Tweet

Baldes de helado no aptos para mujeres

Hoy compartimos uno de los fallos más interesantes de la jurisprudencia argentina de los últimos años: la causa ‘FREDDO’.
Resulta que la famosa cadena de heladerías no tomaba mujeres en sus locales.
Cuando fue cuestionada por ello, alegó que como los baldes de helado eran muy pesados sólo los varones podían manipularlos.
Entonces, un colectivo de mujeres, a partir del trabajo de una clínica jurídica (de la Universidad de Palermo), propone una acción de amparo colectivo tendiente a que se repare esta desigualdad.
Es un caso novedoso e interesantísimo porque vemos germinar a la acción de amparo, y evolucionar desde la reparación de un daño concreto hacia la construcción de una realidad nueva, acorde con la Constitución.
Y, pese a que el juez de primera instancia lo rechaza, la Cámara hace lugar a la demanda y ordena a la empresa tomar mujeres como empleadas, y no varones, hasta equiparar ambos géneros en la plantilla de personal.
Al inicio del juicio (1999) Freddo tenía 646 varones sobre 681 empleados. En 2002 se dicta la sentencia de Cámara. En 2004, pese a la orden, había incorporado 106 varones y 27 mujeres. Por ende fue multada por la Cámara.
En 2007, tras mucha incorporación de mujeres, llegó a tener el 46% de personal femenino.
En esto consiste hacer justicia constitucional…

——————————
FALLO DE LA CÁMARA DE APELACIONES

“Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo”
Buenos aires, 16 de diciembre de 2002.
VISTO Y CONSIDERANDO:
Contra la resolución dictada en primera instancia (fs. 244/50), que no hizo lugar al amparo por el cual la actora requería el cese de los actos discriminatorios que atribuye a la demanda, aquella expresa agravios a fs. 253/62.
La Fundación Mujeres en Igualdad inició este amparo colectivo contra la empresa Freddo S.A., alegando que ésta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, que la demandada rechaza la contratación de personal femenino. El juez de primera instancia rechazó el amparo porque: a) la actora no demostró que se hubiesen presentado

mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición; b) la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres; c) la empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo; d) la demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.
En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma.
Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica.
Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados “programas de acción afirmativa”, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas. Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades (ver Jimenez, E.P., ALos derechos humanos de la Tercera Generación@, Bs. As., 1997, ps. 75/6).
También se encuentra prevista la llamada discriminación inversa en diversas convenciones internacionales con rango constitucional. Así, el art. 1.4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, las admite en tanto no se mantengan en vigor después del alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. En el mismo sentido, el art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se aclara en ambas disposiciones que las medidas especiales que se adopten no deben ser entendidas como formas de discriminación.
Medidas de este tipo han sido comunes en los Estados Unidos y han dado lugar a planteos judiciales. En el conocido caso “Bakke”, de 1978, la Suprema Corte norteamericana restringió su aplicación, pues se colocaba en peor situación para el ingreso a la universidad a una persona blanca frente a otra de raza negra, cuyo puntaje era inferior pero suficiente para el ingreso por gozar de un plan especial (v. un análisis del caso en Ekmekdjian, M. y Siegler, P., “Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE.UU.”, ED, 93-877). Los requisitos que exigió la Corte consistieron en la finalidad fundamental de orden público, y la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la reglamentación restringe, así como que el daño provocado por la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria.
Las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los diferentes sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos en el correlato de contralor rápido y expeditivo. A la vez, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativa a otros, o que trabe la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; impedir el corporativismo (Vittadini

Andrés, S., “Los límites del principio de igualdad ante la ley”, ED, 173-795).
En el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional. Es ilustrativo al respecto el voto de los Dres Petracchi y Bacqué al resolver la Corte Suprema la causa ARepetto c/Pvcia de Buenos Aires@, al desarrollar un criterio que, al decir de Garay, importa echar por la borda decenas de años de jurisprudencia y de doctrina (ADerechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas@ LL, 1989-B-931).
Esta postura encuentra apoyo en la doctrina norteamericana elaborada en torno a la Enmienda XIV, que establece la “protección igual de las leyes”.
Puede decirse que su desarrollo más intenso se encuentra en la famosa nota a pie de página número 4 del caso “Carolene Products” (304 U.S. 144, 152, n.4), resuelto en 1938, que formó parte de una línea de pensamiento tendiente hacia una nueva percepción de cuál seria el papel adecuado a jugar por los tribunales federales. En dicha nota, el magistrado Stone sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación. Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes. La cuestión de cuando y como determinadas pretensiones constitucionales dan lugar a un examen judicial especial se constituyó en una preocupación esencial de la teoría constitucional a partir de ese momento. Al mencionar dicha nota la posibilidad de una revisión judicial más activa en ciertos ámbitos, se constituyó en un paradigma para el examen judicial especial de leyes que discriminan contra ciertos derechos o grupos. El primer párrafo, añadido a sugerencia del Presidente del Supremo Tribunal Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran “aquellos procesos políticos respecto de los cuales puede esperarse ordinariamente que produzcan la derogación de la legislación poco deseable. El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra “minorías aisladas y disgregadas” debería también dar lugar a un “examen judicial más cuidadoso, y citó en su apoyo precedentes que habían invalidado leyes discriminatorias sobre la base de la raza, religión u origen nacional.
Dicha nota, al señalar que la discriminación contra algunos grupos o derechos debía poner en marcha una sensibilidad judicial especial, simboliza la lucha del tribunal desde finales de los años treinta por terminar con la tradición anterior de intervención judicial que tenía como premisa la libertad contractual (conf. Soifer, A., AIdentificación con la comunidad y derechos de las minorías@, Rev. del Centro de Estudios Constitucionales, N1 1, setiembre-diciembre

1988, p. 93 y ss.).
Como señala Corwin, las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican “clases sospechosas” que, si no se justifican suficientemente, originan una “discriminación perversa”. La expresión “clase sospechosa” puede caracterizar a un grupo “discreto e insular”, que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario (“La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual”, ps. 630/1).
Las leyes que discriminan en perjuicio de las “clases sospechosas” (suspect classification), o invaden un derecho “fundamental” deben pasar un test muy especial, denominado “escrutinio riguroso” (strict scrutiny) o la prueba de las “libertades preferidas”. En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si son al menos razonables. Así, por ejemplo, en el caso de los extranjeros, la Suprema Corte entendió que las clasificaciones basadas en la extranjería son intrínsecamente sospechosas y están sujetas a un escrutinio judicial atento; se agregó que los extranjeros debían considerarse como “un acabado ejemplo de una minoría no homogénea y aislada para la cual era apropiada la mayor preocupación judicial” (“Graham v.Richardson”, 403 U.S. 365, 1971, entre muchos otros). Esta doctrina se extendió, además, a supuestos en los que no se trataba de clases sospechosas, como el trato desfavorable de algunas leyes hacia los hijos ilegítimos (Corwin, ob. cit., p. 633). También el Tribunal Constitucional español señaló, en diversas oportunidades, el especial deber de atención que deben prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación laboral por razón del sexo (v. 145/1991, 58/1994, 147/1995, 41/1999), doctrina que coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Hay una pauta intermedia de valoración que se usa a menudo, según la cual para que una ley sea considerada constitucional debe promover un importante interés del gobierno, y la Corte habrá de realizar una evaluación independiente acerca de la validez del interés buscado.
Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un “mayor examen”, y no se advirtió la existencia de un importante interés estatal que justificase la distinción (Kiper, C., ADerechos de las minorías ante la discriminación@, p. 132).
Esta Sala ya resolvió, por mayoría, que “Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados

internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, “Derechos de las minorías ante la discriminación”, 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que “en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad” (4/9/2000 – S., J. O. v. Travel Club S.A., voto del Dr Kiper, JA 2001-II-462,con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).

La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, introdujo claramente estos conceptos a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. El art. 37, apartado segundo, consagra que “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.”

El art. 43, al regular la acción de amparo dándole jerarquía constitucional, establece en el segundo párrafo que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación … el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.” Aquí se incorpora, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas, en favor de diversos afectados, otra novedad que es la expresa habilitación constitucional de la acción de clase (Jimenez, cit., p. 93). Se trata de acciones que están dirigidas a proteger intereses individuales de sectores específicos de la población, y que demostraron ser útiles en los Estados Unidos para superar los inconvenientes, no solo de la indiferencia social frente a daños que no son percibidos por muchos, sino también para evitar la acumulación de acciones. En la class action se produce una extensión de la representación de intereses privados, semejantes y fungibles, que se acumulan por razones prácticas (ver Quiroga Lavié, H., “El amparo colectivo”, Bs. As., 1998, ps. 110/2, quien a lo largo de la obra defiende con énfasis la tutela colectiva).

El párrafo siguiente amplía el campo de la acción a los supuestos en los que se registren datos sobre una persona con el objeto de discriminarla (habeas data). Por manera complementaria, el art. 86 le encarga al Defensor del Pueblo la defensa y protección de los derechos humanos y demás garantías tutelados por la Constitución.

En el inc. 19 del art. 75, en el apartado tercero, se dispone que el Congreso debe sancionar

leyes que consoliden "…la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna…".
En el mismo sentido, el inc. 23 de dicho artículo faculta al Poder Legislativo a "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."
La OIT tiene una participación activa para logar la igualdad en el ámbito del empleo, especialmente a partir de 1960, cuando fueron aprobados el Convenio 111 y la Recomendación n 111. En 1975 la OIT emitió una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trata para las trabajadoras, completada en 1985 con una Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo. Para hacer surtir efectos a esta Resolución, el Consejo de Administración adoptó en 1987 un plan de acción sobre el tema. Cabe también recordar que la Comisión de Expertos, al analizar lo dispuesto por el art. 1, párr. 2, del Convenio 111, consideró que las exclusiones generales de ciertos empleos u ocupaciones del ámbito restricto que pretende resguardar la igualdad de trato, son contrarias al Convenio (antecedentes sobre convenios y declaraciones internacionales pueden consultarse en Martinez Vivot, J., "La discriminación laboral", Bs. As., 2000, ps. 153/5 y 166/71).
Reviste singular importancia lo dispuesto por el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer: "Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección, en cuestiones de empleo (…)"
Esta Convención tiene un concepto amplio de "igualdad": igualdad ante o frente a la ley, igualdad en la ley, igualdad jurídica, igualdad en los derechos y, en lo que aquí más interesa, igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho o de facto (Sobre estas clasificaciones puede verse N. Bobbio, "Igualdad y libertad", Paidós, España, 1993). El principio de igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las mismas condiciones en la competición de la vida; se trata de igualdad de puntos de partida, aunque no la haya en el punto de llegada (P. Veloso Valenzuela, "La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer", en M. Paz Garafulic Litvak, "Mujer y Derecho", Santiago de Chile, 2001). Tal como apunta el Preámbulo de la convención, los Estados se obligan a suprimir la discriminación contra la mujer "en todas sus formas y manifestaciones"
Además de los principios emergentes de la Constitución y de los tratados internacionales, dispone expresamente el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo que "Por esta ley se

prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad." Asimismo, el art. 1 de la ley 23592 dispone que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

En el caso sometido a consideración de esta Sala, 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.

Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar (Kiper, ob. cit., p. 309). Este requisito no fue satisfecho por la leye 24.465 (Fomento del empleo), teniendo en cuenta que alienta la contratación, entre otros, de mujeres, pero en condiciones no igualitarias (críticas a esta normativa pueden verse en Neira, "La contratación de mujeres", LL, 1996-A-1214; Elffman, M., "Informe Nacional Argentino sobre Discriminación en el Empleo", presentado ante XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Bs As, 1997; Calandrino A. y Calandrino, G., "Las recientes reformas laborales desde la perspectiva del constitucionalismo social…", ED, 165-1302).

La Corte Constitucional Federal de Alemania hizo lugar a la demanda -rechazada en instancias anteriores- de una mujer que se había postulado a un empleo calificado sin ser admitida. Solicitó que se obligase judicialmente a la empresa a darle empleo y, a título subsidiario, que se la indemnizara por daños y perjuicios. Se basó la decisión en el parágrafo 2 del art. 3 de la Constitución, que prohíbe toda discriminación fundada en el sexo (Rev Investigaciones, 1 (1997), editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia, p. 11).

En los Estados Unidos se establecieron, para remediar la situación, programas de "acción afirmativa", partiendo de la premisa de que reconocer que las mujeres y ciertas minorías, en especial afroamericanos, no estaban representados en determinados empleos y en los puestos altos de las empresas y establecimientos públicos, en los que tienen lugar la toma de decisiones y se pagan los mejores sueldos.

Tales programas exigen que en determinados puestos de jerarquía, así como en ciertos

oficios y profesiones, los afroamericanos, los hispanos y las mujeres, entre otros, ocupen los puestos que por años les fueron negados. El primer decreto fue firmado por John Kennedy en 1961. Los programas incluyen también la contratación con proveedores y las promociones. Las medidas de la empresa deben lograr que ocupen, en cada categoría, una proporción equivalente al número de mujeres o de habitantes de ese origen que viven en el área donde la empresa desarrolla su actividad. Estos programas han dado sus frutos, aunque no los esperados. La crisis de mediados de los años 70 provocó una ola de juicios que cuestionaban la política laboral expresada en la fórmula "el último contratado es el primer despedido", porque determinaba el despido de un número desproporcionado de trabajadores negros. Ocurrió que se despedía en función de la menor antigüedad, y como las políticas discriminatorias habían prevalecido durante años, dicho procedimiento favorecía a los blancos. En 1976 la Corte decidió que la ley de Derechos Civiles de 1964 (Título VII) autorizaba a los tribunales federales a otorgar antigüedad retroactiva a las víctimas negras de la discriminación laboral ("Franks v.Bowman Transp. Co.", 424 U.S. 747). La recompensa era aplicable a quienes buscaron empleo, fueron rechazados a causa de la raza, y más tarde fueron contratados por el mismo empleador.

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió que el art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/201(relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres), autoriza a que se conceda preferencia al perteneciente al sexo infra-representado frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean los méritos sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (sent. del 6/7/2000, Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 12). Incluso este Tribunal descalificó disposiciones del derecho alemán que excluyen de un modo general a las mujeres de los empleos militares que requieren la utilización de armas (sent. del 11/1/2001, Rev. Investigaciones, I, 2000, p. 18).

Antiguamente, en nuestro país, las costumbres sociales de la época no aceptaban que las mujeres desempeñasen tareas fuera del hogar. En 1899, la Corte Suprema consideró válida constitucionalmente la resolución que excluía a la mujer del ejercicio de la procuración judicial (Fallos: 47:274). Felizmente, tales impedimentos se encuentran superados, aunque existen otros problemas.

Si bien no subsisten discriminaciones legales, en los hechos suele ocurrir que las mujeres perciben salarios menores a los de los hombres, o que no puedan acceder a determinados puestos de importancia. Ello ocurre en nuestro país y también en el resto del mundo, según se desprende de los datos consignados en el informe del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (v. el informe del diario La Nación, titulado "Salarios sin maquillaje", 18/5/97, Sección 2, p.1., donde se da cuenta de que el salario de la mujeres, en promedio, es equivalente al 72% de lo que ganan los hombres. En la página 5 se informa que las mujeres padecen tasas de desocupación más altas).

Además de las normas citadas, hay una recomendación expresa para la República Argentina en la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la que goza de jerarquía constitucional. Prevé dicha Convención el funcionamiento de un Comité que se encuentra habilitado para hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general, como ocurre también con la aplicación de otras convenciones internacionales.
Esto significa que la lucha contra la discriminación no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por sí insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos (así se pronunció en varias oportunidades el Comité de Derechos Humanos con relación a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
Por ende, no son suficientes las medidas de protección, sino que es necesario una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes (conf. Observación General n 4 respecto a la aplicación del art. 3 del comité citado). Es necesario, además de “facilitar” el disfrute de un derecho, “hacer efectivo” directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (Gialdino, R. “Observaciones y Recomendaciones Generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos”, Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 159).
En el caso de la Argentina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al examinar el segundo informe periódico de nuestro país (E/1990/6/Add.16), en su 52 sesión del 1 de diciembre de 1999 expresó entre los APrincipales motivos de preocupación@ que: A4.7. El comité observa con inquietud que de hecho se discrimina a la mujer, particularmente en materia de empleo e igualdad de remuneración@. A su vez, en el punto 5.6, recomendó que Ael Gobierno de la Argentina adopte medidas para garantizar la igualdad de hecho y de derecho entre el hombre y la mujer en lo que respecta al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales@ (Rev. Investigaciones, 3 (1999), ps. 759/60).
También la doctrina remarcó la existencia de este flagelo en el ámbito laboral. Así, V. Rubio, afirma que “en nuestra sociedad hay una discriminación negada”. Su análisis tiene muy en cuenta el Convenio 111 de la OIT. contra la discriminación (“Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio”, en Rev. de Derecho Laboral 2000-1, p. 219 y ss..; Elffman, M., “La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio, en la misma revista, t. 2000-1, p. 241 y ss., afirma con razón que “no hay ley más común que la ley antidiscriminatoria”).
Es útil hacer referencia a la doctrina sentada por el Consejo de Estado de Grecia, en el sentido de que si se comprueba que, en razón de prejuicios sociales, se han establecido en la práctica discriminaciones sociales respecto de una categoría de personas, y que la aplicación rígida del principio de igualdad consolida y eterniza de hecho es a desigualdad, es posible el

dictado de medidas positivas en favor de dicha categoría. Agregó que Ano son contrarias a la Constitución las medidas positivas tomadas respecto de las mujeres, cuando aquellas se dirigen al restablecimiento de la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres@ (decisión del 8/5/98, Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, Comisión de Venecia, Ed. 1998, 2, p. 240).

Una de las Conclusiones del Comité de Expertos Independientes, cuya tarea consiste en examinar si los Estados adecuan sus legislaciones y prácticas con los derechos consagrados en la Carta Social Europea, fue que uno de los principales compromisos de los gobiernos para logar la igualdad entre hombres y mujeres, es mantener la lucha con la discriminación en el empleo (Conclusiones IX-1, p. 12). Entre las medidas de orden práctico, el Comité exige a los Estados, no sólo que levanten todos los obstáculos jurídicos que impiden el acceso a determinados empleos, sino también que una acción positiva y concreta sea emprendida con el fin de crear en los hechos una situación susceptible de asegurar una igualdad completa de tratamiento (Conclusiones I, p. 15; ver también Consejo de Europa, ALa femme dans le monde du travail@, Cahiers de la Charte sociale, Estrasburgo, n 2, 1995, ps. 7/40).

Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la discriminación indirecta en razón del sexo es que el empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas, lo que debe ser valorado por los jueces. Los tribunales deben ser rigurosos, ya que las normas que protegen frente a las discriminaciones indirectas tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que tienen un efecto discriminatorio sobre las mujeres (McGlynn, C. y Farrelly, C., AEqual Pay and the >Protection of Women within family life=@, European Law Review, vol. 24, n 2, abril de 1999, p. 202).

De las constancias de autos surge que el 24 de diciembre de 1999 se presentó ante un notario el coordinador y docente de la Clínica Jurídica de Interés Público que funciona en la Universidad de Palermo. El escribano concurrió a diversas heladerías (no pertenecientes a la cadena Freddo) y constató que había mujeres atendiendo al público (fs. 11/12).

El 23 de octubre de 2000, otra escribana, también a pedido de la referida clínica, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo, y constató que eran hombres los que atendían al público (fs. 156/8).

A fs. 13 obra la copia de un aviso aparecido en un diario en el que Freddo solicita “100 empleados de atención al cliente”, “70 repartidores”, y “20 caminantes” y, entre los requisitos exigidos se menciona el “sexo masculino”. En otro aviso, en el que se solicitaron “50 empleados de atención al cliente” dirigido a “quienes posean muy buena capacidad de relacionamiento y disposición para la atención de clientes”, también se exigió como requisito el “sexo masculino” (fs. 14). Lo mismo sucedió con el aviso en el que se requirieron 100 empleados de atención al cliente y 100 repartidores (fs. 16) La situación se repite con los avisos de fs. 17, 18,19, 20 (este último para “refuerzo de fin de semana”. La excepción la constituye el pedido de “telemarketers”, en el que se aclara que está dirigido jóvenes de

ambos sexos (fs. 23). En otros avisos, si bien no exigen expresamente el sexo masculino, se utilizan las palabras “empleado”, “repartidores”, con cierta alusión al sexo masculino.
La no discriminación por razón del sexo, en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por “antes” el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva. Es así que algunas legislaciones, como la chilena, la paraguaya y la uruguaya, tienen normas específicas para prohibir el uso del motivo “sexo” para elegir al ocupante del puesto vacante (M. Paz Garafulic Litvak, ob.cit., p. 336). La ley paraguaya hace la salvedad de casos en los que el trabajo configure algún riesgo para la mujer (art. 132, Código del Trabajo). En Perú, la ley 26.772 prohíbe la discriminación por sexo en el acceso al empleo y, salvo excepciones, todo requerimiento que formule semejante distinción es considerado discriminatorio (L. Vinatea Recoba, “Discriminación laboral por razón de sexo en el Perú”, cit. en M. Paz Garafulic Litvak, ob.cit., p. 312). En este país es posible, ante anuncios discriminatorios, que se impongan sanciones al denunciado y que se lo condene a reparar los daños y perjuicios causados. A partir de 1998, cuando fue reglamentada dicha ley, los avisos discriminatorios disminuyeron un 40%.
Los referidos avisos periodísticos motivaron que la ciudadana Mariana Alvarez se presentara ante la Defensoría del Pueble de la ciudad de Buenos Aires. Se labraron actuaciones de la que surge que, según lo informado por el ANSES, en diciembre de 1999, la empresa tenía una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres, y sólo 35 mujeres (fs. 182). También surge de dicho expediente que la representante de Freddo , tras explicar el perfil del empleado destinado a la atención del cliente, señaló que los requisitos exigidos son una edad entre 18 y 25 años, y el sexo masculino (fs. 184). Informó también que durante 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, lo que mejoró en 1999, ya que ingresaron 297 empleados, de los cuales 33 fueron mujeres (v. Fs. 187). Cabe también señalar que Freddo ofreció un peritaje contable, pero fue declarada negligente en la producción de esta prueba (fs. 226).
Más adelante, la empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían “efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgrs., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada (…) En este sentido FREDDO pretende ‘proteger’ y no discriminar a la mujer (fs. 189).
A fs. 216/7 declaró Pablo Sartán, a cargo del área de recursos humanos de la demandada, quien señaló que los potes de aluminio antes pesaban 20 ks y que ahora pesan entre 8 y 9 ks., lo que justificaba que se contrataran hombres, pero que esa política había cambiado tras

la compra de la empresa por el Grupo Exel.
La justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual.
Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigida a las mujeres también es reputada discriminatoria. Señala. M. Ackerman que “Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los hombres como para las mujeres. Por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y necesario en los trabajos de enfermería -actividad en que la población laboral suele ser predominantemente femenina- normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad. Por último, si la explicación se reduce a que la prohibición legal debe entenderse justificada para aquellos trabajos que pudieren poner en peligro la capacidad de gestación -que no es en estos términos como aparece reseñada en la legislación argentina- igual restricción debería corresponder para los que, de igual forma o en términos similares, afectaran a los hombres” (“La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina”, Ed. Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Bs. As., 2000).
Apreciaciones similares merece la prohibición para las mujeres del trabajo a domicilio contenida en el art. 175 de la LCT, en tanto ven reducidas sus opciones en este tipo de labores.
Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio.
Como se adelantó, no basta con el reconocimiento de los derechos sino que es necesario, también, promoverlos y garantizarlos para que sean efectivos. Las garantías son diversas: a) nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; b) recursos adecuados ante los tribunales; c) imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos.

Una de las consecuencias más importantes derivadas de la relación entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Constitucional es la relativa a las obligaciones estatales. Esto es, determinar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en los tratados internacionales, respecto de los derechos humanos allí reconocidos (Ayala Corao, C., "El derecho de los derechos humanos", ED, 160-758). Se ha señalado que estas obligaciones son ejecutables y exigibles de manera inmediata por los individuos frente al Estado (conf. Bidart Campos, G., ALas obligaciones en el Derecho Constitucional@, Bs As, 1987, ps. 27/8; Ayala Corao, ob. cit..).
Revisten particular importancia los arts. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que luego de establecer el compromiso de los Estados partes a respetar y "garantizar" determinados derechos sin discriminación, les impone la obligación, en el caso de no estar aún garantizados, de adoptar las medidas oportunas (legislativas o de otro carácter) para hacerlos efectivos. En caso de incumplimiento, surge la responsabilidad internacional del Estado.
Se trata, pues, de tres obligaciones: respeto de los derechos humanos, adopción de las medidas necesarias para hacerlos efectivos, y garantizar su libre y pleno ejercicio mediante medios judiciales sencillos para obtener su restablecimiento y, en su caso, la indemnización del daño. Este derecho internacional de los derechos humanos tiene, entre otras características, la autoejecutividad u operatividad (sus disposiciones se aplican sin necesidad de un desarrollo legislativo previo), y lo que se denomina "posición preferida" (preferred rights position), esto es que, en caso de conflicto, prevalece una norma de derechos sobre otra de poder (Hitters, AAlgo más sobre el proceso transnacional@, ED, 162-1020; Nikken, P., AEl concepto de derechos humanos@, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, S. José, 1994, p. 15 y ss.; Gutierrez Posse, H., "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", ED, 163- 893).
En lo que aquí interesa, es la actuación de este Tribunal la que puede garantizar, en el caso concreto, que se haga efectivo el derecho invocado por la entidad actora en beneficio de las mujeres, a las que representa en forma colectiva. Como escribiera Bobbio, "el problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos. No es un problema filosófico, sino político y ético" ("El tiempo de los derechos", 1991, Madrid, p. 21).
Por último, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional 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 -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros,

produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. del 22/3/99, n 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485).
Si bien es cierto que los directivos de una empresa suelen hacer prevalecer criterios económicos por encima de los jurídicos en la conducción de la actividad empresarial, la verdad es que estas situaciones tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.
Por ende, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber justificado con argumentos razonables la demandada su conducta, el Tribunal RESUELVE: Revocar la sentencia apelada y hacer lugar al amparo; con costas a la vencida. Corresponde, entonces, condenar a FREDDO S.A. a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.
Claudio M. KIPER. Jorge GIARDULLI
————————————————————–