



Revista de la Facultad de Derecho

ISSN: 0797-8316

eISSN: 2301-0665

Facultad de Derecho. Universidad de la República.

Lobato, Julieta

Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género.
Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso "Sisnero"
Revista de la Facultad de Derecho, núm. 46, 2019, Enero-Junio, pp. 1-48
Facultad de Derecho. Universidad de la República.

DOI: <https://doi.org/10.22187/rfd2019n46a9>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568161026003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

Julieta Lobato✉

Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”⁽¹⁾

*Equality Clause in the Workplace and Gender Perspective.
Contributions from the Argentinean Labour Law
from the Case “Sisnero”*

Cláusula de igualdade no local de trabalho e perspectiva de gênero. Contribuições do Direito Trabalhista argentino do caso “Sisnero”

Resumen: En los últimos años la cláusula constitucional de igualdad, originalmente analizada a la luz del paradigma de la igualdad formal, ha sido reinterpretada por parte de la literatura jurídica. Esta revisión, que se llevó a cabo principalmente desde el derecho constitucional y los derechos humanos, reconoce una ausencia: el derecho del trabajo. Proponemos avanzar en este ámbito normativo, atendiendo en particular al caso de la desigualdad de género. Al desarrollar un análisis documental de la principal producción sobre la cláusula de igualdad, demostraremos cuál ha sido la recepción formulada por la Ley de Contrato de Trabajo y expuesta por la Corte Suprema de Justicia al resolver casos laborales. La preponderancia de una noción de principio antidiscriminatorio, nos conduce a examinar la trama argumentativa en materia de discriminación de género, desarrollada por la Corte Suprema en el caso “Sisnero”. Este recorrido construye el argumento central de este trabajo, que sostiene la necesidad de robustecer la interpretación de la cláusula igualitaria mediante la incorporación de la igualdad como no sometimiento, que activa la posibilidad de atender a situaciones de injusticia estructurales.

✉ Abogada. Maestranda en Derecho del Trabajo (UBA). Becaria de investigación UBA-CyT en “Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja”. Docente de Derecho del Trabajo en Facultad de Derecho, UBA.

✉ julieta.lobato.11@gmail.com

Palabras clave: igualdad, derecho antidiscriminatorio, igualdad como no-sometimiento, derecho del trabajo, desigualdad de género, derechos de las mujeres.

Abstract: In recent years, the constitutional equality clause, originally analyzed as formal equality, has been reinterpreted by certain legal literature. This revision, which was carried out mainly from constitutional law and human rights, recognizes an absence: the labour law. We propose to advance in this normative field, taking into account gender inequality. When developing a documentary analysis of the main production on the equality clause, we will demonstrate how was received by the Labour Contract Law and exposed by the Supreme Court of Justice when resolving labour cases. The preponderance of a notion of anti-discriminatory principle leads us to examine the argumentative plot on gender discrimination developed by the Supreme Court in the "Sisnero" case. This route builds up the central argument of this article that sustains a strengthening of the equality conception, by incorporating equality as non-subjection, which activates the possibility of addressing situations of structural injustice.

Keywords: Equality, Anti-Discrimination Law, Equality as Non-Subjection, Labour Law, Gender Inequality, Women's Rights.

Resumo: Nos últimos anos, a cláusula de igualdade constitucional, originalmente analisada à luz do paradigma da igualdade formal, foi reinterpretada pela literatura jurídica. Esta revisão, que foi realizada principalmente a partir do direito constitucional e dos direitos humanos, reconhece uma ausência: o direito ao trabalho. Propomos avançar nesse campo normativo, dando atenção especial ao caso da desigualdade de gênero. Ao desenvolver uma análise documental da produção principal sobre a cláusula de igualdade, demonstraremos que a recepção foi feita pela Lei de Contrato de Trabalho e exposta pelo Supremo Tribunal de Justiça na resolução de casos trabalhistas. A preponderância de uma noção de princípio antidiscriminatório leva-nos a examinar o enredo argumentativo sobre discriminação de gênero, desenvolvido pela Suprema Corte no caso "Sisnero". Esta jornada constrói o argumento central deste trabalho, que apóia a necessidade de fortalecer a interpretação da cláusula igualitária, incorporando a igualdade como não-submissão, que ativa a possibilidade de abordar situações de injustiça estrutural.

Palavras-chave: igualdade, lei antidiscriminatória, igualdade como não-submissão, direito trabalhista, desigualdade de gênero, direitos das mulheres.

Recibido: 20181031

Aceptado: 20181220

Introducción

Las sociedades democráticas se desarrollan en el centro de una delicada dicotomía: por una parte, la afirmación jurídica de la igualdad y, por otra, las inequidades sociales que estructuran la vida de las personas (Dubet, 2011). Específicamente las latitudes latinoamericanas poseen los índices de desigualdad más altos del mundo. Esta *cultura del privilegio* (CEPAL, 2018), en la que sólo ciertos grupos acceden al ejercicio efectivo de derechos, opera mediante la reproducción institucional de la jerarquización de la diferencia como desigualdad material.

En este contexto, el Derecho del Trabajo representa un escenario especial para disputar los sentidos de la igualdad. Como toda normativa jurídica, el derecho laboral constituye un espacio privilegiado donde se modulan las formas posibles de vida. Sin embargo, su especificidad reside en el especial campo de fuerzas sobre el que opera: al regular la relación jurídica entre empleadores y trabajadores con una clara vocación protectoria hacia éstos, reconoce una desigualdad originaria entre las personas, en términos de distribución económica y social. En consecuencia, se aleja de los presupuestos liberales básicos que estructuran los ordenamientos jurídicos modernos, en tres movimientos: (a) el Derecho del Trabajo se construye a partir de la noción de asimetría entre las partes; (b) reconoce sujetos colectivos de los vínculos laborales y les otorga poder normativo; (c) postula la intervención activa del Estado dentro de los contratos particulares (Sanguineti, 1996).

En Argentina, a partir de la década de 1980 las mujeres ingresan masivamente al mercado laboral⁽²⁾. Pero este aumento en la participación laboral femenina contrasta con la aparición de múltiples formas de segregación de género, dado que los empleos se encuentran moldeados bajo lógicas masculinas⁽³⁾. Más aún, la persistente división sexual del trabajo como matriz que estructura la separación entre trabajo productivo y reproductivo, posiciona a las mujeres en actividades informales, precarizadas y vinculadas a tareas de cuidado (OIT, 2018). Así, el mercado laboral constituye un espacio de gran in-

equidad hacia las mujeres⁽⁴⁾. Ante este escenario, cabe preguntarnos cuáles son las herramientas que el ordenamiento jurídico laboral proporciona para garantizar sus derechos. Más aún, estas herramientas: ¿son sensibles a la situación de desigualdad en que se encuentran las mujeres? ¿O se requiere re-interpretarlas para que sean porosas a estas desigualdades que antes estaban invisibilizadas?

En este contexto se sitúa el presente estudio. Desarrollaremos dos argumentos: (1) en el Derecho del Trabajo argentino impera un *principio antidiscriminatorio* insuficiente para abordar situaciones de discriminación estructural (Saba, 2007); (2) estos casos, en particular el de las mujeres trabajadoras, requieren adoptar una noción de *igualdad como no sometimiento*. Así pues, nuestro recorrido comenzará por un análisis descriptivo de las diferentes fórmulas de igualdad para establecer su recepción por parte de la Ley de Contrato de Trabajo⁽⁵⁾ (I); el predominio de una noción clásica de igualdad, concebida como principio antidiscriminatorio, nos conduce a analizar cómo lo aplicó la Corte Suprema de Justicia al resolver casos de la materia (II); por último, pondremos a prueba nuestra tesis acerca de la necesidad de incorporar la noción de *igualdad como no sometimiento* a casos de discriminación laboral hacia las mujeres, mediante la reconstrucción de las herramientas argumentativas elaboradas por la Corte Suprema en el caso “Sisnero” (III) sobre acceso de las mujeres al trabajo del servicio de transporte público de personas, suministrado por empresas privadas.

Localizar los márgenes: la igualdad en clave laboral

A partir de la cláusula de igualdad contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional⁽⁶⁾, la teoría constitucional ha desarrollado diversas interpretaciones. La primera de ellas expone una visión *estrictamente formal* de la igualdad, según la cual se satisface el imperativo constitucional cuando proporcionamos un trato igualitario a todas las personas que se encuentran dentro de una categoría previamente determinada por ley. La limitación fundamental de esta interpretación radica en el énfasis sobre la aplicación del derecho, sin cuestionar la categoría estipulada por el legislador (Alexy, 1993). Así, surgen diversos interrogantes: ¿Qué naturaleza tiene la categorización? ¿Cómo determinamos su legitimidad? ¿Qué criterio debe aplicarse para la distinción? Esta interpretación ceñida ha sido la base de la lógica de “igualdad entre iguales”, que enervó la legislación racista desplegada en Estados Unidos hasta mediados del siglo pasado⁽⁷⁾.

Con el objetivo de atender a estos interrogantes, se desarrolló una noción *jurídico-material* de la igualdad o *principio antidiscriminatorio*. Éste postula, para el respeto del mandato de igualdad, igual trato a todas las personas que se encuentren en “igualdad de circunstancias relevantes” (Clérigo y Aldao, 2011, p. 162). Así, esta fórmula de igualdad establece que la legitimidad de la distinción se determinará en base al vínculo entre el criterio y la finalidad perseguida, lo que precisará la “relevancia” de las circunstancias para efectuar la distinción. Entonces, un trato diferenciado respetará el mandato constitucional de igualdad, cuando entre el fin de la norma y el criterio utilizado exista una relación de *funcionalidad* (Saba, 2007, p.173).

Así pues, en vistas a establecer la razonabilidad de una distinción, se deben desarrollar tres exámenes: *idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad* (Clérigo, 2009). El primero se pregunta acerca de la aptitud de la distinción a fin de lograr el objetivo. Por su parte, el segundo examen busca indagar acerca de la existencia de otras posibilidades que no impliquen un tratamiento diferencial, pero logren el objetivo deseado. Por último, a través del examen de proporcionalidad en sentido estricto, se determina la medida de afectación del principio de igualdad y se la contrasta con las razones de la distinción. En caso que la afectación supere las razones, se reputará arbitraria.

Estos exámenes de igualdad se desarrollan en tres niveles: el *escrutinio leve* o “examen de mera razonabilidad”, parte de la presunción de constitucionalidad de la distinción. Por ende, quien alega la arbitrariedad de un acto deberá demostrar su falta de idoneidad, de proporcionalidad o la existencia de medios alternativos menos lesivos; a partir de la legitimidad de la distinción, el *escrutinio intermedio* requiere la demostración del vínculo entre el criterio adoptado y la medida implementada. Para ello se debe comprobar la existencia de un fin trascendental que justifique la medida; por último, el *escrutinio intenso, estricto o exigente* (Clérigo, 2009), se basa en la presunción de inconstitucionalidad de la distinción, por lo que el demandado deberá derribarla. Ello implica que deberá demostrar la existencia de una finalidad primordial, de medios que promuevan la distinción y la inexistencia de otras medidas menos lesivas de alcanzar la misma finalidad (Clérigo, 2009; Treacy, 2011). La presunción de inconstitucionalidad se funda en que la distinción opera en base a criterios prohibidos o *categorías sospechosas* (Gullco, 2007; Clérigo, 2009; Treacy, 2011).

De este modo, la noción de igualdad como principio antidiscriminatorio constituye un insumo conceptual hábil para desactivar prácticas discriminatorias particulares: planteada la cuestión ante un tribunal, éste deberá evaluar las constancias de la causa, de modo de efectuar el test de razonabilidad en alguno de los tres escrutinios, lo que permitirá establecer la inconstitucionalidad del trato diferenciado; ello concluirá en la determinación de una reparación concreta en favor del accionante.

Ahora bien, la noción de igualdad implica, en menor o mayor medida, una comparación entre personas o grupos de personas (Clérigo y Aldao, 2011; Añón Roig, 2013). Si bien la fórmula de igualdad material se cuestiona acerca del criterio y las causas del tratamiento diferenciado, persiste una matriz de comparación liberal-burguesa, determinada a semejanza del hombre blanco, de clase media y heterosexual. El postulado de “igualdad de trato ante igualdad de circunstancias relevantes”, carece de la amplitud necesaria para abordar situaciones en las que las diferencias entre las personas sí son relevantes (Ronconi y Vita, 2012). Es decir, es poco probable que mediante el uso de esta fórmula podamos dar cuenta de situaciones de exclusión social, producidas a través de dinámicas de subordinación que afectan a ciertos grupos sociales⁽⁸⁾ (como las mujeres), que no se adecúan al parámetro universal del “sujeto de derecho”⁽⁹⁾; matriz del examen de igualdad jurídico-material. De ahí que el principio antidiscriminatorio difícilmente pueda desactivar relaciones sociales de dominación, que moldean a algunos grupos de personas como oprimidos y otros como privilegiados.

Las razones de la exclusión de los grupos oprimidos se basan en prejuicios o patrones culturales insertos en los procesos de estructuración social (Clérigo, Ronconi, Aldao, 2013), cuyos sentidos son significados en contextos temporales situados. Por ende, al basarse en un modelo individual (Saba, 2007), la noción de *igualdad jurídico-material* no logra dar cuenta de las prácticas culturales, los procesos económicos-sociales, los discursos e instituciones a través de las que se construyen tales relaciones de opresión. Estos grupos requieren de mecanismos tutelares que logren repeler esas prácticas excluyentes.

De este modo, se torna imperioso avanzar hacia concepciones de igualdad que ofrezcan la densidad analítica necesaria para abordar situaciones de injusticia sistemática, determinadas a través de relaciones de dominación que estructuran la sociedad. Con esto me refiero a una noción de igualdad que

permite dar cuenta de las condiciones de posibilidad que facultan la participación pública mediante el ejercicio pleno de derechos, a ciertas personas y no a otras. Este horizonte de sentido persigue la noción de *igualdad como no sometimiento*⁽¹⁰⁾ (Saba, 2007, p.185). Tal interpretación introduce al análisis jurídico, el pulso de las condiciones económicas, sociales e históricas que determinan el acceso al ejercicio de derechos.

En el caso de las mujeres trabajadoras, la adopción de un enfoque de *igualdad como no sometimiento* implica indagar sobre los patrones culturales y económicos-sociales que informan la construcción genérica de las personas, mediante la afirmación de comportamientos diferenciados de acuerdo con el sexo y el impacto diferencial que producen en las oportunidades laborales de mujeres y varones. Estos patrones cimientan relaciones de poder asimétricas entre los sexos, en cuyo extremo más débil se encuentran las mujeres (Pautassi, 2011). Por lo tanto, el principio de *no sometimiento*, permite comprender que las situaciones de discriminación experimentadas por las mujeres no responden a hechos aislados o desarticulados entre sí, sino que constituyen manifestaciones de la opresión que modula los vínculos sociales sexo-genéricos, en contextos históricos determinados.

Desde esta perspectiva, el examen funcional de razonabilidad se complementa con el análisis de las tramas históricas y sociales articuladas de modo de reproducir estructuras asimétricas de poder entre las personas, que redundan en la sistemática exclusión de algunos grupos (Añón Roig, 2013). Así, los niveles de escrutinio se integran con un examen sobre los presupuestos fácticos del contexto situado donde se produce el trato discriminatorio.

En este punto se podría objetar que esta noción de igualdad excede la manda constitucional del artículo 16 de la Constitución argentina. Sin embargo, la noción de igualdad se vio enriquecida en dos momentos constitucionales diferentes.

El primero se inscribió en el proceso más amplio conocido como *constitutionalismo social* de mediados del siglo XX. Inaugurado a partir de las Constituciones de Querétaro (1917), Bolchevique (1918) y Weimar (1919), este movimiento se caracterizó por una mutación en las concepciones de Estado y ciudadanía, a partir de la incorporación al texto constitucional de derechos sociales (Vita, 2018a). Esta recepción por parte de los ordenamientos

jurídicos (que hasta el momento tenían un fuerte apoyo en las libertades individuales y la propiedad privada), fue fruto de las crecientes luchas obreras que se desarrollaron desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. En este marco, la reforma constitucional argentina de 1949 constituye la primera oportunidad en la que se integraron al texto constitucional, diversos derechos vinculados al trabajo (Vita, 2018b). Si bien dicha reforma fue derogada por el gobierno de facto de 1955, en el siguiente proceso reformista de 1957 se incluyó el artículo 14 bis, que retomó varios derechos de la experiencia previa y continúa vigente hasta la actualidad. Sin lugar a dudas, la introducción de esta cláusula constitucional implica una ampliación en la mirada de la igualdad, que hasta ese momento se traducía en una fórmula meramente formal. Es decir, otorgar protección constitucional a los derechos vinculados al trabajo implica reconocer una situación de desigualdad social y económica de base, que estructura la vida de las personas en una sociedad⁽¹¹⁾.

Luego, en el año 1994 se produce un segundo proceso de robustecimiento de las expresiones de igualdad, a través del reconocimiento de jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, que en forma general o específica se refieren a la igualdad (art. 75 inc. 22)⁽¹²⁾, de la posibilidad de recabar amparo colectivo contra cualquier forma de discriminación (art. 43) y de diagnosticar que determinados colectivos se encuentran en una situación desigual de hecho, de partida para el ejercicio de los derechos (art. 75 inc. 23). El reconocimiento que este último artículo efectúa respecto de la situación fáctica de desigualdad social en la que se encuentran ciertos grupos (entre ellos, las mujeres) implica, en suma, reconocer que el “modelo individual” de la igualdad (consagrado en el art. 16), no ha dado respuestas satisfactorias a la exclusión sistemática de ciertas personas que pertenecen a grupos sociales determinados (Zayat, 2014a).

Más aún, la inscripción de las “medidas de acción positiva” en los artículos 37, 75 inc. 19 y 75 inc. 23, tensionan el principio antidiscriminatorio, dado que constituyen tratos diferenciales proporcionados a ciertos grupos estructuralmente segregados (Saba, 2007). Al reconocer las diferencias de grupo, las medidas de acción positiva permiten aplacar situaciones de opresión. Por consiguiente, no se condicen con el test de razonabilidad pero, ciertamente, resultan armónicas bajo el espectro de la *igualdad como no sometimiento*.

En el marco del Derecho Internacional del Trabajo, la Organización Inter-

nacional del Trabajo (OIT) adoptó, desde sus comienzos, el principio de igualdad como un pilar fundamental. Así, Convenio núm. 100⁽¹³⁾ de la OIT⁽¹⁴⁾ (*Convenio sobre igualdad de remuneración*), establece la obligación de los Estados Partes de garantizar igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

Por su parte, el Convenio nro. 111⁽¹⁵⁾ de la OIT (*Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*), establece en el primer artículo que entiende por discriminación: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Con el objeto de resaltar el carácter no exhaustivo del listado de categorías, el inciso b) del mismo artículo determina que también se considerará discriminación a cualquier otra diferenciación que a consideración de los Estados, vulnere la igualdad de oportunidades o trato en el marco de los vínculos laborales.

A su vez, en 1998 la OIT acogió la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. En ella se determina la necesidad de proteger más intensamente ciertos derechos que son reconocidos como fundamentales. Entre ellos se encuentra la “eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. En este sentido, la Declaración impone la obligatoriedad de respetar los Convenios que tutelan estos derechos, incluso cuando no hubieren sido ratificados por los Estados Parte. En el caso de la protección contra la discriminación, se incluyen tanto el Convenio núm. 100 como el Convenio núm. 111.

A partir de la adopción de la *Declaración*, la OIT ha venido desarrollando programas vinculados a la igualdad de género en el trabajo en forma sistemática, principalmente a través de la *Oficina para la Igualdad de Género*. Así, en el año 2005 el Consejo de Administración decidió incorporar el análisis de género como estrategia para la igualdad, a las actividades de cooperación técnica con los Estados Parte⁽¹⁶⁾. En esta línea, la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2009 adoptó a la igualdad de género como un eje fundamental del trabajo decente, desde un enfoque de derechos y eficacia económica:

la igualdad de género en el mundo del trabajo no es sólo una cuestión de derechos humanos y de justicia para los trabajadores, sino que también reviste interés desde el punto de vista empresarial para los em-

pleadores, y es fundamental para el logro del crecimiento económico y la reducción de la pobreza a nivel nacional (OIT, 2009a, VII).

Como vemos, en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo la igualdad de género se constituye en un pilar fundamental de protección. Sin embargo, resta analizar las disposiciones del derecho doméstico.

En Argentina, las pautas igualitarias de la *Ley de Contrato de Trabajo* (en adelante, LCT), se encuentran contenidas en los artículos 17 y 81. En ellos se determina que el empleador deberá otorgar un trato igualitario a todos los trabajadores en idénticas situaciones. Asimismo, la LCT establece la prohibición de dispensar tratos discriminatorios fundados en raza, nacionalidad, edad y sexo. No obstante, la norma estipula que no se considerará tratamiento discriminatorio a aquél que el empleador funde en razones objetivas de bien común. Por su parte, el artículo 172 de la LCT reproduce la prohibición de discriminación, pero en relación a las mujeres trabajadoras específicamente.

Ahora bien, en materia de protección a la maternidad⁽¹⁷⁾, la LCT construye un mecanismo diferenciado, a través del juego de tres disposiciones: en primer lugar, determina que toda mujer en período de gestación que hubiera notificado a su empleador de dicha situación, gozará de estabilidad en el empleo (art. 177, 3er párrafo); luego, establece una *presunción* según la cual el despido tendrá como causa la maternidad, si se produjera siete meses y medio antes o después de la fecha presunta de parto (art. 178); lo que impone una obligación de pago de una indemnización agravada, a cargo del empleador (art. 182). El mismo sistema de protección rige para los casos de matrimonio, de acuerdo a los artículos 180 a 182 LCT. Estas normas establecen un *examen de igualdad de escrutinio intenso* en virtud del cual, producido el despido, la trabajadora deberá acreditar únicamente que el empleador se encontraba notificado del estado de gravidez. La presunción de arbitrariedad que pesa sobre ese acto extintivo, sólo podrá desvirtuarse si el empleador prueba la existencia de una causa sustancial y la inexistencia de medios alternativos al despido. En caso que el empleador no pueda derribar la presunción, la LCT le impone el pago de una indemnización agravada.

Así pues, la fórmula de igualdad presente en los principales instrumentos jurídicos laborales responde al *principio antidiscriminatorio*. Esta noción impone al empleador la obligación de dispensar un trato igualitario a todos los

trabajadores que se encuentren en igualdad de circunstancias, con expresa prohibición de discriminar en base a ciertas categorías. En materia de protección de la maternidad, la LCT propugna un examen de igualdad en sentido estricto, mediante la imposición de una presunción que invierte la carga probatoria hacia el empleador.

Asimismo, un debate álgido en la doctrina laboralista fue el relativo a la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria Nro. 23.592 a los vínculos laborales. Este debate se centró en torno al efecto sustancial que deriva de la aplicación de la ley 23.592⁽¹⁸⁾. Dado que el art. 1 de la ley estipula la cesantía del acto discriminatorio⁽¹⁹⁾, ello implica que ante un despido discriminatorio, el mismo debe ser dejado sin efecto y, por ende, la persona afectada debe ser reinstalada en su puesto laboral. Esta discusión fue zanjada por la Corte Suprema argentina en ocasión de resolver la causa “Álvarez”, que analizaremos en lo que sigue.

La igualdad en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

Hasta aquí hemos revisado la literatura constitucional y de derechos humanos existente que informa las diferentes interpretaciones de la cláusula constitucional de igualdad. Hemos visto que las insuficiencias de una noción meramente formal de la igualdad, motivaron la consolidación del principio jurídico-material o antidiscriminatorio. A su vez, comprobamos que este principio fue receptado por los principales instrumentos jurídicos en materia laboral en Argentina.

Ahora bien, nuestro argumento principal sostiene que para hacer frente a casos de discriminación hacia las mujeres (que representan formas estructurales de desigualdad), es necesario avanzar hacia nociones de *igualdad como no-sometimiento* que permitan dar cuenta de las relaciones de opresión a las que se ven sometidas. Por consiguiente, para advertir las insuficiencias que detenta el principio antidiscriminatorio, es preciso detenernos en la forma en que ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia argentina, al resolver casos de discriminación referidos, en forma directa o indirecta, a los derechos de trabajadoras en los ámbitos laborales. Al respecto sostenemos que el primer caso donde la Corte aplica un enfoque de género explícito (*gender mainstreaming*⁽²⁰⁾), en materia de derecho de las trabajadoras es el fallo “Sisnero”, que analizaremos en profundidad (apartado 4). A los efectos de mostrar el contraste

jurisprudencial con anterioridad a Sisnero, reconstruiremos la línea jurisprudencial en materia de discriminación laboral en casos que exponen la cláusula de igualdad (apartado 3.1). Esto nos permitirá sostener que el contraste está dado por el enfoque aplicado. Para ello, adelantamos que por *enfoque o perspectiva de género*⁽²¹⁾ entendemos el método que permite develar las formas en que se presenta la dominación sexista, tanto en el texto legal como en la argumentación jurídica, identificando las concepciones sexo-genéricas que sustentan al fallo y los efectos que dicha dominación irradia hacia la decisión y la protección de los derechos de las mujeres (Facio, 1992).

De tal forma, el *enfoque de género* se erige en una herramienta metodológica potente para revelar las estructuras e ideologías sexistas presentes en el discurso jurídico laboral. En ese sentido, contribuye al paradigma de la *igualdad como no-dominación* al evidenciar los mecanismos económicos, sociales, históricos y culturales a través de los cuales se construyen estructuras de opresión que determinan a las mujeres (e identidades de la diversidad sexual), como grupos oprimidos respecto de los varones como grupo privilegiado.

a. Jurisprudencia anterior a “Sisnero”: ¿atando cabos?⁽²²⁾

Un fallo precursor en materia de discriminación por razón de sexo en el empleo es el caso “Carballo” de 1973. La demanda fue interpuesta por cuarenta y dos trabajadoras de la Prefectura Nacional Marítima en búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad del decreto 7673/55. Este decreto excluía a las mujeres del estado policial, incorporándolas al régimen del personal civil de las Fuerzas Armadas. Las reclamantes consideraron que dicho decreto violaba su derecho a la igualdad (art. 16 CN), dado que la exclusión fue impuesta sólo a las mujeres.

Tanto primera como segunda instancia habían rechazado la pretensión en el entendimiento que, a la luz de la garantía de igualdad, resultaba “razonable pensar que motivos de conveniencia administrativa hayan movido a otorgar sólo a los varones -y no a las mujeres- una opción de permanecer en la Prefectura Nacional Marítima con estado policial”⁽²³⁾. Para resolver la cuestión, la Corte Suprema argentina sostuvo que:

la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado

policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial (Considerando 7º).

Como podemos ver, el máximo Tribunal se aleja del decisorio de las instancias anteriores y determina la violación al principio de igualdad contenido en el art. 16 CN. Para así decidir, se basa en una noción de principio antidiscriminadorio (en contraste con la noción formal enarbolada por las instancias previas) y desarrolla un examen de mera razonabilidad (Treacy, 2011), ya que determina la falta de justificación de la exclusión dispuesta por la norma.

Luego, la Corte analizó los alcances de la cláusula de igualdad en el ámbito laboral en el caso “Dardanelli de Cowper” Allí la trabajadora, que se desempeñaba como auxiliar a bordo en aeronaves, sufrió un accidente de trabajo. En virtud del siniestro, cuestionó la validez constitucional del régimen indemnizatorio previsto en el Estatuto Profesional para el Personal Navegante de la Aviación Civil. Éste resultaba significativamente menor al régimen general en materia de accidentes de trabajo. La Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen indemnizatorio especial, por violentar el derecho a la igualdad de la trabajadora. El estándar aplicado por la Corte se extrae de los siguientes argumentos:

La validez constitucional de las distinciones y clasificaciones establecidas por las leyes laborales se encuentra subordinada a que deriven de causas objetivas o de razones sustanciales, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios (Considerando 3º).

En este orden de ideas, se impone aceptar que una diferencia económica tan significativa entre la indemnización dada a la actora y la que le correspondería por el mismo infortunio a todo trabajador dependiente de cualquier otra actividad aun dentro de un sistema reparador de alcances limitados, exige para su validez en los términos del art. 16 de la Ley Fundamental, una causa objetiva o razón sustancial de inequívoca existencia (Considerando 7º).

Nuevamente la Corte desarrolla un examen de mera razonabilidad, pero contrasta los niveles de afectación por aplicación del régimen normativo especial y general; ello conduce a sostener una violación al derecho de igualdad de la trabajadora alcanzada por el régimen especial.

Si bien el estándar expuesto no hace referencia a cuestiones de diferencia de sexos, este caso es tomado en su fórmula de igualdad en el *leading case* “Férrandez Estrella”⁽²⁴⁾ del año 1988. Allí se discutió acerca de los alcances de la cláusula de “igual remuneración por igual tarea” del art. 14 bis CN. La trabajadora se desempeñaba como jefa de departamento de terapia intensiva de un sanatorio privado. En esa calidad percibía una remuneración menor a la de sus pares e, incluso, de las personas que trabajaban bajo su supervisión. En ese sentido, interpuso la acción en búsqueda del cobro de las diferencias salariales e indemnizatorias producto del despido, sobre la base de que la remuneración percibida era discriminatoria⁽²⁵⁾.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había desestimado la pretensión de la actora en base a dos criterios: 1) la trabajadora no había logrado probar que, en virtud de las tareas que desarrollaba, la remuneración percibida “fuerá torpemente injusta”; 2) al revestir la calidad de “personal fuera de convenio”, no acreditó encontrarse en igualdad de circunstancias, lo que determinaría la arbitrariedad del trato excluyente⁽²⁶⁾. Es decir, la Cámara había efectuado un examen débil de mera razonabilidad, que partía de una fuerte presunción de legitimidad de la distinción, lo que condujo a depositar en la trabajadora la totalidad de la carga probatoria.

En cambio, el máximo Tribunal federal sostuvo que la sentencia era arbitraria, en tanto omitió “una apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis”⁽²⁷⁾. En efecto, la Corte sostiene la existencia de pruebas en el expediente que demostraban el carácter discriminatorio del trato, tales como: la comparación de las remuneraciones en base a la pericia contable; la importancia del área donde se desempeñaba la actora; los testimonios agregados a la causa, en especial el del gerente de personal; la persecución que la empresa venía sosteniendo contra la trabajadora; la eficiencia y laboriosidad de la trabajadora⁽²⁸⁾. Frente a esta plataforma, la Corte sostiene que la mera alegación por parte de la empleadora de la facultad otorgada por el art. 81 de la LCT, “no aparece provista de fundamento fáctico suficiente que la sustente”⁽²⁹⁾.

Ahora bien, especial atención merece el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué. En primer lugar, los magistrados analizan los alcances de la garantía de igual remuneración por igual tarea, como una expresión de la cláusula genérica de igualdad⁽³⁰⁾. Asimismo, sostienen que el art. 81 de la LCT expresa la obligación de los empleadores de dispensar “igualdad de trato a sus dependientes en *identidad de situaciones*”; razón por la que un tratamiento diferenciado deberá responder a una justificación objetiva. Caso contrario, resultará lesivo. Ahora bien, en relación a la distribución de la carga probatoria, los jueces sostienen:

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 presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus “circunstancias”, y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones (Considerando 7º).

Los jueces fundan su postura en el Convenio núm. 100 de la OIT (*Convenio sobre igualdad de remuneración*) y diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Entre éstos, es importante destacar la referencia al caso “Mc. Donnell Douglas Corp. vs. Green”⁽³¹⁾, en el que se estableció la regla según la cual, acreditado el presupuesto legal por el demandante, la carga probatoria se traslada al empleador quien debe aportar una causa objetiva y legítima del tratamiento diferencial, ajena a toda discriminación.

En virtud de este esquema, los jueces exponen que en el caso particular la actora había probado la precariedad de su nivel salarial en comparación con la de sus pares y subordinados, sus capacidades profesionales y buen desempeño. Por su parte, la empleadora no había aportado ninguna prueba al juicio, de hecho, había desistido de las mismas⁽³²⁾. Así, consideraron que se encontraba acreditado el carácter discriminatorio del nivel salarial percibido por la trabajadora, por lo que ordenaron hacer lugar a la queja y descalificar la sentencia recurrida.

Los fundamentos del voto concurrente de los Dres. Petracchi y Bacqué son trascendentales, ya que se proyectaron en sendos pronunciamientos posteriores, a la hora de dirimir los alcances de la igualdad en los ámbitos laborales (Alvarez, 2015). Tal es así que, en el año 1999, el voto en disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López en el caso “Ur-sini”, continúa el hilo argumental establecido en el precedente anterior. En esta ocasión se debatía el carácter discriminatorio del despido de una trabajadora con diversidad funcional⁽³³⁾.

La mayoría de la Corte⁽³⁴⁾ determinó la inadmisibilidad del recurso, por lo que no se abrió la instancia federal. Empero, los Dres. Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López establecieron su disidencia y se manifestaron por la admisión del recurso, en tanto el fallo de la Cámara había incurrido en arbitrariedad al momento de valorar la prueba recabada. Así, entendieron que los jueces de las instancias anteriores se limitaron a efectuar un examen meramente formal de igualdad, sin atender a los incoherentes argumentos expuestos por las demandadas:

Que de lo expuesto resulta que el *a quo* no se hizo cargo de las contradicciones existentes entre las contestaciones de demanda de la titular de la agencia de modelos, señora Gloria Geddes, y de YPF, precisamente en el punto que se vincula con la posible causal de discriminación, que es el previo conocimiento de las características físicas de la actora. En ese orden de ideas, tampoco valoró adecuadamente la incoherencia que supone que, cuando el representante publicitario de YPF descubrió que la actora carecía de un brazo y, preocupado por su seguridad y de su salud, habló del tema con la agencia que la habría contratado, ésta descubrió, a su vez, el indeseado protagonismo de la modelo y la despidió (considerando 10°).

En este punto, el voto en disidencia recuerda la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, en términos de la distribución de la carga probatoria⁽³⁵⁾. En ese sentido, basándose en la doctrina sentada por el voto de Petracchi y Bacqué en la causa “Fernández Estrella”, los jueces sostuvieron que las empleadoras no lograron probar la causa objetiva y sustancial que describe la presunción discriminatoria del despido. Ello los conduce a establecer que el despido de la trabajadora se presenta, a todas luces, discriminatorio⁽³⁶⁾.

Nuevamente aquí vemos que, si bien el recurso no fue admitido por la mayoría de la Corte, dos de los jueces manifestaron su disidencia y propugnaron la apertura de la instancia federal. En ese entendimiento, la regla que adoptaron en su fundamentación sigue los lineamientos establecidos por los jueces Petracchi y Bacqué en “Fernández Estrella”. Es decir, que para que el tratamiento disímil no resulte lesivo, debe fundarse en justificaciones objetivas. De este modo, cada parte deberá probar el extremo que invoca como razón de su pretensión o excepción: el trabajador o trabajadora deberá acreditar las circunstancias que alegue, mientras que la empresa deberá acreditar que el trato disímil obedeció a circunstancias de bien común o méritos objetivos⁽³⁷⁾.

Como anticipamos previamente, en el año 2010 la Corte Suprema de Justicia zanjó la discusión imperante en la dogmática jurídica laboral, en torno a la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 a los vínculos laborales privados. Fue en el caso “Álvarez”⁽³⁸⁾, donde la Corte estableció que la igualdad configura un principio del *jus cogens*, a partir de un riguroso análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, la cláusula igualitaria irroga obligaciones *erga omnes* que no sólo son exigibles a los Estados, sino también a los particulares. De ahí que el deber de respetar los derechos humanos “...se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores”⁽³⁹⁾.

La doctrina del caso “Álvarez” resulta fundamental para abordar el marco jurídico aplicable a casos de discriminación laboral. Establecida la aplicación de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 a los vínculos del trabajo, los efectos de tal aplicación continúan generando posturas disímiles, ilustradas en el voto en mayoría y el voto minoritario. Por un lado, el voto en mayoría⁽⁴⁰⁾ sostiene que la aplicación de dicha ley a casos de despido discriminatorio produce la nulidad del acto y, por ende, la reincorporación del trabajador o trabajadora a su puesto laboral. Los jueces argumentan que no existe incompatibilidad entre la reinstalación del trabajador como consecuencia de la nulidad del despido discriminatorio y la libertad de contratar del empleador⁽⁴¹⁾. Ello así dado que la reinstalación es un medio idóneo de reparación ante un caso de violación a derechos humanos. En suma, el respeto de la igualdad y prohibición de discriminación prevalece sobre libertades preminentemente económicas, tales como la libertad de contratar que deriva del derecho de ejercer toda industria lícita del art. 14 Constitución Nacional⁽⁴²⁾. En contraste, el voto en minoría⁽⁴³⁾ sostiene que la reinstalación colisiona con el sistema de

estabilidad impropia consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. En virtud de ello, proponen mantener la eficacia del despido discriminatorio, pero establecer una indemnización agravada a favor del afectado⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, esta solución no se condice con la primera parte de la argumentación. Al reconocer la supremacía del principio de igualdad como norma de *ius cogens*, la cuestión se reduce a una contienda jerárquica; mientras la igualdad se posiciona en la máxima jerarquía incluso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las libertades económicas no detentan ese mismo carácter, por lo que su jerarquía normativa es inferior. De ahí que la solución propuesta por el voto minoritario no se ajusta a derecho, ni representa una derivación lógica de la primera parte del fallo (Alvarez, 2015).

Sin perjuicio de la importancia de esta discusión en la materia, al haber llegado firme a la instancia federal el carácter discriminatorio del hecho⁽⁴⁵⁾, las concepciones de igualdad permanecieron fuera del debate. Ahora bien, el mismo día que el máximo Tribunal argentino se expide sobre el caso “Álvarez”, lo hace también en el caso “Pellejero”⁽⁴⁶⁾. En esta causa sí se encontraba controvertido el carácter discriminatorio del despido que alegaba la trabajadora. El Tribunal de la instancia anterior había tenido por acreditado el carácter discriminatorio del despido, por lo que hizo lugar al reclamo y ordenó la reinstalación de la trabajadora, con fundamento en el art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria. Empero, la Corte Suprema argentina advierte una “falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda”⁽⁴⁷⁾; extremo que se vio exacerbado en tanto el Tribunal anterior no fundamentó cuáles eran los hechos o circunstancias que acrediten el carácter discriminatorio del despido:

En ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo (Considerando 4º).

Todo ello lleva al máximo Tribunal a descalificar la sentencia, atento no haberse demostrado la discriminación que activaría la tutela del art. 1 de la Ley Antidiscriminatoria.

Por último, la Corte indaga acerca del esquema probatorio en casos de discriminación, en la causa “Pellicori”⁽⁴⁸⁾. Con base en la Ley Antidiscriminatoria, la actora reclamó la nulidad del despido y consecuentemente, la reinstalación en su cargo. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desestimó el reclamo de Pellicori, sobre la base que no había probado el carácter discriminatorio del acto. Para así decidir, los jueces del tribunal consideraron que la solución de “nulidad intensa” prevista en la Ley Antidiscriminatoria Nro. 23.592 requiere de “una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios”; obligación que recaía exclusivamente sobre la trabajadora reclamante.

La Corte Suprema argentina recuerda el carácter arquitectónico que detenta el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino y efectúa un recorrido a través de pronunciamientos de diversos tribunales, en los que la rigidez probatoria se morigera en favor de la persona que acude al sistema judicial, en búsqueda de un remedio a una situación discriminatoria. Ello lleva al máximo Tribunal federal a determinar:

Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Considerando 11º).

De tal forma, el fallo “Pellicori” marca un punto nodal en la línea jurisprudencial de la Corte argentina, en materia de discriminación en los lugares de trabajo. El estándar probatorio se construye a partir de una distribución dinámica de las cargas. Así, la parte que alegue el hecho discriminatorio deberá aportar hechos que, *prima facie* evaluados conduzcan a configurarlo; mientras que el empleador deberá probar que el tratamiento diferencial obedeció a una causa ajena a toda discriminación, objetiva y razonable.

Tabla 1. Esquema probatorio en jurisprudencia previa a “Sisnero”

	Fórmula de igualdad. ¿Qué se debe probar?	Carga de la prueba y de la argumentación. ¿Quién debe probar?	Esfuerzo probatorio y argumentativo. ¿Cuánto y cómo se debe probar?
Carballo	Antidiscriminación. Escrutinio leve.	Actora.	El presupuesto y la ausencia de adecua- ción entre medios y fines.
Fernández Estrella	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio (voto Petracchi y Bacqué).	Actora.	El presupuesto que alega.
		Demandada.	La razón de la exclusión (méritos/ bien común).
Ursini	Antidiscriminación Escrutinio intermedio (disidencia, estándar de “Fernández Estrella”).	Actora.	El presupuesto que alega.
		Demandada.	La razón de la exclusión (méritos/ bien común).
Pellejero	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio.	Actora.	Configurar el supuesto discrimina- torio. Aportar hechos, circunstancias y elementos de juicio concretos.
Pellicori	Antidiscriminación. Escrutinio intermedio con prueba dinámica.	Actora.	Medios directos o indiciarios que encuadren la discriminación.
		Demandada.	Causa objetiva y razonable, no discriminatoria.

Fuente: Elaboración propia en base a Fallos CSJN.

Esta evolución jurisprudencial del esquema de igualdad se complementa con la faz remedial determinada en “Álvarez”, a partir de la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria a los vínculos laborales. Esto es: la nulidad del acto discriminatorio.

b. Conclusiones intermedias

En suma, la argumentación de la Corte Suprema de Justicia en esta línea jurisprudencial que dirimió los alcances de la cláusula igualitaria en los vínculos laborales, se basa en una concepción jurídico-material. Esta concepción marca la antesala de “Sisnero” e implica para los empleadores, la obligación de dispensar un trato igualitario *en igualdad de circunstancias* a todos los trabajadores y trabajadoras que se desempeñen bajo su dependencia. Aún más, cuando se produzca un trato diferenciado, el empleador deberá probar una razón objetiva de bien común que lo justifique. Así, la labor del juez o jueza se circunscribirá a efectuar el examen de igualdad (escrutinio intermedio o estricto), para establecer la inconstitucionalidad de la norma, lo que motivará una acción concreta a favor del accionante que, en los casos que repasamos, versó sobre la imposición de una indemnización agravada y, en algún caso, la reincorporación.

Sin embargo, en estas contiendas persiste una lógica individualista: la discriminación se aborda como un conflicto puntual y descontextualizado entre individuos definidos. Pero, ¿qué pasa cuando requerimos al sistema judicial laboral respuestas a situaciones de discriminación estructural? Ciertamente, la identificación del acto discriminatorio se complejiza, dado que se articula a través de procesos difusos y arraigados en las estructuras básicas de socialización (Añón Roig, 2013). Por lo tanto, para dar cuenta de estas dinámicas de subordinación social, es necesario incorporar al examen de igualdad la determinación del carácter estructural del trato discriminatorio. Esto, indefectiblemente, conduce a una mutación del modelo de igualdad.

Ampliar los márgenes: el caso “Sisnero”⁽⁴⁹⁾ y la igualdad como no-sometimiento o no-dominación

La ausencia de una reflexión sistemática acerca de qué entendemos por igualdad en el derecho laboral argentino, impide comprender las complejas situaciones de desigualdad social que se proyectan en los ámbitos de trabajo.

Como dijimos al principio, en el caso de las mujeres, un enfoque que dé cuenta de estas complejidades, requiere poner de resalto la existencia de patrones culturales estructurados a través de la construcción genérica de las personas, que informan relaciones jerárquicas entre los sexos en detrimento de las mujeres. Estas relaciones asimétricas y generizadas, determinan las posibilidades que tienen las personas de ingresar y permanecer en trabajos de calidad. En efecto, las mujeres son excluidas de ciertos sectores de actividad económica, debido a la preponderancia de representaciones que las asocian a trabajos de cuidado y tareas reproductivas (Puga y Otero, 2010). Este fenómeno, conocido como *segregación horizontal*, da cuenta de cómo operan las estructuras sociales a través de las cuales se produce una adjudicación diferenciada de determinados trabajos; de modo que existe una gran concentración de mujeres en ciertas actividades (como enseñanza, salud y trabajo doméstico remunerado) y con poca representación en otras (actividades primarias, industria, construcción y comercio), (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2017).

De acuerdo al recorrido que efectuamos al comienzo de este estudio, sabemos que para dar cuenta de los entramados históricos, económicos y sociales que consolidan situaciones de *desigualdad estructural* (Saba, 2007), es fundamental adoptar un enfoque de igualdad *como no-sometimiento*. Sin embargo, vimos que en el marco del Derecho del Trabajo prepondera el modelo antidiscriminatorio. Éste resulta atinado para responder a situaciones de discriminación laboral puntuales; acreditado el carácter discriminatorio del acto (a través de un examen de igualdad intermedio o estricto), el mismo es dejado sin efecto por aplicación de la Ley Antidiscriminatoria. Pero ello no es suficiente para abordar situaciones producto de tratos sistemáticamente excluyentes, como los que sufren las mujeres en los mercados de trabajo. Estas situaciones requieren mecanismos jurídicos potentes, que logren desarticular patrones estructurales de subordinación. Para responder a esta problemática, centraremos nuestra atención en las herramientas argumentativas desplegadas por la Corte Suprema en ocasión de resolver el caso “Sisnero”⁽⁵⁰⁾. Este precedente representa el primer caso de litigio estratégico⁽⁵¹⁾ en materia de derechos de las mujeres, que arriba a la Corte Suprema argentina (Ruibal, 2017).

Mirtha G. Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) iniciaron una acción de amparo con dos pretensiones (una de carácter individual y otra de carácter colectivo), contra la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT), la

Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA) y todas las empresas que operan el transporte público urbano de personas en la ciudad de Salta. Ambas pretensiones se enderezaron a determinar si las empresas habían vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al trabajo de las mujeres en general y de Sisnero en particular. En primera instancia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial dio acogida al reclamo, por encontrarse probada la situación de discriminación alegada por las accionantes. Pero esta decisión fue revocada por la Corte de Justicia de Salta, lo que motivó que las actuaciones arriben a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El máximo Tribunal federal ratificó la doctrina sentada en el caso “Álvarez” en torno al carácter imperativo del principio de igualdad, especialmente a la luz de las obligaciones emanadas de la CEDAW y el Convenio OIT núm. 111. A su vez, reitero que la obligación de respetar la cláusula de igualdad no recae en los Estados únicamente, sino que se extiende a los vínculos privados, incluidos los laborales. De tal forma, reafirmó el carácter preeminent del derecho de igualdad y no discriminación, en su calidad de norma imperativa del derecho internacional y, por lo tanto, con efectos *erga omnes*. De ello decanta la configuración del problema de derechos suscitado en el caso; en efecto, no se trata de derechos fundamentales de igual jerarquía, ya que el derecho de igualdad prima por su pertenencia al *ius cogens* (Álvarez, 2015). Así, la Corte identifica el núcleo de la controversia en determinar si las demandadas violaron el derecho de las mujeres, en general, y de Sisnero, en particular, a “elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección”⁽⁵²⁾.

Ahora bien, para determinar esa vulneración, es preciso desarrollar el *examen de proporcionalidad* (Clérigo, 2009) y es aquí donde la estrategia que asume la CSJN se distancia del dictamen de la Procuración (Pou, 2015; Clérigo, 2017). En efecto, la Procuradora reconoció que la diferencia del trato a dirimir se fundaba en una *categoría sospechosa*, por lo que correspondía aplicar un examen bien riguroso de igualdad⁽⁵³⁾. De ahí que las empresas demandadas no sólo debían acreditar la existencia de una razón objetiva y ajena a la discriminación, sino que debían probar que tal diferenciación se erigía en el medio menos lesivo para el cumplimiento de un fin legítimo⁽⁵⁴⁾. Esta interpretación llevó a la Procuradora a determinar la necesidad de adoptar *medidas de acción positiva*⁽⁵⁵⁾, para eliminar los estereotipos de discriminación que informan las categorías sospechosas.

Por su parte, la Corte desarrolla un escrutinio intermedio, a través de la remisión al estándar probatorio sentado en la causa “Pellicori”. Así, en “Sisnero” el esquema probatorio se configuró de la siguiente forma:

- 1) Las accionantes debían aportar hechos que permitan inducir el carácter discriminatorio del acto;
- 2) Los demandados debían probar que el trato disímil “tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”⁽⁵⁶⁾.

Partiendo de esa estructura, la Corte comprobó que:

- 1) Las demandantes habían acreditado la existencia de hechos que permitían encuadrar el reclamo en una situación discriminatoria;
- 2) Las empresas demandadas no cumplieron su carga, dado que desarrollaron “dogmáticas explicaciones”⁽⁵⁷⁾ que “no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable”⁽⁵⁸⁾.

Como advierte Zayat (2014b), lo importante acerca de la valoración de la prueba aportada por las empresas es que no resulta suficiente la mera expresión acerca de que no hubo intención discriminatoria, sino que para anular un caso en el que se encuentra acreditada *prima facie* la discriminación, el demandado debe probar un motivo objetivo y solvente (suficiente), que justifique el trato diferenciado. En base a lo expuesto, el máximo Tribunal argentino concluyó que las empresas no lograron conmover la presunción de arbitrariedad que pesaba sobre la causa del tratamiento diferenciado.

Ahora bien, de una lectura más detallada del fallo, vemos que, para dilucidar la pretensión individual, el punto IV del dictamen de Procuración al que la Corte adhiere, desarrolló dos argumentos principales: Sisnero acreditó que poseía el carnet habilitante requerido para desempeñarse en esa función. Es decir, cumplía los requisitos de idoneidad que el puesto laboral exigía⁽⁵⁹⁾; se constató que, pese a sus reiteradas postulaciones, nunca se la tuvo en cuenta y, de hecho, se continuó contratando varones.

Pero respecto a la pretensión colectiva, la Corte Suprema de Justicia no se limitó a aplicar el estándar probatorio “Pellicori”, sino que avanzó en un

análisis de las nóminas de empleados obrantes en la causa, en las que se evi-denciaba la ausencia total de mujeres trabajadoras en las empresas demandadas. En este sentido, la utilización de dichas nóminas se inscribe en lo que Zayat (2014a, p.913), denomina *discriminación estadística*, que fue desarro-llada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso “Te-amsters”, citado por la Corte argentina en “Sisnero”. En tal ocasión, la Corte norteamericana sostuvo que para probar la discriminación de un grupo (en el caso: de afroamericanos e hispanos) en el acceso, promoción y transferencia en el empleo, constituyen prueba suficiente para encuadrar *prima facie* el caso discriminatorio, los datos estadísticos que demuestren la ausencia de personas pertenecientes a esos grupos en los espacios indicados⁽⁶⁰⁾.

Además de la utilización de las nóminas para probar la discriminación es-tructural, la Corte argentina advierte que la Corte de Salta reconoció la pre-sencia de “síntomas discriminatorios en la sociedad”⁽⁶¹⁾, lo que impedía a las mujeres desarrollarse como conductoras de colectivos. Más aún, obraba en la causa el testimonio del titular de una de las empresas demandadas quien, ha-biendo sido consultado por el juicio en trámite, expresó:

esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes cu-linarias (...) Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de ca-llos (...) Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y (...) no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (...) (Cons. 6º).

Inclusive, en el escrito de contestación de demanda, las empresas “Trans-porte San Ignacio SRL, Transporte Lagos SRL, Transal SRL y ALE Hnos. SRL” sostuvieron que:

La Sra. Sisnero no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior lo fue como peluquera y guardia de seguridad (...) es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento (sentencia de Cámara).

Si bien la Corte no avanza en un análisis riguroso de estereotipos⁽⁶²⁾, re-conoce que son la causa de la segregación de género del mercado de trans-porte en Salta (Clérigo, 2017; Clérigo, 2018). Los estereotipos de género

refuerzan relaciones de dominación que sitúan a ciertos grupos en posiciones de subordinación y a otros en posiciones de privilegio. En el caso en examen, tales pre-concepciones acerca de lo que las mujeres *deberían* ser (en el testimonio: cocineras y cuidadoras), las sitúa en inferioridad de condiciones y las excluye del ejercicio del derecho humano fundamental al trabajo⁽⁶³⁾.

Es aquí donde yace el punto nodal de la sentencia: la Corte argentina avanza en una concepción de *igualdad como no sometimiento*. Es decir, toma en cuenta los datos aportados en torno a la situación fáctica de segregación de género en ese mercado laboral. A partir de ahí, la Corte determina la existencia de patrones estereotipados que vulneran los derechos de las mujeres. En rigor, el trato discriminatorio proporcionado por las empresas operadoras del transporte público en Salta genera exclusión social, en la medida que, si el status desigualitario se mantiene, las mujeres nunca podrían acceder a estos empleos.

Entonces, si la Corte hubiese ceñido su fundamentación a una noción de la igualdad como principio antidiscriminatorio, probablemente el reclamo individual de Sisnero hubiese tenido acogida; pero no hubiese corrido la misma suerte el reclamo colectivo. A esos fines, fue necesario complementar el examen de igualdad con un análisis de la situación de segregación que sufren las mujeres en el mercado de transporte de la ciudad de Salta. Este análisis tuvo dos vertientes:

- (1) Una *dimensión contextual*, mediante la evaluación de las nóminas de empleados de las empresas;
- (2) Un *análisis de estereotipos* (Clérigo, 2017), a partir de los testimonios de los titulares de las empresas obrantes en la causa.

De tal forma, quedó cristalizado el *carácter estructural* de la desigualdad de género, a partir de la determinación de un mercado laboral segregado, en el que operan estereotipos culturales disvaliosos hacia las mujeres⁽⁶⁴⁾.

Tabla 2. Esquema probatorio en “Sisnero”

	Fórmula de igualdad. ¿Qué se debe probar?	Carga de la prueba y de la argumentación. ¿Quién debe probar?	Esfuerzo probatorio y argumentativo. ¿Cuánto y cómo se debe probar?
Sisnero	No-sometimiento. Trato sistemáticamente excluyente. Escrutinio intenso. Prueba dinámica con fuerte presunción de desigualdad (art. 75 inc. 23).	Actora.	Encuadrar la discriminación estructural. Estadísticas, testimonios, informes empíricos, estudios globales, etc. Aportar indicios sobre la existencia de estereotipos disvaliosos. Preeminencia de prueba informativa y testimonial.
	Dimensión contextual. Existencia de estereotipos.	Demandada.	Existencia de motivos objetivos <i>fuertemente</i> fundados.

Fuente: Elaboración propia en base a Fallos CSJN.

En definitiva, la estrategia argumentativa desplegada por la CSJN se basa en:

- 1) Aplicación del estándar determinado en Pellicori;
- 2) Análisis contextual y análisis de estereotipos.

En el primer sentido, la aplicación de la doctrina sobre igualdad desarrollada en el precedente “Álvarez” junto al estándar probatorio de “Pellicori”, proyectan la densidad tutelar del principio de igualdad y no discriminación a otras causas diferentes de despidos discriminatorios por causas sindicales (Zayat, 2014b). De ello se sigue la anulación de toda duda acerca de la preponderancia de este derecho fundamental por sobre los demás derechos consagrados constitucionalmente, especialmente aquellos vinculados a libertades económicas.

En el segundo sentido, el diálogo entre el examen de igualdad y los análisis contextuales y de estereotipos, resultó fundamental para determinar la existencia de una situación de discriminación sistemática hacia las mujeres, en clara concordancia con lo dispuesto en el art. 75 inc. 23. Así, ampliar el modelo de igualdad a una noción *como no sometimiento* permitió abordar, desde la interpretación judicial, el carácter estructural de la discriminación que sufren las mujeres como grupo oprimido en un contexto situado particular.

Con todo, el prisma de la *igualdad como no sometimiento* impone a los jueces la obligación de abdicar de miradas individualistas que centren el núcleo del debate en la situación particular, para asumir el deber de ampliar la mirada a la existencia de una situación de exclusión sistemática y, consecuentemente, desbaratarla. Como sostuvimos a lo largo del presente trabajo, esta perspectiva es una obligación que emana tanto de la Constitución Nacional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En “Sisnero” la CSJN avanzó en el reconocimiento del carácter *estructural* de la discriminación contra las mujeres en los ámbitos laborales privados. Ello permite abrir nuevos caminos en la argumentación judicial. El estándar consolidado en la tríada “Álvarez”, “Pellicori” y “Sisnero”, posibilita incorporar nuevas herramientas de fundamentación, que desmantelen situaciones de discriminación fáctica que se presentan tan opacas como disvaliosas. Confiamos en que esta línea, que se erige en el estadío actual de la tutela judicial contra la discriminación laboral en Argentina, seguirá profundizándose de modo de avanzar en el desmantelamiento de situaciones estructurales de discriminación, que excluyen del ejercicio efectivo de derechos a diversos grupos de la sociedad⁽⁶⁵⁾. En particular, a las mujeres y todas las personas que se encuentran en los márgenes de la heteronormatividad.

Conclusiones

En este estudio nos propusimos analizar los rumbos que asumió el debate acerca de la igualdad en el marco del Derecho del Trabajo argentino, en la línea jurisprudencial que va de “Carballo” a “Sisnero”. Advirtiendo los márgenes en los que discurre esta disputa, nuestro cometido fue problematizar la noción de igualdad, con especial énfasis en la desigualdad de género. Así, demostramos que a través de la trama argumental desplegada por la Corte Suprema en el caso “Sisnero”, se incorporó a este ámbito jurídico la noción de *igualdad como no sometimiento*.

A través de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Argentina asumió un compromiso serio con la igualdad. Este compromiso implica que la protección jurídica no puede, bajo ningún punto de vista, agotarse en la mera exposición de la prohibición de discriminación. El debate exige mayor profundidad en vistas a lograr la igualdad material, especialmente en el caso de grupos históricamente subordinados como las mujeres. La ausencia de este debate en el marco del derecho laboral argentino se traduce en la reproducción de un estatus altamente desigualitario, donde las dinámicas sociales que perpetúan patrones de discriminación no son cuestionadas. Avanzar hacia nociones vigorosas de igualdad como las aquí planteadas, implica incluir en la argumentación jurídica cuestiones relativas a los contextos donde se producen los tratos discriminatorios, los estereotipos que asisten a configurarlos y, sobre todo, el impacto diferencial que las normas laborales proyectan sobre los grupos oprimidos.

Robustecer las categorías jurídicas que contribuyen a desarticular procesos de discriminación estructural en los ámbitos del trabajo, es un imperativo impostergable de la democracia. Una visión estática de la igualdad como lo supone el principio antidiscriminatorio, no cuestiona las dinámicas sociales de opresión y dominación, ya que el parámetro de comparación permanece fuera de discusión. Así, las demandas de igualdad siempre se resolverán en base a la asimilación a ese parámetro de individuo masculino y liberal. El enfoque de la *igualdad como no sometimiento* propone abandonar la matriz de comparación, mediante el reconocimiento de las relaciones de dominación que estructuran el orden social. Este cuestionamiento implica, necesariamente, tensionar los roles de género que constituyen esas relaciones de dominación. Por añadidura, lo *igualitario* será construido atendiendo a cada caso particular. Aquí yace la potencia política de la *igualdad como no sometimiento*, en su carácter de insumo teórico: actuar como agente de reenvíos entre demandas de grupos sociales históricamente subordinados y la posibilidad de ensayar respuestas transformadoras desde ordenamientos jurídicos de raigambre liberal.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añón Roig, M. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (39), 127-157.
- Álvarez, M. (2015). El principio de igualdad y la prohibición de discriminar. Proyección sobre las relaciones privadas. En S. Ribotti y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y de miseria*, (pp. 215-242). Madrid: Dikinson S.L.
- CEPAL (2018). *La ineficiencia de la desigualdad*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Clérigo, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, (41), 67-96.
- Clérigo, L. (2017). Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos. *Derechos en Acción*, (5), 206-241.
- Clérigo, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV. Sao Paulo*, (9), 115-170.
- Clérigo, L. y Aldao, M. (2011). La Igualdad como Redistribución y como Reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 9(1), 157-198.
- Clérigo, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Dubet, F. (2011). *Repensar la justicia social*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Ilanud.
- Gullco, H. (2007). El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino. En M. Alegre y R. Gargarella (comp.) *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, (pp. 173-188). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2017) *Las mujeres en el mundo del trabajo*. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ctio_documentodetrabajo.pdf.
- OIT (2018). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT (2009a). *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. 98° Conferencia Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/meetingdocument/wcms_115406.pdf.
- Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, (89), 279-298.
- Pou, F. (2015). Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral. *Discusiones*, (16)1, 147-188.
- Puga, M. y Otero, R. (2010). La Justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ed.). *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*. Buenos Aires: ELA, pp. 73-92.
- Ronconi, L. y Vita, L. (2012). El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (19), 31-62.

- Ruibal, A. (2017). Movilización Legal a Nivel Subnacional en la Argentina: el caso Sisnero por la igualdad de género en el trabajo en salta. *Desarrollo Económico*, (57), 277-297. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3176125>.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (comp.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 163-196). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Sanguineti, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Revista Ius Et Veritas*, (12), 143-157.
- Treacy, G. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, (89), 181-216.
- Vita, L. (2018a). Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. *Historia Constitucional*, (19), 565-591.
- Vita, L. (2018b). Entre Weimar y Buenos Aires: Ernesto Katz y la recepción de Hugo Sinzheimer en el Derecho Laboral Argentino. *Revista de Historia del Derecho*, (56).
- Zayat, D. (2014a). El principio de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado. En J. Rivera, *Tratado de los Derechos Constitucionales* (pp. 895-919). Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Zayat, D. (2014b). Nota a fallo CSJN “Sisnero”. Hacia un definido derecho antidiscriminatorio. *La Ley*, (66), 362-

Normas

Argentina. *Constitución Nacional*.

Argentina. Ley N.º 20.744. *Ley de Contrato de Trabajo*. Boletín Oficial: 13/05/1976.

Argentina. Ley N.º 23.592. *Actos Discriminatorios*. Boletín Oficial 05/09/1988.

Jurisprudencia

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/08/1966. “Sixto Ratto y otro c. Productos Stani”. *Fallos* 265:242.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). “Carballo, María Isabel y otros c. Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/ cont. adm.”, 08/10/1973 (*Fallos* 287:42).

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 18/10/1984. “Dardanelli de Cowper, Ana Inés María c. Aerolíneas Argentinas S.A”. *Fallos* 306:1560.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/08/1988. “Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A”. *Fallos* 311:1602.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 05/10/1999. “Urzini, Paola Cassia c. Geddes, Gloria y otros”. *Fallos* 322:2383.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 14/09/2004. “Vizotí, Carlos c/ AMSA S.A s/despido”. *Fallos* 327:3677.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/10/2004. “Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A s/ accidente-ley 9688”. *Fallos* 327:4607.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 11/11/2008. “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. *Fallos* 331:2499.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 07/12/2010. “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A s/acción de amparo”. *Fallos* 333:2306.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/06/2011. “Arecco, STC Maximiliano c. Praxair Argentina S.A”. A.530. XLIII.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 23/11/2011. “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A s/acción de amparo”. P. 1508. XLII.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/06/2012. “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. C.1050.XLV.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 26/03/2013. “Cejas, Adrián Enrique c. FATE S.A s/juicio sumarísimo”. C.823. XLVI.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 09/09/2014. “Ledesma, Florencio c/ Citrus Batalla S.A s/ sumarísimo”. L. 263. XLV. REX.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 28/10/2014. “Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/reincorporación”. *Fallos* 337:1142.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 07/12/2010. “Pellejero, María Mabel s/amparo s/apelación”. *Fallos* 333:2296.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 15/11/2011. “Pellcori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. *Fallos* 334:1387.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 20.05.2014. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo”. *Fallos* 337:611.

Argentina. Corte de Justicia de Salta. 08/06/2010. “Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres vs. Tadelva S.R.L; Ahynarca S.A; Alto Molino S.R.L y otros - amparo-recurso de apelación”. Expte. N° CJS 33.102/09.

Argentina. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta. 18/11/2009. “Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lia Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. Tadelva SRL y otros s. amparo”. Expte.: 261.463/2009.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). 04/09/2018. “Varela, José Gilberto c. Disco S.A s. amparo sindical”. V.528.XLVII.RHE.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. SD: 113.078. 11/10/2018. “Borda, Erica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/acción de amparo”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala X. 31/12/1997. “Monsalvo Jorge O. c. Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. SA”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala X. 16/08/2005. “Stafforini Marcelo R. c. Estado Nacional y otro s/amparo”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala VI. 2004. “Baloguer Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L s/ juicio sumarísmo”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala IX. 31/05/2005. “Greppi Laura Karina c. Telefónica de Argentina SA s/despido”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. 25/06/2007. “Álvarez Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/acción de amparo”.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala III. 29/07/2009. “Camusso Marcelo Alberto c. Banco de la Nación Argentina s. juicio sumarísimo”.

Estados Unidos. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S 537 (1896).

Estados Unidos. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S 483 (1954).

Estados Unidos. McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S 792 (1973).

Estados Unidos. Teamsters v. United States, 431 U.S 324 (1977).

Bibliografía

Álvarez, E. (2008). Reflexiones acerca del despido por discriminación. *Revista de Derecho Laboral*, (2), pp. 27-34.

Butler, J. (1999) *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge.

Clérigo, L. y Novelli, C. (2016). La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir el caso “Campo Algodonero” sobre violencia de género”. *Revista de Ciencias Sociales*, 453-487.

Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes.

ONU (2013). *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>.

Osborne, R. y Molina Petit, C. (2008). Evolución del concepto de género (Selección de textos de Beauvoir, Millet, Rubin y Butler). *Empiria. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, (15), 147-182

Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford: Stanford University Press.

Rodríguez Mancini, J. (2007). *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Buenos Aires: Astrea.

Ruibal, A. (2009). Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y Gobierno*, (22)1, 175-198.

Saba, R. (2011). Igualdad de trato entre particulares. *Lecciones y Ensayos*, (89), 217-276.

- Smart, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En H. Birgin (comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho* (pp.31-72). Buenos Aires: Biblos.
- Wainerman, C. y Recchini de Lattes, Z. (1981). *El trabajo femenino en el banquillo de los acusados. La medición censal en América Latina*. México: Terra Nova.
- Young, I. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Notas

¹ Este trabajo se nutrió de las observaciones críticas de Leticia Vita y Laura Clérigo. Agradezco sus agudas lecturas y las exonerio de cualquier error, que corre por mi cuenta.

² La variable “Población Económicamente Activa Femenina” (PEA) experimentó crecimientos incipientes a partir de la década de 1970, acentuándose en las décadas siguientes (Wainerman y Recchini de Lattes, 1981). En el año 1990 la tasa de participación de mujeres en el mercado laboral de Argentina era del 36,8%, ascendiendo al 48,1% en el primer trimestre del 2017. Sin perjuicio de ello, se mantiene una brecha en relación al empleo masculino de más de 20 puntos (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2017).

³ Con esta aseveración concebimos al género como lo que Fraser (1997) denomina *colectividades bivalentes*, dentro del paradigma redistribución-reconocimiento. Según la autora: “Las colectividades bivalentes, en suma, pueden padecer tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra; por el contrario, ambas son primarias y co-originarias. En ese caso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Las colectividades bivalentes necesitan de ambas” (Fraser, 1997, p.31). Agradezco a Laura Clérigo que me indica la importancia de retomar la teoría de Nancy Fraser, en tanto atender a la situación de las mujeres trabajadoras en los mercados de trabajo desde una perspectiva jurídica implica, justamente, plantear la cuestión en el epicentro

donde demandas por reconocimiento y redistribución intersectan.

⁴ En el presente trabajo haremos alusión a “mujeres” y “mujeres trabajadoras”, bajo el riesgo de fijar una diferenciación totalizadora, a través del uso de categorías homogeneizantes que no dan cuenta de la diversidad de experiencias de identidades no hegemónicas en diferentes lugares de trabajo. Hacemos este matiz por la relevancia de las producciones feministas en este sentido (v. Smart, 2000; Butler, 1999). Sin embargo, a los efectos de este trabajo exploratorio, dichas categorías nos brindan la potencia analítica necesaria para abordar la temática y, especialmente, los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los que nos detendremos en adelante.

⁵ Nos concentramos en la Ley de Contrato de Trabajo debido a que constituye el instrumento jurídico por excelencia que estructura los vínculos laborales en Argentina en su faz individual. Empero, cabe resaltar que esta rama jurídica presenta un sistema de fuentes particular, debido al reconocimiento de la autonomía privada colectiva y del carácter normativo de sus expresiones.

⁶ “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”

⁷ Interpretación que trazó la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S 537 (1896), hasta el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S 483 (1954), donde modifica su postura.

⁸ Utilizamos las nociones de grupo social y grupo oprimido desarrolladas por Young (2000). Así la categoría *grupo social* refiere a un colectivo de personas que se diferencian de otros por un sentido de identidad común, forjado a través de prácticas culturales. Por su parte, los *grupos oprimidos* son aquéllos que se ven impedidos de interactuar en la vida social, de modo de comunicar su perspectiva y participar en la determinación de sus acciones. Ambos conceptos aluden a grupos que no constituyen universos homogéneos o cerrados, ya que se definen constantemente en relación con otros grupos.

⁹ Acerca de las críticas feministas a la construcción del sujeto moderno v. Pateman, 1988.

¹⁰ Esta interpretación de la igualdad también ha sido expuesta por la Corte IDH en diversos pronunciamientos sobre cuestiones vinculadas al género, tales como: “Atala Riffo y niñas vs. Chile” del 24.02.2012 y “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” del 16.11.2009. Más aún, cierta literatura académica profundizó la noción de *igualdad como no sometimiento*, mediante la incorporación del enfoque de redistribución, reconocimiento y paridad participativa desarrollada por Fraser (1997). Este análisis arriba a una noción de *igualdad integral* (Clérigo y Aldao, 2011; Clérigo, Ronconi y Aldao, 2013; Clérigo y Novelli, 2016; Ronconi y Vita, 2012).

¹¹ Esa ampliación de la concepción de igualdad se materializó en el art. 19 del Régimen de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 de 1974), en los siguientes términos: “Las desigualdades que creara esta ley en favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”. Esta cláusula fue eliminada por la dictadura cívico-militar, mediante ley de facto 21.297 (1976), para ser reincorporada en el año 2010, por ley 26.592 en el art. 17bis de la LCT. En efecto, la CSJN ha interpretado el art. 14bis en el sentido de concebir a los trabajadores como sujetos de *preferente tutela constitucional*, en el entendimiento que: “(...) el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”, (CSJN, “Vizzoti”).

¹² A los fines del presente estudio, la incorporación más importante es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este tratado rompe con la neutralidad en términos de género de los anteriores instrumentos internacionales, de modo que en el artículo primero establece: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o

restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Mediante la elevación a jerarquía constitucional de la CEDAW, Argentina se obligó a eliminar la discriminación contra las mujeres, a través de la adopción de medidas adecuadas que prohíban y condenen los tratos discriminatorios, por parte de "cualesquier personas, organizaciones o empresas" (art. 2.e CEDAW). Esto implica que los órganos jurisdiccionales deben garantizar a las mujeres protección jurídica contra todo acto que vulnere sus derechos (art. 2.c CEDAW). Particularmente, en referencia a los ámbitos laborales, el artículo 11 estipula una serie de derechos que los Estados están obligados a garantizar a todas las mujeres trabajadoras. Además, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW determina enfáticamente que los Estados Partes se encuentran obligados a reaccionar cuando la discriminación se produzca, independientemente que provenga del Estado o de los particulares. Las obligaciones jurídicas que emanan de la CEDAW, imponen a toda la estatalidad pública el deber de atacar las causas que subyacen a las situaciones de discriminación, mediante la adopción de acciones que transformen los paradigmas de poder masculinos construidos históricamente.

¹³ Ratificado por Argentina el día 24 de septiembre de 1956. Este Convenio debe ser interpretado a la luz de los parámetros establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el *Estudio general de las memorias relativas al Convenio* (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración (1986) y *Dar un rostro humano a la globalización; Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2012).

¹⁴ Los convenios de la OIT son tratados internacionales que generan obligaciones jurídicas a los Estados Parte que los ratifican, (arts. 19 y 20 de la Constitución de la OIT). Como tales, poseen jerarquía suprallegal (CSJN, "Milone"). La única excepción la constituye el Convenio núm. 87 que posee jerarquía constitucional, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "ATE" en base a la remisión que efectúan

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3), a aquélla norma internacional.

¹⁵ Ratificado por Argentina el 18 de junio de 1968. Este Convenio debe ser interpretado a la luz de los parámetros establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el *Estudio general sobre igualdad en el empleo y la ocupación* (1988), el *Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. III* (1996) y *Dar un rostro humano a la globalización; Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2012).

¹⁶ Consejo de Administración de la OIT, 292° reunión, 2005. GB.292/TC/1. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb292/index.htm>.

¹⁷ La protección a la maternidad es una obligación fundamental de los Estados, conforme art 4.2 y 11.2 de la CEDAW y Convenio OIT núm. 003 (ratificado por Argentina en 1933).

¹⁸ Las posturas que propiciaban la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminatoria al ámbito laboral, entendían que no existe en la letra de la ley indicio alguno que conduzca a excluir este ámbito de su aplicación. Incluso en los supuestos que contempla, expresamente menciona a la discriminación sindical, que se materializa en los ámbitos del trabajo. Además, una interpretación restrictiva de esta ley implicaría violentar su propia finalidad, en virtud que se estaría discriminando a las personas que trabajan y privándolas de una tutela intensa contemplada en una ley general (Álvarez, 2008). Desde el extremo opuesto, las posturas que esgrimieron la incompatibilidad de la Ley Antidiscriminatoria con el régimen previsto por la LCT se basan en la caracterización del derecho de igualdad como un *derecho fundamental inespecífico laboralizado*. Rodríguez Mancini, principal expositor de esta postura, recepta la clasificación efectuada por la dogmática laboralista española, en torno a la diferenciación entre *derechos fundamentales específicos e inespecíficos*: los primeros son aquellos derechos que le asisten a los trabajadores en su calidad

de tales y que están expresamente enunciados en los ordenamientos jurídicos laborales; a su turno, los derechos inespecíficos se encuentran receptados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, pero atañen a todas las personas y no solamente a los trabajadores. A su vez, dentro de esta categoría, existen dos subdivisiones que responden a los *derechos inespecíficos laboralizados* y los *derechos inespecíficos no laboralizados*. La diferenciación circula en torno a si han sido incorporados en forma expresa a la legislación laboral, en cuyo caso pertenecerán a la primera categoría. De tal modo, el autor funda su negativa a aplicar la Ley Antidiscriminatoria en el entendimiento que al ser la igualdad un derecho fundamental receptado por el ordenamiento jurídico laboral, es éste el que debe proporcionar la solución ante un conflicto de derechos y no una norma genérica (Rodríguez Mancini, 2007). Este debate doctrinario se cristalizó en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en los fallos: “Monsalvo”, “Stafforini”, “Baloguer”, “Greppi”, “Álvarez” y “Camusso”.

¹⁹ Artículo 1º ley 23.592: “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 discriminadorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

²⁰ La transversalidad de la perspectiva de género es una obligación que los Estados asumieron en la Plataforma de Acción de Beijing 1995 e integra uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de ONU. En el año 1999, la OIT adoptó la transversalidad de género mediante su incorporación a todos los programas de la Organización, (Circular N° 564, Director General).

²¹ Los alcances y potencialidades de la noción de “género” representan uno de los debates más álgidos de la teoría feminista a partir de la década de 1970. Para un rastreo de la multiplicidad de sentidos de esta categoría, v. Osborne, R. y Molina Petit, C., 2008.

²² Agradezco a Laura Clérigo, cuyas observaciones fueron fundamentales para enriquecer esta sección.

²³ Cons. 3º) “Carballo”.

²⁴ Este decisorio viene a superar la doctrina establecida en el fallo “Sixto Ratto”. Allí, los actores habían reclamado en base a la inferioridad de sus salarios en relación con los de otros trabajadores que efectuaban las mismas tareas. En ese sentido, sostuvieron que la actitud de la empleadora violaba la cláusula del art. 14bis CN en tanto establece “igual remuneración por igual tarea”. Tanto primera como segunda instancia hicieron lugar a la demanda, en el entendimiento que la empresa no había probado que la distinción salarial estuviera fundada en una menor eficiencia o laboriosidad de los trabajadores reclamantes. Sin embargo, la Corte Suprema argentina descalificó la sentencia con los siguientes fundamentos: a) La regla del art. 14bis CN implica que la remuneración debe ser justa. Por tanto, se vedan las discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza; pero no “aquellas que se sustentan en motivos de bien común” (cons. 2º); b) El empleador cumple el mandato constitucional cuando abona a cada trabajador lo que para dicha categoría estipula el convenio colectivo aplicable (cons. 4º); c) La regla del art. 14bis CN no se contraría cuando el otorgamiento de diferentes niveles salariales se funda en “la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero” (cons. 3º); d) Por ende, “no puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquellas remuneraciones, a quienes revelen méritos suficientes” (cons. 5º); e) El empleador no tiene la obligación de probar aquellos méritos mayores de algunos trabajadores, en virtud que dicha prueba es muy “sutil y difícil”, por lo que “debe quedar librada a su prudente discrecionalidad, pues de lo contrario se desvirtuaría su ejercicio” (cons. 6º).

²⁵ “Que con fundamento en lo dispuesto por los arts. 14 nuevo de la Constitución Nacional y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o 1976) la actora reclamó diferencias de salarios y de indemnización sustitutiva de preaviso, por entender que, durante los últimos meses de la relación laboral habida con su empleadora, recibió tratamiento salarial arbitrariamente discriminatorio. Sostuvo que, dada su capacitación técnica, categoría y desempeño eficiente, sus retribuciones, a la sazón muy por debajo de la de sus pares y subordinados, implicaron una violación de los derechos consagrados por la Norma Funda-

mental y reglamentados en el régimen general del contrato de trabajo” (Cons. 1°, voto concurrente Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”).

²⁶ Cons. 3°) voto en mayoría y cons. 1°) voto concurrente Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”.

²⁷ Cons. 6°) voto en mayoría, “Fernández Estrella”.

²⁸ “Que para adoptar tal conclusión la Cámara ha omitido —sin razón plausible para ello y con el solo fundamento de una afirmación dogmática como lo es la ausencia de prueba sobre el punto— que en el *sub lite* habría quedado demostrado que el área donde se desempeñó la actora era el ámbito más crítico y complejo de todo el sanatorio que la hacía merecedora de una mayor remuneración, calificación efectuada —entre otros testigos (fs. 188 Dr. Borrue médicod de terapia intensiva)— por quien revistió la condición de gerente de personal y relaciones laborales en el sanatorio demandado y tuvo a su cargo la organización de la estructura salarial de todo el personal no comprendido en el convenio (fs. 164 vta./165); que la nombrada había sido objeto de una persecución exteriorizada por medio de las remuneraciones percibidas (fs. 188, fs. 189 y fs. 206/207), hecho objetivado en los datos del peritaje contable que exterioriza el desarrollo de un nivel de remuneraciones —en todos los casos— inferior al correspondiente a personal a su cargo y de inferior jerarquía de otras áreas (fs. 176 vta./178) así como que todos los testigos coincidían acerca de la eficiencia y laboriosidad de la actora en la dependencia a su cargo y su aptitud profesional” (cons. 4° voto en mayoría).

²⁹ Cons. 5°) voto en mayoría, “Fernández Estrella”.

³⁰ “La garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, doctrina que la Corte ha aplicado reiteradamente al decidir que frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios” (Cons. 4° voto Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”).

³¹ En tal ocasión, el reclamo fue interpuesto por un trabajador afroamericano, que había sido despedido de su trabajo en la empresa aeronáutica, alegando

que tal despido estuvo motivado en causas raciales y en su activa militancia en el movimiento por los derechos civiles. La Corte de Estados Unidos estableció: “The complainant in a Title VII trial must carry the initial burden under the statue of establishing a *prima facie* case of racial discrimination. This may be done by showing (I) that he belongs to a racial minority; (II) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (III) that, despite his qualifications, he was rejected; and (IV) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant’s qualifications (...) The burden then must shift to the employer to articulate some legitimate, nondiscriminatory reason for the employee’s rejection” (Page 411 U.S 803). Aunque la Corte Suprema no lo cita, Zayat (2014a) y Alvarez (2015) sostienen que este estándar probatorio es retomado por la Corte Suprema argentina en el fallo “Pellicori”.

³² Cons. 8º) voto concurrente de Dres. Petracchi y Bacqué, “Fernández Estrella”.

³³ La actora poseía una prótesis a raíz de la falta de un brazo. Se desempeñaba como modelo publicitaria. El distracto se produjo luego de que, en el marco de una carrera motonáutica, la actora fuera saludada por el entonces presidente de la Nación (Carlos S. Menem) y por Daniel Scioli. Inmediatamente después de ese suceso, la empleadora le comunicó que debía abandonar su trabajo en seguida (Cons. 3º del voto en disidencia).

³⁴ Compuesta por los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

³⁵ V. nota 31.

³⁶ Cons. 11º), disidencia “Ursini”.

³⁷ Cons. 7º), disidencia “Ursini”.

³⁸ La Corte reproduce esta doctrina en sendos pronunciamientos, tales como: “Arecco”; “Parra Vera”; “Camusso”; “Cejas”; “Ledesma”; “Monteagudo”; “Varela”.

³⁹ Cons. 4°), voto en mayoría “Álvarez”.

⁴⁰ Compuesto por Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda y Raúl E. Zaffaroni.

⁴¹ Sobre relación entre principio de igualdad y libertad de contratar, v. Saba, 2011.

⁴² Cons. 7°) y 10°) CSJN, voto en mayoría. En “Ledesma”, la Corte Suprema agudiza su postura: “El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos” (Cons. 6°).

⁴³ Compuesto por Ricardo L. Lorenzetti, Carmen M. Argibay y Elena I. Highton de Nolasco.

⁴⁴ Cons. 8°) y 16°), voto en minoría, “Álvarez”.

⁴⁵ El despido de un grupo de trabajadores en virtud de su actividad sindical.

⁴⁶ Previo a resolver la causa, la CSJN llamó a una audiencia pública de carácter informativo, v.: <https://www.youtube.com/watch?v=6fpJ4cEzWzs>.

⁴⁷ Cons. 4°), “Pellejero”.

⁴⁸ El fallo de Corte Suprema no aporta datos acerca de la plataforma fáctica del reclamo. A su turno, el Dictamen de la Procuración lo único que menciona es que la reclamante habría sido despedida “por su participación en actividades sindicales o por su vinculación con cierto delegado gremial” (Pto. I).

⁴⁹ Ruibal (2017) sostiene que el caso Sisnero “es una de las estrategias jurídicas por la igualdad de género más significativas llevadas adelante hasta ahora ante el sistema judicial argentino”.

⁵⁰ Para un análisis contextual desde un registro periodístico, ver: Carbajal, M. (22 de mayo de 2014). El derecho de Mirtha a ser colectivera. Página 12. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246780-2014-05-22.html>.

⁵¹ Por litigio estratégico entendemos: “(...) el litigio que, a través de un caso emblemático de violación de derechos, se propone lograr un impacto social amplio a través de la judicialización” (Ruibal, 2017). Según la autora, la creciente utilización del litigio estratégico en Argentina es parte de un proceso más amplio desarrollado en América Latina, que consiste en la recurrencia al Poder Judicial para acentuar el avance en la protección de los derechos humanos. Este proceso es impulsado principalmente por parte de movimientos sociales, mediante una redefinición de la acción colectiva, a través de la movilización legal (Ruibal 2017 y 2009).

⁵² Cons. 4°), “Sisnero”.

⁵³ Dictamen, punto V, “Sisnero”.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Cabe destacar que, en materia de protección de derechos de las mujeres, las medidas de acción positiva no sólo encuentran asidero en el art. 75 inc. 19 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, sino también en los arts. 2.b, 2.c y 4 de la CEDAW (art. 75 inc. 22), como obligaciones jurídicas que recaen sobre todos los poderes del Estado.

⁵⁶ Cons. 5°), “Sisnero”.

⁵⁷ Cons. 6°), “Sisnero”.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Conforme lo establece el art. 16 CN: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

⁶⁰ En palabras de la Corte de Estados Unidos: “In any event, our cases make it unmistakably clear that “(s)tatistical analyses have served and will continue to serve an important role” in cases in which the existence of discrimination is a disputed issue (...) We have repeatedly approved the use of statistical proof, where it reached proportions comparable to those in this case, to establish a *prima facie* case of racial discrimination (...) Statistics are equally

competent in proving employment discrimination” (cons. A, Justice Stewart).

⁶¹ Cons. 6° “Sisnero” y Dictamen de la Procuradora General, punto I.

⁶² Para la ONU (2014), los estereotipos de género son: “visiones generalizadas o preconcebidas acerca de los atributos, características que poseen varones y mujeres y de los roles que deben realizar cada uno” (trad. propia). Asimismo, los concibe como violaciones a los derechos humanos (ONU, 2013). Los Estados están obligados a eliminar los estereotipos de género, de acuerdo al art. 5.a CEDAW; art. 6 y 8 Convención Belem do Pará.

⁶³ Consagrado en el art. 11.1.a CEDAW; art. 6.1 PIDESC; Declaración de Filadelfia OIT; art. 23.1 Declaración Universal de Derechos Humanos. Así también lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de Argentina en los precedentes “Álvarez” y “Vizzoti”.

⁶⁴ Así lo expresan también Puga y Otero (2010, p.5) cuando sostienen que el argumento expuesto en el fallo Sisnero de la Cámara, circula en base a una relación entre grupos: “No piensa tanto en lo que “A” le causó en concreto a “B”, sino en la violencia que significa para “B” y para su grupo sexual la situación de la que es responsable “A” (...) Tiende a desplazar la responsabilidad subjetiva por una objetiva frente al resultado, abandonando la obsesión por inculpar por una “conducta prejuiciosa”. El juez tiene una mirada remedial prospectiva, antes que una retrospectiva-retributiva”.

⁶⁵ Un buen indicio de ello es el reciente fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa “Borda, Erica c. Estado Nacional”.