mercado de trabajo, incluidas la dimensión de la economía informal y la discriminación en el acceso al trabajo.

Asimismo, la protección que las normas internacionales y nacionales le otorgan a la mujer trabajadora, se limita a los empleos registrados de la economía formal, y las tasas de empleo no registrado involucran particularmente a las mujeres, ya que ellas son quienes integran mayoritariamente el sector informal del empleo.

Este trabajo informal incluye a trabajadores y trabajadoras por cuenta propia – en empresas no registradas o de pequeños emprendimientos- y a aquellos que se desempeñan en empleos contingentes: no registrados, eventuales, temporales, por obra o a tiempo parcial, carentes además de cobertura social (sistemas de salud y previsional)

La importancia del trabajo informal y sus efectos sobre las mujeres, ha sido motivo de preocupación del Comité de la CEDAW, como se refleja en las recomendaciones a diversos países de América Latina: «El Comité observa con preocupación que persiste la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo, incluyendo un limitado acceso de las mujeres al empleo, la baja calidad del mismo y su acceso reducido a los recursos y a las nuevas tecnologías. Asimismo, le preocupa al Comité la discriminación salarial y la segregación vertical y horizontal, las condiciones precarias de las trabajadoras en el sector informal o a tiempo parcial, sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social, y sin el debido respeto a sus derechos laborales...»¹

Pero este diagnóstico se limita exclusivamente al trabajo asalariado, paradigma del trabajo en las sociedades industriales avanzadas, y dista mucho de abarcar todas las modalidades de trabajo que se realizan en la sociedad. Quedan excluidas las actividades de auto producción, de subsistencia, la ayuda familiar, el trabajo voluntario y, especialmente, el trabajo doméstico. Esto significa que gran parte de

la actividad productiva permanece oculta y sin valorar, y ello contribuye a hacer invisible y deprecia la importante contribución económica de las mujeres que no participan directamente de la producción para el mercado, más concretamente el trabajo de cuidado de las personas dependientes.

La demanda de trabajo de cuidado es más importante para las mujeres que para los hombres, ya que por lo general son ellas quienes cuidan a los niños, a los enfermos y a los ancianos. Pero el trabajo no remunerado no se registra, y por lo tanto no se visualiza lo que algunas autoras llaman la «**carga total del trabajo social**», que da cuenta del papel fundamental que tiene en la economía el trabajo no monetizado.²

Recordemos que no sólo las madres de niños pequeños se ven afectadas por la falta de servicios de cuidados, sino también las mujeres de edades intermedias, que ven limitada su disponibilidad para el mercado de trabajo por el tiempo que dedican a la atención de sus padres y familiares mayores.

Esta inadecuación del concepto de trabajo y de los indicadores económicos de medición de la producción, el valor, el desarro-

llo y el bienestar, han sido denunciados por diversos sectores desde hace tiempo: las mujeres, por la subestimación de la producción doméstica; los ecologistas, por la desconsideración de los costos en la destrucción del medio ambiente; los países menos industrializados, por la subestimación del peso de las actividades no mercantiles y de subsistencia.³

Discriminación por género en el ámbito laboral

Género es un calco semántico del vocablo inglés *gender* en su acepción de conjunto de personas pertenecientes a uno u otro sexo. La sociología feminista comenzó a utilizarlo en un sentido más concreto para designar las diferencias (sociales, no biológicas) entre la condición femenina y la condición masculina en una sociedad determinada.

Discriminación - en el sentido en que se condena universalmente- es una *violación a los derechos humanos*, derivada del principio de igualdad esencial de todos los seres humanos: «*La discriminación cons-*

tituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos» (Convenio 111 OIT).

Algunos autores, como Julio Martínez Vivot⁴ señalan que existe discriminación cuando, injustificadamente, se afecta a una persona, grupo de personas o a una comunidad, en el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, u otra de cualquier naturaleza posible.

Existe discriminación laboral por género hacia la mujer, cuando recibe un trato desigual en virtud de su condición como tal, ya sea en relación a igualdad de oportunidades, remuneración, ascensos, capacitaciones, o en el caso de que sea despedida en razón de su sexo.

Se impone destacar a esta altura que la problemática de género afecta tanto a hombres como a mujeres, y con su concepto, se designan las relaciones sociales entre los sexos, ya que no basta proclamar

la igualdad de trato si no existe igualdad de oportunidades.

Hay evidencia suficiente que muestra que la demanda laboral es selectiva por sexo: muchos sectores priorizan la mano de obra masculina, mientras que en otros las mujeres adquieren ventajas comparativas. Esto se puede observar fácilmente al ver la distribución de la fuerza de trabajo femenina en las distintas actividades económicas: normalmente se presenta una gran concentración en el sector de servicios, seguido por el comercio y, en menor medida, en la industria.

Entonces, la discriminación puede estar presente en los avisos de empleo, en la selección, evaluación, contratación y despido del personal, en los términos y condiciones de empleo, así como en la remuneración, los beneficios, y las decisiones acerca de quién recibe capacitación y qué tipo de capacitación se brinda. La discriminación también puede surgir al decidir a quién se tiene en cuenta y selecciona para traslados y ascensos y a quién se deja cesante durante una reducción de personal.

Dicho esto podría argumentarse que el salario no es la única variable a través de la cual se discrimina a las mujeres, pero lo que no puede dejar de advertirse es que cualquiera de los fenómenos que den lugar a que ocurra, tenderá a generar una caída en el salario relativo de las mujeres. Por ello, analizar la discriminación a través de las diferencias salariales es un método bastante general de medir discriminación laboral por razones de género.

Como bien lo señala Néstor Pedro Sagüés: averiguar cuándo hay situaciones equivalentes o disímiles, cuándo discriminación objetiva o arbitraria, y hasta qué punto no lesionan la cláusula constitucional de igualdad las discriminaciones hechas mediante diversas interpretaciones o aplicaciones, no provenientes directamente de la ley, es una tarea que necesariamente recaerá en los operadores de la Constitución.

En este sentido, debe señalarse que la igualdad supone el respeto irrestricto por las diferencias personales; entre otros motivos, porque la igualdad no significa la nivelación de las personalidades individuales, sino por el contrario; no se logra

una sustancial ni efectiva igualdad, si no se tienen en cuenta las distintas condiciones de los individuos en su singularidad.

Un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene que en la Argentina hay una persistente discriminación de la mujer en el mundo del trabajo. «Entre 2003 y 2006, el PBI creció en la Argentina y tuvo un impacto positivo a nivel de empleo, pero esta suba no se tradujo en una mejora de las brechas de equidad de género en el mercado laboral», sostiene la OIT en el apartado dedicado a la Argentina. Explica que aún se observa una «persistencia de mecanismos de discriminación en el mundo del trabajo» cuyo rasgo más notorio **«es el estancamiento de la tasa de actividad femenina»**. Y advierte que «en el mercado laboral argentino estaría operando una doble discriminación: por género y por condición económica de las personas».

Ante este panorama, la OIT advierte que «para ir revirtiendo estas discriminaciones persistentes en el mundo del trabajo, existe el camino de la participación de las mujeres en los espacios de representación

política, social y gremial». En ese marco, destaca la presencia de mujeres en el ámbito judicial y sindical, pero considera que «la participación en las organizaciones empresariales continúa siendo muy baja»⁶

La discriminación en el trabajo es hoy un fenómeno bastante extendido debido, en parte, a que existe una gran naturalización de las conductas discriminatorias, lo que torna al problema invisible y difícil de erradicar, constituyendo - en suma- una violación de los derechos humanos, generando pobreza e inequidades, que debilitan el tejido social.

Normativa de Género

a) Internacional

En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconociendo la igualdad entre hombres y mujeres como base para su cumplimiento. En 1979, las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer (CEDAW).

En nuestro país la CEDAW - junto con otros tratados y convenciones de derechos humanos- ha sido jerarquizada en el texto de la Constitución Nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo que la promoción de la igualdad de género se ubica en el mayor rango normativo.

En ese mismo año se sancionó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como «Convención de Belem do Pará», tratado ratificado por la Argentina por ley 24.632.

En relación con la discriminación en el mundo del trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con instrumentos globales en la materia:

Convenio n° 111, sobre discriminación, empleo y ocupación) (1958).

Convenio n° 100, en el que se aborda específicamente la igualdad de remuneración entre los trabajadores de uno y otro sexo (1951).

Convenio n° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

Convenio n° 183, sobre protección de la maternidad (2000).

Otros dos convenios fundamentales son de particular importancia en cuanto a la igualdad de género: el Convenio n° 87 (1948) sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y el Convenio n° 98 (1949) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Asimismo el Convenio n° 138 (1973) sobre la edad mínima, y el Convenio n° 182 (1999) sobre las peores formas de trabajo infantil, instan a realizar acciones inmediatas contra las peores formas de trabajo infantil y a tener en cuenta la situación especial de las niñas.

Convenio n° 189 (2011) sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

Otros convenios con implicaciones particulares en cuanto a la igualdad de género incluyen aquellos relacionados con la promoción del empleo, las condiciones de trabajo (trabajo nocturno, trabajo a domicilio

y trabajo a tiempo parcial) y con categorías específicas (VIH y SIDA, pueblos indígenas y tribales, y trabajadores migrantes)

b) Nacional

Nuestra Constitución Nacional en su art. 16 garantiza la igualdad de todos los ciudadanos, y particularmente en el acceso al empleo sin otra condición que la idoneidad, y en 1957 con la incorporación del art. 14 bis, consagró el derecho de los trabajadores a condiciones dignas y equitativas de labor, y a igual remuneración por igual tarea.

Con la reforma del año 1994 se incorporan normas que contemplan particularmente a la mujer trabajadora. El art. 37 establece la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios, garantizado por medidas de acción positiva, cuya consecuencia fue la sanción de la ley 24012 (llamada «de Cupo Femenino»), estableciendo que las listas de candidatos a cargos electivos deberán incluir un mínimo del 30% de mujeres en proporciones tales que no afecten sus probabilidades de resultar efectivamente electas.

Esta política de cupo femenino alcanzó también al ámbito específico de la actividad sindical, a través de la ley 25.674.

El art.75 (inc. 19 y 23), establece que el Congreso debe sancionar leyes que garanticen la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, como también 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 en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de las mujeres; el art. 43 prevé la acción de amparo como vía idónea para reclamar frente a los actos o conductas discriminatorias.

El art.75, inc. 22, otorga jerarquía constitucional a las declaraciones, convenciones y pactos, entre los cuales están expresamente reconocidos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW – por su nombre en inglés)

y la Convención de los Derechos del Niño.

Ley de Contrato de Trabajo (n° 20744), arts. 17 y 172/186.

Ley 23592 (Ley Antidiscriminatoria)

En 1994 se promulga la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, y en 1996, la ley 24.632, que ratifica la Convención de Belem do Pará, y mejora la anterior, al concebir a la violencia contra la mujer como violencia de género.

En el mes de abril de 2009 se promulgó la ley 26485, cuyo objeto es la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Violencia Laboral – Ley 26485

La violencia en las relaciones laborales se refiere a toda manifestación de agresión verbal, gestual, física, psicológica y sexual en el marco de las relaciones laborales, originada en las desigualdades entre los sexos que afecte la dignidad e integridad de las perso-

nas, su salud y sus posibilidades de acceso, permanencia y ascenso laboral.

Atenta contra la dignidad e integridad psicofísica de los trabajadores y trabajadoras que la padecen, y el mayor porcentaje de víctimas - en este ámbito- se registra entre las mujeres.

Se manifiesta en acciones y situaciones de hostigamiento laboral y de acoso sexual, segregación, discriminación salarial, mayores restricciones de contratación (estado civil, embarazo, etc), dificultad de acceder a puestos de toma de decisiones y relegación a tareas subordinadas y de servicio, entre otras.

Heinz Leymann (psiquiatra alemán) caracterizó al fenómeno del maltrato como una forma de comunicación hostil y carente de ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que de ese modo es arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Subrayó que, para constituir mobbing, estas actividades deberían tener lugar de manera frecuente (por lo menos una

vez a la semana) y durante largo tiempo (durante seis meses al menos) siendo susceptibles de lesionar mental, psicosomática y socialmente a la víctima.

Al decir de los expertos, los celos y la envidia de los acosadores constituyen la causa principal de *mobbing*, señalando también el hecho de que el trabajador no debe permitir ser manipulado, o que al destacarse por sus características y sea demonizado y culpabilizado, sin olvidar la acción de quien desea demostrar poder hostigando impunemente para amedrentar al resto.

El *mobbing* puede identificarse porque el agresor tiene comportamientos y conductas que afectan profundamente a la persona agredida, tales como:

- Realizar comentarios injuriosos contra la persona.
- Ridiculizar o reírse de ella públicamente.
- Burlarse o magnificar.
- Hacerla parecer estúpida.
- Aislarla de los compañeros.
- No dar tareas.
- Asignar tareas excesivas o imposibles de cumplir.
- Negar o ignorar.

- Criticar o amenazar no sólo en temas laborales sino personales.
- Proferir gritos e insultos.

El art. 6 de la ley 26485, define la violencia laboral como «aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo, públicos o privados y 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.

Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral el quebrantar su derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral».

El Decreto 1011/10 – reglamentario de la ley- amplía el concepto de hostigamiento psicológico, ya que no exige que sea sistemático o se ejerza con la finalidad de lograr la exclusión laboral de la trabajadora, entendida como finalización del contrato; sino que permite incluir otras conductas

que provoquen o intenten provocarle un daño. Por otra parte, las conductas consideradas no están restringidas al nivel jerárquico, sino que comprenden las de trabajadores que tengan el mismo rango que la trabajadora perjudicada, o que ocupen niveles inferiores en el ámbito en el que se desempeña laboralmente.

Y es que en el ámbito del trabajo, no es la violencia física la que predomina, que además es fácilmente detectable. Hay otros comportamientos violentos, que por patrones culturales, no siempre son identificados ni por la víctima ni por el entorno laboral, y que constituyen el maltrato psicológico. Este tipo de violencia suele ser de una magnitud tal, que obliga a la víctima a tratamiento psicológico, incluso psiquiátrico, y muchas veces termina con la renuncia a su trabajo, teniendo además consecuencias dañosas para su familia, que sufre también las consecuencias de ese maltrato.

Para el Consejo Consultivo de la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral del Ministerio de Trabajo de la Nación (OAVL), las actitudes discriminatorias o humillantes, ya sea en forma silenciosa o a los gritos, la

exclusión de un empleado de actividades sociales que involucren al resto de los trabajadores, el no dirigirle la palabra o hacerlo en forma burlona, no darle trabajo o hacerle cumplir tareas que no estén a la altura de su calificación laboral, obligarlo a trabajar en un sitio inadecuado (sin ventanas, por ejemplo), están consideradas actitudes que constituyen maltrato laboral.

La violencia que adquiere la forma de acoso psicológico busca excluir al trabajador de su ámbito o de la organización en la que está trabajando, pues a causa de ese maltrato la víctima termina pidiendo un traslado o una licencia, hasta que finalmente renuncia, y en muchos casos lo hace padeciendo males físicos como consecuencia del maltrato recibido.

En el acoso sexual, en cambio, lo que se busca son los favores sexuales y, al no obtenerlos, se originan las conductas de maltrato. En este caso, las víctimas son casi siempre mujeres, aunque también a veces los varones sufren acoso sexual. El maltrato laboral va minando la autoestima de la víctima y puede llegar a arruinar la carrera laboral de empleadas/os califica-

dos y hasta profesionales, por el menor rendimiento laboral que tienen las víctimas de estas conductas, y mucho peor si ha tenido que pedir licencia médica por tratamiento psicológico o psiquiátrico, dos impedimentos graves a la hora de intentar conseguir otro trabajo (Resolución N° 5/07 del MTySS de la Nación)

En términos generales, con el acoso laboral – psicológico y/o sexual- se ven lesionados, principalmente, los derechos a la intimidad; la dignidad; la libertad sexual; la igualdad y, la no discriminación; la seguridad, la salud y la integridad física y moral.

Prueba de la discriminación y/o acoso laboral

Ninguna norma establece concretamente la inversión de la carga de la prueba para el caso de discriminación y/o acoso laboral.

La ley 26.485 a pesar de presuponer la existencia de discriminación, no establece la inversión de la carga probatoria sino que dota de amplias facultades al Juez com-

petente en razón de la materia para que ordene e impulse el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material en el artículo 30 y estableciéndose el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados y la evaluación de las pruebas ofrecidas, de acuerdo con el principio de la sana crítica en el artículo 31. Se considerarán-dice la norma- las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

La jurisprudencia ha hecho mérito de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la opinión de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre inversión de la carga de la prueba frente a la existencia de un indicio razonable que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación, en el caso «Scognamiglio, María Fernanda c/Dadone Argentina S.A. s/despido». CNAT.Sala II, 17-11-06. SD 94.609.

En el ámbito de la discriminación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de agosto de 1988 sentó doctrina en los autos «Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.» (publicado en LA LEY, 1990-C, 38, con nota de Alberto F. Garay).

En su voto los Dres. Petracchi y Bacqué señalaron que, sin establecer presunciones legales, el art. 81 de la ley de contrato de trabajo ha fijado - con el carácter de obligación para el principal- la igualdad de trato a sus dependientes en «identidad de situaciones». Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el supuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus «circunstancias», y quien se excluye aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones. En el caso concreto se había probado que las remuneraciones de la actora eran sensiblemente inferiores a las de sus pares y subordinados; que había realizado cursos de perfeccionamien-

to, certificados instrumentalmente por profesionales de la demandada y mediante testimonial, que su desempeño había sido eficiente, y su cargo y condiciones de prestación de tareas (horario y funciones) eran como las de sus subordinados y pares, llegándose a concluir la existencia de discriminación salarial, incluso analizándose las pruebas rendidas, conforme las reglas de la sana crítica.

Quien sí ha aludido expresamente a la necesidad de invertir la carga probatoria en los casos de discriminación ha sido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en el Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y ocupación.

Allí se destaca que imponer dicha carga a quien alega un motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio sufrido. Señalan que, si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto) lo más frecuente es que la discriminación

sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Ello determina —señalan— que algunos países, en su legislación o jurisprudencia, invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la carga que corresponde al demandante. En ciertos casos le basta al demandante establecer o demostrar una coincidencia entre la desigualdad de trato u oportunidades y la desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, siendo en tal caso el empleador quien deberá probar que había un motivo legítimo no discriminatorio.

También la Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en la discriminación alegada. Con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes no sólo por temor a las represalias sino también porque la mayor parte de las veces no dispon-

drá del conjunto de elementos de prueba necesarios, por lo que resulta aconsejable que la jurisdicción pueda desempeñar un rol activo en la investigación y que los testigos y denunciados gocen de protección contra las represalias.

En este sentido, el Código de Trabajo de Francia, por ejemplo, estableció la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación, a partir del mero sometimiento al juez de hechos susceptibles de afectar el principio de igualdad de trato; pero, en los casos de acoso laboral – en cambio- el trabajador debe probar los hechos que hicieran presumir la conducta hostil, siendo el empleador quien debe acreditar que sus actos no constituían acoso y que su decisión se encontraba justificada por elementos objetivos, ajenos a toda situación de hostigamiento.

Parece prudente esta decisión legislativa, ya que por la inversión de la carga de la prueba, se debería demostrar lo que no se hizo, es decir, una prueba negativa, lo cual puede llevar a presunciones, resultados y consecuencias injustas y contrarias al derecho constitucional de defensa en juicio. Entonces, me parece importante remarcar

la amplitud probatoria que debe aceptarse en casos de violencia laboral contra la mujer, para lo cual la ley 26485 otorga al juez modernas herramientas procesales, a las que puede acudir para facilitar la prueba de las víctimas que, no sólo se enfrentan a la dificultad aludida, sino que también se les están violentando derechos fundamentales como la dignidad humana, la libertad, la integridad física o psíquica.

En el caso del proceso laboral la actuación del juez al respecto encuentra apoyo en el hecho de que es un órgano técnico especializado, imparcial pero no neutral, rigiendo también en esta materia el artículo 9 de la LCT, con su última reforma, cuando - entre otras cosas- estatuye, que: «...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador.» (Texto según la ley 26428, art. 1.) aplicando de esta manera, el principio de la norma más favorable para el trabajador, abriendo todas las puertas en el proceso a efectos del conocimiento de la verdad, y esto, que siempre debe ser así, se debe potenciar cuando se trata de derechos humanos.

Reparación del daño

Tiene particular relevancia para las relaciones laborales el art. 35 de la ley 26485, que dispone que la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil de los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia. Entonces, si la mujer invoca y prueba que la extinción de la relación laboral se debe a esa situación de violencia ejercida sobre ella, podrá reclamar el resarcimiento pleno de los daños materiales, sin la limitación de la tarifa indemnizatoria fijada por la LCT, el daño moral ocasionado por su desvinculación y la reparación de las secuelas dañosas ocasionadas.

Al respecto, considero que la legitimación para reclamar la reparación integral de los daños provocados por la conducta del empleador no debe reducirse a la mujer víctima de violencia laboral, sino que también debe admitirse respecto de los trabajadores varones, pues no advierto ninguna razón para excluirlos de la posibilidad de reclamar por haber sido víctimas de violencia laboral.

En un fallo anterior a la vigencia de esta

ley ahora reglamentada, la CNAT, Sala III, 12/07/2007, «Veira, Mónica c/ Editorial Perfil S.A.» D.T.2007-B, p.1355), hizo lugar a la demanda de una trabajadora por reparación del daño moral causado por el acoso moral que parecía tener como finalidad hacer insostenible la continuidad de la relación laboral, condenando a la empleadora al pago de una suma equivalente a un año de salarios, parámetro similar al establecido por la LCT al determinar las indemnizaciones para los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo (artículos 178 y 182 LCT).

En la causa «Kowalik Natalia Andrea c/ H.S.B.C. Bank de Argentina S.A. s/ despido», la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, 11/07/2011 resolvió que el cambio en las condiciones de trabajo sufrido por la trabajadora al reincorporarse tras finalizar la licencia por maternidad, entre los que se destacan la carencia de espacio físico y de computadora, configura un caso de violencia laboral contra las mujeres, determinando que «...la actitud del Banco entrañó una auténtica violencia laboral (art. 6 inciso c, ley 26485) y justificó la decisión de la actora de poner fin al vínculo en los términos del art. 242 LCT»

En la causa «L.I.I. c/ Instituto de Investigaciones Metabólicas S.A. y otro s/ accidente - ley especial», la Sala I de la Cámara Nacional del Trabajo condenó solidariamente a la empresa y a la ART a abonar a la trabajadora una reparación con sustento en la legislación civil, por daño emergente y daño moral.

El tribunal consideró probada la existencia de *mobbing* o acoso laboral sobre la trabajadora, debido a la excesiva presión y al maltrato padecido.

Entre los fundamentos del fallo, se recurrió a lo establecido en la Ley 26.485 y su Decreto Reglamentario 1011/2010.

La Sala IV de la CNAT. en el caso «L.R.F. c/ Trans American Airlines SA s/ despido» (7/5/09) decidió que los comentarios groseros sobre los atributos físicos de la trabajadora, que día a día le prodigaba un funcionario ubicado en la más alta escala de autoridad dentro de la aerolínea, le provocaron «una lesión en sus sentimientos por el sufrimiento y el dolor que tuvo que soportar».

La Cámara consideró probado que el jefe

de la trabajadora, que era quien fijaba los horarios que ella debía cumplir y de quien dependía su permanencia en el puesto, compartía habitualmente acotaciones «respecto del tamaño de su busto y sus caderas» entre los dependientes y hasta con ella, y por eso, consideró apropiado condenar a la empresa al pago de una indemnización por daño moral.

Me parece importante destacar el tratamiento que la ley 26485 le otorga al acoso laboral y al acoso sexual, como formas de violencia, ya que los saca a la luz formalmente, pues recordemos que en nuestra legislación laboral no se encuentra reconocido expresamente¹³.

Conclusión

El panorama con el que se enfrenta alguien que ha padecido un acto discriminatorio o de acoso laboral, no es alentador. Si bien la trabajadora se encuentra amparada por la normativa ya mencionada, no es menos cierto que al momento de probar la violación legal, ésta carece de medios para hacerlo.

Hace falta preparar a los operadores ju-

rídicos (internos y externos) en esta materia, capacitándolos en la perspectiva de género, para poder entender a la víctima y saber cuáles son los obstáculos que la trabajadora tiene que sortear antes de interponer su demanda, creando espacios de fortalecimiento de los lazos sociales y llevando a cabo acciones que permitan un acceso igualitario a la justicia y un tratamiento que corresponda a esa realidad.

Es preciso entender la violencia contra las mujeres – en general y en el ámbito laboral en particular- como un problema social, pero también institucional, cultural y un problema, en definitiva, de derechos humanos, en especial en nuestro carácter de magistrados y funcionarios, actores sociales que compartimos la problemática de la comunidad y que somos llamados para la resolución de conflictos.

Por eso los cambios no se agotan en los instrumentos legales, sino que es la cultura democrática la que debe cambiar, incorporando la igualdad de derechos, sin cuya vigencia permanecerán latentes las jerarquías de género ■

¹ Fuente: CLADEM www2.ohchr.org

² BADGETT, LEE y FOLBRE, NANCY, *¿Quién cuida a los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 118 núm. 3 (1999). OIT, Ginebra.

³ Informe sobre el desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD 1996.

⁴ MARTÍNEZ VIVOT, JULIO. *La discriminación laboral. Despido discriminatorio*. USAL. Buenos Aires, Argentina. 2000.

⁵ *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Bs. As., 1997, Tomo 2, pág 433 y ss., segunda edición.

⁶ Diario Clarín, 10 de mayo de 2007.

⁷ Estos instrumentos se pueden consultar en www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm

⁸ CERRUTTI, GABRIELA: *Mobbing, discriminación y carga de la prueba*, La Ley, Tomo La Ley 2011.A(04/02/2011)

⁹ www.trabajo.gov.ar/oavl/

¹⁰ [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1988-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1988-4B).pdf) párrafos 224 y 225.

¹¹ «El juez laboral debe ser imparcial pero no neutral». Cfr. Ferreiros, Estela Milagros en «La discriminación a la luz de los derechos humanos», publicado en www.laboral.org.ar/doctrina

¹² www.eldial.com

¹³ Ver «Violencia de Género en el Trabajo», PERKINS, SUSANA, en la obra colectiva Taller de Jueces Laborales II (en prensa).