

## Capítulo dos TRABAJO

Paola Bergallo y Natalia Gherardi<sup>1</sup>

La incorporación masiva de las mujeres al trabajo fuera del hogar, a partir de la segunda mitad del siglo XX, puso de manifiesto el grado de desigualdad que debían afrontar. La exclusión de ciertos oficios y profesiones, la segregación en determinados tipos y niveles de trabajo y las limitaciones en el acceso y progreso en el empleo, sin embargo, no era nuevo.<sup>2</sup> La regulación vigente desde principios de siglo en materia de trabajo, tanto en el ámbito internacional<sup>3</sup> como en el nacional, no tenía por objeto asegurar la participación de las mujeres en el mercado laboral en condiciones de igualdad: estaba vinculada a su protección respecto de trabajos penosos o insalubres con el fin de preservar su salud —en realidad, su capacidad reproductora—, proteger su debilidad física y el bienestar de su familia. Esta reglamentación ocultaba el paternalismo propio de sociedades que circunscribían a la mujer a su rol de madre y la diferenciaban de la generalidad de los trabajadores, que se asumían varones.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Profesoras de las universidades de San Andrés y Buenos Aires, Argentina, respectivamente. Agradecen la colaboración de Damián Azrak, María Lucía Capdevila, Gloria Orrego, y Luciana Valansi en la investigación de jurisprudencia y antecedentes para la preparación de este capítulo.

<sup>2</sup> Virginia Woolf, *Tres guineas*, Editorial Femenino Lumen, Buenos Aires, 1999; Nicole Arnaud-Duc, "Las contradicciones del derecho", en *Historia de las mujeres, Tomo 4. El siglo XIX*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pp. 109-148; Joan W. Scott, "La mujer trabajadora en el siglo XIX", en *Historia de las mujeres, Tomo 4. El siglo XIX*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pp. 427-461.

<sup>3</sup> En las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde su creación en 1919.

<sup>4</sup> Una de las consecuencias de la concepción del trabajador como trabajador varón, es la vin-

La segunda ola del feminismo<sup>5</sup> enfatizó la importancia de la distinción entre lo público y lo privado, definiendo y diferenciando el trabajo productivo y el reproductivo con el objeto de analizar y encontrar soluciones a las cuestiones que entonces denunciaba el feminismo: la invisibilidad del trabajo de las mujeres y su concentración en la esfera reproductiva y no remunerada; los efectos que esta concentración tenía en las condiciones laborales de las mujeres, sus expectativas y posibilidades a lo largo de su ciclo vital; y, por último, se propuso confrontar estas circunstancias con la amplia presencia masculina en el trabajo remunerado y con las consecuencias de esto en las relaciones de género.

El trabajo remunerado y sometido a las condiciones del mercado es lo que se conoce como ocupación o empleo.<sup>6</sup> El mercado de trabajo —su oferta y su demanda— es el que define la situación de las personas frente al empleo remunerado, su capacidad de percibir ingresos por esa fuente, su posibilidad de acceder a la seguridad social, las condiciones para la distribución de recursos entre los miembros de la familia en el hogar, y la capacidad tributaria de las personas.

Diversos aspectos confluyen para permitir la inserción de los individuos en el mercado de trabajo remunerado: primero, la división sexual del trabajo dentro y fuera del hogar; segundo, el nivel y control de los recursos del hogar; tercero, la existencia de bienes y servicios reproductivos al alcance del hogar y de prestaciones relacionadas con el cuidado de sus miembros; y cuarto, las características del mercado de trabajo asociadas o determinadas por el ambiente económico.

culación que durante el transcurso del siglo XX existió entre los derechos laborales y los derechos sociales en América Latina, ya que éstos eran consecuencia de aquéllos: los Estados otorgaban cobertura de los derechos sociales básicos a través de los asalariados del sistema, y mediante estos titulares de derechos laborales y sociales se otorgaba cobertura a las mujeres —protegidas por el vínculo matrimonial— y demás integrantes de su familia. Las mujeres solas, en este contexto, no tenían cobertura, a menos que ellas mismas hubieran ingresado al mercado de trabajo. Ver Laura Pautassi, “El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en la Argentina”, en Haydee Birgin, comp., *Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

<sup>5</sup> El feminismo liberal clásico corresponde a la primera ola del feminismo, que tiene sus raíces en la reivindicación de los derechos de las mujeres en el marco de la Revolución Francesa, y fue también el principal apoyo teórico de los movimientos sufragistas de los siglos XIX y XX. Para una descripción general de las corrientes y teorías feministas, ver, en general, Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2000, y sus numerosas citas.

<sup>6</sup> Sobre las diferencias conceptuales entre trabajo productivo y trabajo reproductivo, y su análisis desde la historia, la economía y la sociología, ver, en general, C. Borderías, C. Carrasco y C. Alemany, comps., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Icaria Editorial, Madrid, 1994.

El trabajo reproductivo o doméstico comprende todas aquellas actividades no remuneradas que se realizan en el hogar, y que cualquier persona distinta de la que habitualmente cumple con ellas —por su calidad de miembro de la familia— podría hacerlas. El esfuerzo por visibilizar el trabajo de las mujeres a partir de la década del ochenta incluyó también su contabilización estadística, por lo que durante las siguientes décadas se multiplicaron los reclamos con miras a que el trabajo reproductivo no remunerado fuera incorporado a las cuentas nacionales y al cómputo de la población activa.

En tanto no existen restricciones naturales para la inserción plena de las mujeres en el mundo del trabajo remunerado, la discriminación persistente y la desigualdad en el empleo sólo se explican si se atiende a las imágenes estereotipadas sobre las mujeres y los varones y a los roles asignados a cada uno, a las dificultades para lograr acuerdos de responsabilidades domésticas compartidas, a la ausencia de una reglamentación en la región en la que los Estados exijan que los empleadores, públicos o privados, provean servicios de cuidado, y a la doble jornada laboral que enfrentan mayoritariamente las mujeres —resultante de la suma del trabajo remunerado y el trabajo doméstico—.

Una manera de analizar las discriminaciones en el ámbito del empleo remunerado consiste en revisar los patrones de segregación horizontal y vertical en la ocupación, que indican que los varones y las mujeres suelen trabajar en sectores diferentes de la economía y ocupar cargos distintos dentro del mismo grupo profesional.<sup>7</sup> La segregación en la ocupación suele considerarse como una prueba de la desigualdad, ya que incluye aspectos de la estratificación social en cuanto al poder, las calificaciones profesionales o técnicas y las ganancias. Todos estos factores están relacionados entre sí y se pueden tomar como indicadores de las ventajas o desventajas sociales. La segregación en la ocupación por razón de sexo ha sido más perjudicial para las mujeres que para los hombres: las ocupaciones consideradas femeninas generalmente son menos atractivas, tienden a ser peor remuneradas, a tener categorías inferiores y menos posibilidades de ascenso.<sup>8</sup> Factores sociales, culturales, históricos y económicos determinan el alcance y los modelos de segregación en la ocupación: las pautas sociales y los estereotipos sobre los hombres y las mujeres, la vida familiar y la vida laboral;

<sup>7</sup> Para una sistematización de los distintos argumentos y teorías que explican la segregación vertical y horizontal de las mujeres en el empleo, ver Paola Bergallo, “¿Un techo de cristal en el poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Center of Reproductive Rights y CESO, 2006, pp. 153-157.

<sup>8</sup> Se producen similares procesos discriminatorios respecto de la raza, el origen étnico, la edad y la invalidez, entre otros, que redundan en la desvalorización y segregación de grupos de trabajadores en puestos de trabajo y con condiciones laborales menos favorables.

la educación y la formación profesional; los regímenes fiscales y de seguridad social, y las políticas e instituciones de bienestar social; la estructura del mercado de trabajo, incluida la dimensión de la economía informal, y la discriminación en el acceso al mercado de trabajo.

En los últimos sesenta años la legislación laboral ha evolucionado hacia formas que, antes que buscar la protección del trabajo de las mujeres, han tendido a asegurar la igualdad sustancial entre trabajadores y trabajadoras. Para ello se han incorporado prohibiciones legales expresas contra la discriminación y, en ocasiones, medidas particulares para promover el empleo de los integrantes de ciertos grupos tradicionalmente subrepresentados en la fuerza de trabajo.<sup>9</sup> Sin embargo, las desigualdades subsisten.

En este capítulo se presentarán las distintas formas de discriminación que actualmente enfrentan las mujeres en el ámbito del trabajo remunerado, y las respuestas que los tribunales de justicia han brindado en la aplicación de las normas vigentes.

La aplicación de la protección que las normas internacionales y nacionales otorgan a los trabajadores y trabajadoras se limita a los empleos registrados de la economía formal. Las altas tasas de empleo no registrado, presentes en la mayoría de los países de América Latina, dan cuenta de esta limitación, particularmente relevante en el caso de las mujeres, pues éstas generalmente se encuentran sobrerrepresentadas en el empleo informal.<sup>10</sup> El trabajo informal incluye trabajadores y trabajadoras por cuenta propia —en pequeños emprendimientos comerciales o empresas no registradas— y a los trabajadores y trabajadoras asalariados en

<sup>9</sup> La intervención del Estado a través de esta clase de normas enfrenta todas las limitaciones propias del derecho, a las que deben agregarse las objeciones que despierta tal intervención en el contexto de las posiciones liberales contemporáneas. En ese sentido, ver John Gardner, "Liberals and Unlawful Discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, N° 1, pp. 259-280; Bob Hepple and Erika Szyszczak, eds., *Discrimination: The Limits of the Law*, Mansell Publishing Limited, 1994; Cass Sunstein, "Why Markets don't Stop Discrimination", en Paul Miller & Paul eds., *Reassessing Civil Rights*, Blackwell, Cambridge, 1991; Christopher McCrudden, ed., *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, New York, 1991.

<sup>10</sup> El empleo informal comprende el 51% del empleo no agrícola de América Latina. En aquellos países que incluyen en sus estadísticas el empleo informal del sector agrícola, el empleo informal total se incrementa, como en el caso de México, que pasa de representar el 55% del empleo al 62%. En los países en desarrollo el trabajo informal es generalmente una fuente de trabajo más importante para las mujeres que para los trabajadores varones. En América Latina —excluido el trabajo agrícola— el 58% de las mujeres trabaja en el sector informal, comparado con el 48% de los trabajadores varones. Ver *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture*, OIT, Ginebra, 2002. Con especial referencia a América Latina, ver también Juan Diego Trejos, "El trabajo decente y el sector informal en los países del istmo centroamericano" (documento preliminar), OIT, San José, diciembre de 2001, citado en Janina Fernández-Pacheco, "Brechas en los derechos laborales de las mujeres en América Central", OIT, San José, 2003.

empleos no registrados o sin cobertura social. Con respecto a las trabajadoras por cuenta propia, y a las mujeres que trabajan en sus domicilios, un estudio de la OIT señala que la situación de informalidad en la que se encuentran y la falta de poder de negociación son similares:<sup>11</sup>

Los problemas y restricciones a que se enfrentan las trabajadoras por cuenta propia y las que trabajan en casa son bastante diferentes aunque es característico que ambas carezcan de poder de negociación y tengan que proveerse su propia protección social. A menudo, las circunstancias obligan a las mujeres que trabajan a domicilio a hacerlo con salarios bajos, sin contratos seguros ni beneficios suplementarios, y teniendo que cubrir algunos de los costos de producción [...] La mayoría de las trabajadoras por cuenta propia que realizan su trabajo en el hogar, excepto las profesionales de nivel alto, se enfrentan a limitaciones para acceder y competir en los mercados relevantes. Para mejorar su situación, las trabajadoras a domicilio necesitan fortalecer su capacidad de negociación para conseguir pedidos de trabajo con regularidad, precios por pieza más altos y que no se les retrase el pago (lo cual es un problema muy común para este tipo de trabajadoras en todo el mundo); mientras que las trabajadoras por cuenta propia que trabajan en su hogar deberían tener mejor acceso a los mercados financieros y una mayor capacidad para competir en los mercados de productos. En efecto, las trabajadoras a domicilio a menudo se enfrentan a problemas de explotación, mientras que las que trabajan por cuenta propia frecuentemente afrontan problemas de exclusión. Las estrategias para resolver los problemas de explotación en los mercados laborales, como, por ejemplo, la negociación colectiva para conseguir salarios más altos, son diferentes de las estrategias para resolver los problemas de exclusión de los mercados de capital y de productos, como sería la posibilidad de acceder a servicios financieros, de comercialización y de asesoría técnica empresarial.

La relevancia del trabajo informal y sus efectos en las mujeres ha sido tema de preocupación para el comité de la CEDAW, tal como se refleja en las recomendaciones hechas al Estado de Perú:<sup>12</sup>

El Comité observa con preocupación que persiste la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo, incluyendo un limitado acceso de las mujeres al empleo, la baja calidad del mismo y su acceso reducido a los recursos y a las nuevas tecnologías. Asimismo, le preocupa al Comité la discriminación salarial y la segregación

<sup>11</sup> "Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture", OIT, Ginebra, 2002, citado en *Igualdad de género: la lucha por la justicia en un mundo desigual*, Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, México D.F., 2006.

<sup>12</sup> Disponible en [www.manuela.org.pe/doc-vigilancia/CEDAWC.doc](http://www.manuela.org.pe/doc-vigilancia/CEDAWC.doc).

ción vertical y horizontal. Preocupa al Comité las condiciones precarias de las trabajadoras en el sector informal o a tiempo parcial, sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social y sin el debido respeto a sus derechos laborales. También preocupa al Comité que la legislación para prevenir la discriminación laboral parece basarse tan sólo en sanciones penales y no existen recursos civiles adecuados.

## I. FORMAS Y SUSTANCIAS DE LA IGUALDAD

Como lo señala el capítulo “Ciudadanía” de este libro, las preocupaciones del feminismo liberal clásico en el siglo XIX se concentraron en la eliminación de las desigualdades formales entre varones y mujeres.<sup>13</sup> A principios del siglo XX, en el marco del trabajo remunerado, los reclamos por el pleno acceso a los derechos de ciudadanía fueron acompañados por la lucha de un selecto grupo de mujeres por la eliminación de las restricciones a las posibilidades de acceder a la academia y luego al ingreso a las profesiones. Sin embargo, con el desarrollo y apogeo de la segunda ola del feminismo, fue claro que la eliminación de las barreras formales en las normas vigentes era insuficiente para alcanzar una igualdad sustantiva entre mujeres y varones en el mercado de trabajo: la persistencia de la segregación en el empleo, tanto vertical como horizontal, hizo manifiesta la necesidad de contar con otras herramientas que posibilitaran la igualdad real de las mujeres en el trabajo remunerado, tanto en el acceso a los puestos de trabajo como en el transcurso de la relación laboral ya establecida. En ese contexto, los reclamos de las mujeres por la modificación de regulaciones laborales discriminatorias se complementaron con los reclamos por el establecimiento de ciertas medidas de acción afirmativa presentadas como una de las soluciones posibles para el problema persistente de la desigualdad.

Hoy la cultura imperante está atravesada por construcciones de género que determinan la contratación, promoción y oportunidades brindadas a las mujeres en términos de capacitación y procesos de evaluación de desempeño. Esta discriminación se expresa en brechas identificables entre la situación de los varones y de las mujeres en materia de trabajo.<sup>14</sup> Entre estas brechas se encuentran: primero, un menor nivel de ingreso en términos de la cantidad de mujeres que se incorporan al mercado de trabajo remunerado; segundo, un menor salario promedio de las mujeres frente al de los varones, por el mismo

<sup>13</sup> John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, Editorial Mínimo Tránsito, Madrid, 2000.

<sup>14</sup> Ver la investigación del World Economic Forum correspondiente al año 2006 con respecto a la brecha de género en los países de América Latina en áreas como participación económica y oportunidades, educación, salud y participación política: *The Global Gender Gap Report 2006*, World Economic Forum, Ginebra, 2006.

trabajo;<sup>15</sup> tercero, una menor cantidad de mujeres que ascienden a puestos de dirección en proporción a los varones; cuarto, la circunstancia de que las mujeres, en promedio, acceden menos a las oportunidades de capacitación laboral; y quinto, el hecho de que el tipo de empleo al que acceden las mujeres da cuenta de una segmentación por género del mercado laboral.<sup>16</sup>

A pesar de las desigualdades, no ha habido una cantidad significativa y proporcional de reclamos por discriminación ante los tribunales de justicia latinoamericanos. Esto puede obedecer a diversos motivos, entre otros, a las dificultades que enfrentan en general grandes segmentos de la población para acceder a la justicia<sup>17</sup> y, en particular, a los altos niveles de desocupación y a la precariedad e informalidad del empleo remunerado, que en los países de la región afecta tanto a varones como a mujeres.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> De acuerdo con los datos publicados por el World Economic Forum, entre 115 países relevados en áreas como participación económica y oportunidades, educación, salud y participación política, los resultados para América Latina ubican a los países de la región en el puesto 21, en el mejor de los casos —es el caso de Colombia o Costa Rica, 29 del *ranking*— y 95 —en el caso de Guatemala y Bolivia, en el puesto 87, o Ecuador en el puesto 82—. Específicamente, en cuanto a la brecha salarial, Argentina se encuentra en el puesto 96 —de 115 relevados—, Brasil en el 98, y el mejor ubicado en el *ranking* es Colombia, en el puesto 73.

<sup>16</sup> En efecto, la mayoría de las mujeres empleadas se desempeña en las ramas de actividades económicas correspondiente a servicios en los que se destacan la enseñanza, el comercio y el servicio doméstico, actividades en las que el promedio del salario es más bajo que en otros sectores de la economía.

<sup>17</sup> Ver, en general, Haydee Birgin y Beatriz Kohén, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.

<sup>18</sup> Janina Fernández-Pacheco, “Brechas en los derechos laborales de las mujeres en América Central”, *op. cit.* Este estudio analiza opiniones sobre la influencia de los prejuicios y estereotipos al momento de demandar el cumplimiento de las leyes. “Más de una tercera parte de las mujeres docentes, sindicalistas y trabajadoras opina que existen prejuicios de género que afectan negativamente a las mujeres en los y las responsables de impartir justicia, vis a vis menos de una cuarta parte de los hombres que comparten esta opinión. Esto parece indicar que existe una arraigada creencia en la ‘objetividad’ de jueces, juezas y abogados/as laboristas. Hilando más fino significa que existe ‘ceguera’ a las diferencias de género y a sus consecuencias en lo relativo a la forma en que se expresan y aplican los derechos laborales de hombres y mujeres. La totalidad de las mujeres sindicalistas y la mayoría de las mujeres docentes universitarias creen que existen prejuicios en las mujeres que les dificultan acudir a los tribunales de justicia cuando sus derechos laborales son lesionados. Esta opinión es compartida prácticamente por la mitad de los hombres entrevistados, con excepción de los trabajadores de empresa. En las entrevistas a profundidad se hizo evidente que estos ‘prejuicios’ se relacionan con el ‘temor’ a hacer denuncias y luego perder el caso, con la falta de tiempo y recursos para presentar pruebas y en muchos casos con la dificultad de entender claramente cuáles son los trámites que deben seguirse. La abrumadora mayoría de los entrevistados de ambos sexos considera que no existe en sus países una divulgación y capacitación dirigida a eliminar la discriminación laboral contra la mujer; igualmente consideran que las leyes nacionales y la normativa internacional no aportan al cambio de valores, prejuicios y creencias respecto a los derechos de trabajo de

Los casos que se presentan en esta sección abordan primero las dificultades que enfrentan las mujeres en el acceso al trabajo, las formas en que estas dificultades se manifiestan y la manera como han sido tratadas por los tribunales. Se trabajará la segregación de las mujeres con respecto a ocupaciones y profesiones consideradas tradicionalmente masculinas, y las explicaciones que habitualmente se ofrecen para justificar esta discriminación. En segundo lugar, se presenta el problema de la desigualdad entre varones y mujeres en el marco de la relación laboral ya existente. Esto se expresa de manera clara en la brecha salarial y en la desigualdad en el trato, en la capacitación y en las oportunidades de ascenso. Por último, se analizan las soluciones posibles que ha sentado la jurisprudencia y las experiencias recientes en la región a través de políticas de acción afirmativa y buenas prácticas promovidas por el Estado.

#### A. PRIMER PROBLEMA: IGUALDAD EN EL ACCESO AL TRABAJO

En general, las mujeres son discriminadas en el acceso al empleo por restricciones particulares vinculadas con su sexo, su situación matrimonial o sus responsabilidades familiares. Estas restricciones obedecen, en muchos casos, a que las características o las capacidades de las mujeres se generalizan, sin tomar en consideración las condiciones particulares de las postulantes. Algunas profesiones han estado vedadas a las mujeres por reglamentaciones o interpretaciones arbitrarias de las normas, provenientes de asociaciones profesionales corporativas que alegaban su derecho a establecer las restricciones que consideraran convenientes.

Un estudio que data de la década del setenta<sup>19</sup> presentó algunas resoluciones judiciales relevantes vinculadas con los diferentes problemas que enfrentaban las mujeres en su empleo. Señalaba dos casos en América Latina relacionados con restricciones de las mujeres al empleo remunerado en profesiones consideradas poco habituales. En 1971, en Chile, las reglamentaciones de una asociación profesional que limitaban el ingreso de las mujeres al trabajo de adiestramiento de caballos de carrera fueron cuestionadas judicialmente. El tribunal sostuvo que el poder discrecional de las asociaciones profesionales, en cuanto al ingreso a la profesión de que se trata, no es absoluto, esto es, no puede llegar al punto de que puedan incidir arbitrariamente en el derecho a trabajar de una persona.<sup>20</sup>

las mujeres. Simultáneamente, y con la única excepción de los funcionarios de los sistemas judiciales y de los ministerios de trabajo, todos los otros grupos entrevistados consideran que las mujeres no tienen un acceso fácil a los tribunales de justicia”.

<sup>19</sup> Felice Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 92, N° 1, julio de 1975.

<sup>20</sup> *Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social*, Santiago de Chile, junio de 1971, p. 33, citado por Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *op. cit.*

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia dejó sin efecto una disposición del Código de comercio que prohibía que las mujeres fueran designadas como administradores judiciales en caso de quiebra.<sup>21</sup>

Más recientemente, la Corte Constitucional de Colombia consideró el caso de una mujer cuya solicitud de admisión a la Escuela Naval, única universidad del país donde se podía cursar la carrera de Oficial de Infantería de Marina, fue rechazada por su sexo. La Corte consideró que la interpretación que había hecho la Escuela del reglamento de ingreso no era fiel al texto literal —éste no enumeraba el sexo masculino entre los requisitos de ingreso—, y que además resultaba violatoria de la Carta política del país, que prohíbe la discriminación en razón del sexo. La jurisprudencia reciente de Argentina ofrece un caso interesante que ilustra los obstáculos que se invocan o se aplican para la contratación de mujeres y las respuestas de los tribunales frente a la alegada libertad de contratación de las empresas privadas.<sup>22</sup>

#### Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-624 de 1995

##### Problema jurídico

¿Se violan las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación en razón del sexo por la negativa de admitir a una mujer en la única universidad que imparte los estudios para acceder al trabajo de oficial de infante de marina del país?

##### Hechos

La solicitud de ingreso de la accionante a la Escuela Naval Almirante Padilla, con el objeto de cursar la carrera de Oficial de Infantería de Marina, fue rechazada. Se adujo la no admisión de mujeres a esa carrera.

##### Decisión

Se determina que la negativa de admitir a una mujer en la única universidad que imparte los estudios para acceder al trabajo de oficial de infante de marina es discriminatoria y violatoria de las garantías que sobre igualdad y no discriminación en razón de sexo contempla la Constitución política del país. La Corte resolvió ordenar a la Dirección de Reclutamiento de la Escuela Naval que dispusiera de las medidas necesarias para que a la accionante se le permitiera participar en el proceso de incorporación de candidatos a la Escuela.

<sup>21</sup> Tribunal Supremo, 4 de marzo de 1965, *Revista del Ministerio de Justicia*, abril-diciembre de 1965, pp. 362-365, citado por Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *op. cit.*

<sup>22</sup> Ver descripción de las circunstancias y particularidades del fallo en Maurino Gustavo, Ezequiel Niño y Martín Segal, *Las acciones colectivas*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 147-156.

**Extractos**

La igualdad constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana, pues resulta de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos accidentales como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias.

Ha señalado la Corte Constitucional que la

[...] igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

[...]

El trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse en motivos razonables que justifiquen la diferencia, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad por una apreciación exagerada de características distintas que no sean suficientes para enervar la siempre preponderante equiparación entre seres sustancialmente iguales.

En otros términos, las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad misma sobre la cual recaen.

En últimas, lo que persigue la doctrina constitucional cuando rechaza con la misma energía la desigualdad como la igualdad puramente formal es lograr el equilibrio entre las personas frente a la ley y en relación con las autoridades. Las eventuales distinciones que buscan corregir o disminuir diferencias accidentales tienen un carácter excepcional frente al postulado genérico de la igualdad y tan sólo encuentran justificación en la medida en que a través de ellas se realice aquél.

La Constitución garantiza a todo individuo el libre desarrollo de su personalidad (artículo 16 C.P.) y la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26 C.P.).

El primero de esos dos derechos fundamentales radica en la autonomía de cada uno para realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico.

Cuando, sin ninguna justificación razonable, se frustra el acceso del aspirante a los niveles de formación académica establecidos para la profesión de sus preferencias

—en caso de que sea de aquellas que los requieren— implica necesariamente la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad por cuanto se le impide la selección de un derrotero para su vida, que debería ser de su autónoma elección y, por supuesto, se cae en la vulneración del derecho a escoger profesión u oficio, pues sin cursar los pertinentes estudios el interesado no tendrá acceso al ejercicio profesional, supeditado a ciertos grados de preparación previa.

En respuesta al oficio por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá indagaba acerca de la situación de la peticionaria ante la Escuela, el Director de la misma [...] señaló: “La organización de la Escuela Naval no ha contemplado la posibilidad de preparar cadetes femeninos porque no cuenta con las condiciones físicas, recurso humano e infraestructura para ello y por la naturaleza misma de la actividad que cumple el Oficial Naval”.

[...] Muestra a las claras que la circunstancia de pertenecer al sexo femenino es motivo suficiente, en el sentir de la administración de la Escuela, para no dar trámite a solicitudes como la que ha originado la presente acción.

La Corte encuentra que el aludido “Reglamento de admisión de alumnos” no contempla entre los requisitos para la inscripción —paso previo e indispensable para la admisión— el de pertenecer al sexo masculino, como puede verse al consultar el

Capítulo IV, numeral 13, que exige primordialmente:

- a. Ser colombiano.
- b. Ser soltero y comprometerse a permanecer en este estado civil mientras sea alumno de la Escuela.
- c. Presentar documento de identidad.
- d. Presentar certificado del colegio en que conste que es bachiller o que está cursando el sexto año de bachillerato.
- e. Entregar tres fotos tamaño 3 x 4 cms., de frente.
- f. Cancelar el valor vigente de la inscripción.
- g. Presentar certificado de honorabilidad y buenas costumbres del colegio o de la entidad con quien trabaja.
- h. Demostrar no ser menor de 16 años ni mayor de 21 en la fecha de ingreso a la Escuela.
- i. Tener estatura mínima de 1,65 metros y peso mínimo proporcional a la estatura.
- j. Presentar los resultados de los exámenes de laboratorio y fluoroscopia pulmonar.
- k. Someterse a los exámenes físicos al momento de la inscripción.

Los resultados de estos exámenes son decisivos para continuar con los exámenes intelectuales y psicotécnicos.

- l. Presentar la tarjeta de la prueba de Estado (ICFES).

Tratándose del único plantel que en el país puede impartir la formación académica buscada por la actora, dicho reglamento mal podría estipular la prohibición de recibir personal femenino, pues, según lo dicho, ello implicaría abierta violación de los artículos 5, 13, 16 y 26 de la Carta política y, por ende, la correspondiente norma tendría que ser inaplicada (Artículo 4° C.P.).

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, Argentina**

**Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A.**

16 de diciembre de 2002

**Problema jurídico**

¿Se violan las garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación en razón del sexo por la contratación prioritaria de varones por parte de un empleador privado, sin razones objetivas que la justifiquen?

**Hechos**

La Fundación Mujeres en Igualdad inició una acción de amparo colectivo contra la empresa Freddo S.A. (dedicada a la fabricación y comercialización de helado en la ciudad de Buenos Aires y alrededores), alegando que ésta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos, la demandada rechaza la contratación de personal femenino.

**Decisión**

Se analiza la práctica de contrataciones de una empresa para determinar si, sobre la base de las explicaciones que brinda sobre la contratación prioritaria de varones, ésta se encuentra objetivamente justificada. El Tribunal reconoce la procedencia y regula la aplicación de acciones de discriminación positiva en el empleo, priorizando la igualdad en el acceso al empleo por sobre los argumentos de libertad de contratación empresarial. La Cámara de Apelaciones resuelve que la práctica de contratación de personal de la demandada resulta discriminatoria y que no había podido ser razonablemente justificada, por lo tanto ordena que en el futuro se contraten exclusivamente empleadas mujeres hasta tanto se compense en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

**Extractos**

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad

que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

La no discriminación por razón del sexo en materia laboral se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por “antes” el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva.

[...]

La empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían

[...] efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgrs., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada [...] En este sentido Freddo pretende “proteger” y no discriminar a la mujer.

[...]

La justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual. Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigida a las mujeres también es reputada discriminatoria.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> “Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los hombres como para las mujeres. Por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y necesario en los trabajos de enfermería —actividad en la que la población laboral suele ser predominantemente femenina— normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad. Por último, si la explicación se reduce a que la prohibición legal debe entenderse justificada para aquellos trabajos

[...]

Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad.

Por último, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamentan. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer —en el caso de las discriminaciones directas—, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sentencia del 22/3/99, N° 41/99, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485). Si bien es cierto que los directivos de una empresa suelen hacer prevalecer criterios económicos por encima de los jurídicos en la conducción de la actividad empresarial, la verdad es que estas situaciones tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.<sup>24</sup>

### Corte Constitucional de Colombia

#### Sentencia T-322 de 2002

##### Problema jurídico

¿Se violan las garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación en razón del sexo por la no contratación de mujeres que cumplen con los requisitos exigidos para el puesto por parte de una asociación privada?

##### Hechos

Las actrices demandaron a la Asociación de Ganaderos de San Martín al no haber sido contratadas entre las vacunadoras para el último ciclo de vacunación contra la

que pudieren poner en peligro la capacidad de gestación —que no es en estos términos como aparece reseñada en la legislación argentina— igual restricción debería corresponder para los que, de igual forma o en términos similares, afectaran a los hombres”. Mario Ackerman, “La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina”, Biblos, Buenos Aires, 2000.

<sup>24</sup> Un planteamiento similar fue sometido a la consideración de la Corte Constitucional de Colombia, aunque en ese caso se resolvió que de las evidencias del caso no surgía que las actrices hubieran sido injustamente discriminadas en razón de su sexo.

aftosa, correspondiente al año 2001, aun cuando habían cumplido con los requisitos exigidos para el puesto. Consideraron, por lo tanto, que la negativa tenía motivos discriminatorios por su condición de mujeres, y que violaba las normas de la Constitución política del país.

##### Decisión

La sentencia considera la libertad de contratación de personal por parte de entidades públicas y privadas en relación con la prohibición de establecer parámetros discriminatorios injustificados que perjudiquen a las personas de un sexo. La Corte resolvió que en el caso no se había probado una conducta discriminatoria por parte de la asociación demandada y por lo tanto convalidó la decisión de ésta de no contratarlas.

##### Extractos

[...]

En ejercicio de la libertad de contratación, no pueden las entidades públicas o las privadas establecer parámetros dentro de los cuales, sin justificación alguna, opten por contratar trabajadores sólo de determinado sexo, porque tal decisión contraría el Ordenamiento Superior.

[...]

Para la Sala resulta claro que la discrecionalidad del empleador privado en la selección de sus trabajadores no es absoluta, pues necesariamente la misma debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y no basta, por ejemplo, la sola condición femenina para negar el ingreso de una mujer a determinado trabajo, pues deben ser los méritos propios y específicos de cada quien, los que determinen su ingreso o no; tampoco se puede que buscando favorecer a la mujer y con un criterio exclusivo y eminentemente paternalista se asegure su designación, no con base en sus capacidades y méritos personales —como debe ser— sino exclusivamente por razón de sexo, pues esto a su vez resulta también discriminatorio.

En otras palabras, no hay prueba de que se presenta una discriminación real contra las actrices, pues de acuerdo con el juicio de proporcionalidad y razonabilidad, las personas elegidas para un cargo deben cumplir con los méritos necesarios para acceder al mismo, y no se pueden sacrificar criterios de calidad, idoneidad y experiencia para favorecer a determinada persona, por el mero hecho de ser mujer, cuando existan hombres al parecer mejor calificados para ello. El acceso a los cargos no puede hacerse en beneficio de personas que no cumplen las calidades, que no tienen las condiciones ni capacidades o que carecen de la idoneidad para ejercer el cargo específico; pues si se trata de proveer cargos, las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que claro está también se predica de los hombres.

La inclusión de una mujer en una lista de aspirantes a un cargo no puede asegurar *per se*, la elección de la misma, pues nadie tiene derecho adquirido a un cargo. Cada persona debe tener derecho a obtener lo que le corresponde por su capacidad, experiencia, conocimientos y elegir a una mujer por su mera condición de tal y no por méritos, es contrario a la justicia, puede llevar a que se deje de incluir a un hombre que reúne mejores condiciones y requisitos para ejercer el cargo en cuestión.

### Corte Constitucional de Colombia

#### Sentencia T-026 de 1996

#### Problema jurídico

¿Se viola el derecho a la igualdad y no discriminación en razón del sexo cuando el empleador selecciona empleados de un determinado sexo para una labor que no tiene que ser realizada necesariamente por un miembro de dicho sexo?

#### Hechos

El señor Solís Pedraza se desempeñaba como empleado de la Casa Cultural del Municipio de Yumbo. Una resolución dictaminó que fuera retirado del empleo alegando que “en el futuro lo deberá desempeñar una mujer”. El actor cuestionó la decisión del municipio, pues según su criterio las tareas de aseo, mantenimiento y cuidado pueden ser realizadas tanto por un hombre como por una mujer. De hecho, el señor Solís las había ejecutado durante un largo período.

#### Decisión

La sentencia considera la aplicación de la garantía de igualdad y no discriminación en razón del sexo en relación con la libertad de contratación y la facultad del empleador de establecer calificaciones especiales para ciertos trabajos, favoreciendo a los empleados de un determinado sexo. La Corte consideró que en este caso no se había acreditado el hecho de que el trabajo realizado por el actor tuviera, razonablemente, la necesidad de ser hecho por una mujer, más aún cuando el señor Solís Pedraza lo había desempeñado durante los últimos años. Adicionalmente, resolver lo contrario hubiera implicado contribuir a perpetuar los prejuicios conforme a los cuales las tareas de mantenimiento y limpieza deben ser ejecutadas por mujeres. Por lo tanto, la Corte resolvió que el actor debía ser reintegrado a su cargo, o en su defecto a uno de igual o superior categoría.

#### Extractos

[...]

No ignora la Sala que, consideradas las cosas desde una perspectiva amplia, a los miembros de uno y otro sexo les asiste la vocación y la capacidad para desarrollar

cualquier actividad y que por ello, establecer, a priori, una distinción entre las tareas específicamente reservadas a hombres o a mujeres con el fin de negar el acceso o la permanencia de un grupo en el espacio que supuestamente corresponde al otro, implica incurrir en una inadmisibles diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar.

Sin embargo, en el complejo ámbito de las relaciones laborales, con mayor o menor dificultad, es posible detectar actividades que, por razón del sexo, están fuera del alcance del principio de no discriminación y de la igualdad de trato; tal acontece con ciertas categorías o grupos profesionales que, merced a estimaciones ya de orden biológico o físico, ora de naturaleza social o cultural, se integran única o predominantemente por individuos pertenecientes a un solo sexo.

[...]

En estos limitados supuestos, la presencia mayoritaria o exclusiva de sujetos de un mismo sexo en la ejecución de una actividad persigue el mejor cumplimiento del conjunto de labores desarrolladas por una empresa determinada o la óptima prestación de un servicio público, propósitos que se verían desvirtuados si la vinculación de un trabajador de sexo distinto al requerido distorsiona, dificulta o en definitiva impide el correcto desempeño de las funciones propias de la respectiva actividad.

En las circunstancias anotadas, se aprecia, con total nitidez, un conflicto entre el derecho a la igualdad que proscribe la discriminación basada en el sexo y la libertad de empresa que, en algunos eventos impone la derogación de la igualdad de trato en aras del cabal desarrollo de una actividad económica empresarial para la cual resulta indispensable contar con trabajadores de un solo sexo y, por consiguiente, excluir a los miembros del otro. Así las cosas, se torna imperioso lograr un punto de equilibrio entre dos derechos protegidos constitucionalmente, lo que obliga a proceder con extrema cautela en la identificación de las actividades profesionales cuyo ejercicio hace del sexo una condición determinante.

[...]

La experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo.

En diversos supuestos se exige que el trabajador pertenezca al mismo sexo de los destinatarios de específicos servicios. *Exempli gratia*, con miras a la conservación de la disciplina y al mantenimiento de condiciones de seguridad, los trabajos de

vigilancia pueden requerir el concurso de hombres o mujeres según se trate de centros de reclusión masculinos o femeninos, respectivamente. Otro tanto puede predicarse de prestaciones de índole personal que, conforme los patrones culturales vigentes en la sociedad, comportan la posible afectación del derecho a la intimidad, del pudor y la decencia del trabajador o de sus clientes. Como en el caso anterior, en estas hipótesis se precisa la valoración concreta de cada situación.

Las labores propias del arte del espectáculo, de la moda y en general de las actividades artísticas que cumplen, entre otros, actores, modelos, bailarines, etc., conforman una categoría que admite el condicionamiento referente a la pertenencia a un determinado sexo; en ocasiones, las leyes, las costumbres o la religión excluyen de ciertos trabajos a hombres o a mujeres.

[...]

Finalmente, cabe apuntar que la identificación de actividades excluidas del principio de no discriminación, en todo caso, debe atender a la evolución de las condiciones culturales y sociales que, paulatinamente, contribuyen a desdibujar barreras erigidas sobre prejuicios que, con el pasar del tiempo, devienen arcaicos y desuetos; así, las limitaciones del trabajo nocturno de las mujeres o la incorporación de éstas a las fuerzas armadas son ejemplos destacados de actividades que, habiendo sido vedadas a los miembros de uno de los sexos, en forma progresiva y gracias a la evolución aludida, vienen a ubicarse dentro de la categoría de actividades realizables por ambos sexos, en diversos países.

[...]

De lo anotado se deduce que no existe un catálogo cerrado que comprenda, en forma fehaciente e incontrovertible, la totalidad de las actividades en las que el sexo es condición necesaria del cumplimiento de las funciones anejas, por ende, éste es un campo propicio al surgimiento de no pocas dudas interpretativas, lo que, en consecuencia, exige formular criterios utilizables para distinguir los ámbitos o sectores profesionales excluidos de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de aquellos que no ameritan esa exclusión, así:

a. Es necesario tener en cuenta que la exclusión de ciertas actividades de la aplicación de la igualdad de trato, cuando el sexo constituye una condición determinante del ejercicio profesional, configura una hipótesis excepcional y, por lo mismo, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

b. De conformidad con el principio de proporcionalidad, el intérprete debe proceder a conciliar, en lo posible, la igualdad de trato entre los sujetos pertenecientes a ambos sexos y las exigencias del desarrollo de la pertinente actividad.

c. No es posible perder de vista que, si atendiendo a la naturaleza de la actividad de que se trate y de las condiciones de su realización, se establece que el sexo es condición determinante del correcto ejercicio profesional, es porque existe una

conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo.

d. Del anterior predicado se desprende que la conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo es objetiva y por tanto, no depende de la mera apreciación subjetiva del empleador o de prácticas empresariales que sin ningún respaldo hayan impuesto la pertenencia a un sexo específico.

e. Al juicio de necesidad sigue otro de esencialidad, de acuerdo con el cual el sexo de la persona debe ser indispensable para ejecutar las tareas esenciales de la actividad profesional de que se trate, así pues, cuando, dentro de un mismo empleo, funciones apenas tangenciales se reservan a individuos de un solo sexo, ello no justifica la exclusión de los miembros del otro sexo del ejercicio de esa actividad.

f. En concordancia con el aserto que se acaba de formular, cabe advertir que esta excepción a la igualdad de trato se refiere a actividades específicas y su aplicación excluye la apreciación global del conjunto de funciones de la actividad respectiva en favor del examen concreto de las labores que deben ejecutarse, en relación con la aptitud y capacidad de cada sujeto llamado a desempeñarlas.

g. Las diferencias sexuales que sirvan de soporte a la exclusión de los trabajadores de un sexo de una actividad o categoría profesional, deben ser valoradas atendiendo al momento histórico y, en todo caso, no es posible ignorar la evolución y los cambios sociales que incidan en esa especial valoración.

[...]

La aplicación de los criterios propuestos al caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, arroja como conclusión la carencia de adecuada fundamentación de la decisión de retirar al señor Solís Pedraza del cargo de carrera administrativa que ocupaba en la Casa Cultural del Municipio de Yumbo (Valle).

En efecto, las tareas de mantenimiento, cuidado y limpieza de las instalaciones de la entidad y la ejecución de trabajos materiales y rutinarios que requieren esfuerzo físico que, según el manual de funciones específicas, corresponden al empleo de auxiliar de servicios varios, no suponen como condición ineludible de su ejercicio la pertenencia de quien las ejecuta al sexo femenino [...] son susceptibles de atención por personas de uno y otro sexo y que el esfuerzo físico no es, en sí mismo, causa para impedir el acceso de las mujeres [...] además, no hay motivo para sostener que el mantenimiento y aseo sean tareas vedadas a los hombres; entenderlo así, significa contribuir a perpetuar prejuicios desconocedores de la igualdad esencial de los seres humanos.

Conviene resaltar que, en el presente evento, el empleador introdujo una distinción con base en el sexo que, por ser una de las denominadas categorías sospechosas de generar discriminación, traslada a la autoridad que expide el acto la carga de probar la inexistencia de la discriminación y, en esta oportunidad, lo que está acreditado es

la falta de justificación objetiva y razonable de la conducta de la autoridad que, por arbitraria e injusta, constituye un acto discriminatorio en contra del peticionario.

### *Cuestiones a debatir*

Las reglas o prácticas abiertamente discriminatorias, que prohíben o restringen el acceso de las mujeres a ciertos trabajos y profesiones en forma directa, y sin recurrir a justificación alguna, son claramente violatorias de las normas internacionales que garantizan el derecho a la igualdad, así como de las normas constitucionales y legales de los países de la región. Sin embargo, subsisten otras formas de discriminación más sutiles que se evidencian en prácticas aparentemente neutrales en términos de género, pero que tienen un impacto diferenciado en varones y mujeres. En ocasiones, para llevar a cabo estas prácticas discriminatorias que responden a las necesidades organizacionales de la empresa, a las características del trabajo y a las convenciones sociales frente a cada tipo de actividad, los empleadores recurren a justificaciones.

En un clásico caso de la jurisprudencia de Estados Unidos,<sup>25</sup> la prohibición de discriminación directa en el empleo<sup>26</sup> se consideró extendida a un caso de discriminación estructural o institucional, resultante de la aplicación de una regla o práctica que, en sí misma, parecía libre de contenido discriminatorio —racial, en ese caso—. La Corte consideró que la ley no sólo prohíbe la discriminación directa, sino también aquellas prácticas que son justas en cuanto a su forma, pero discriminatorias en su aplicación. El límite está dado por la necesidad operacional de la empresa, y los requerimientos que intenten imponerse en detrimento de un grupo de personas —en razón del sexo, la religión, la raza, etcétera— deberán guardar relación con el empleo al que se aplican.

Se consideran prácticas de discriminación institucional o indirecta aquellos comportamientos tan institucionalizados que el individuo que los aplica no se encuentra en la necesidad de hacer una elección para actuar de una manera discriminatoria. El individuo sólo debe cumplir con las normas establecidas; las reglas y procedimientos institucionalmente aplicables toman las decisiones y discriminan en nombre del individuo.<sup>27</sup> Cuando los efectos de una norma o una práctica —aun cuando éstas no se encuentren estipuladas en términos tales que

<sup>25</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

<sup>26</sup> El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (artículo 703[a]) establece que “se considerará que un empleador incurre en una práctica laboral ilegal cuando: 1) no contrate o se rehúse a contratar a una persona o la despidió o discrimine de cualquier otro modo a alguna persona con respecto a su remuneración, a los términos, condiciones o derechos laborales en virtud de su raza, color, religión, sexo u origen nacional [...]”.

<sup>27</sup> Christopher McCrudden, “Institutional Discrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 1982.

sean aplicables a un solo sexo— generan una situación de desventaja para una proporción sustantivamente mayor de personas de un mismo sexo, entonces esa norma o práctica es indirectamente discriminatoria. Para establecer la existencia de discriminación indirecta, quien la alega deberá probar, en primer lugar, que ha sido perjudicado o perjudicada por una práctica aparentemente neutral y no discriminatoria. Luego el empleador tendrá la posibilidad de alegar y probar que existe una justificación objetiva, proporcional y adecuada para la práctica o regla que se impugna, que aquélla responde a necesidades operacionales reales de la empresa.<sup>28</sup> En el curso de la jurisprudencia de la Unión Europea, por caso, el *test* de proporcionalidad evolucionó hasta requerir, en primer lugar, que la práctica pudiera justificarse con referencia a un objetivo que en sí mismo fuera legítimo y sin relación con el sexo —o la raza—; en segundo lugar, que se recurriera a medios apropiados y necesarios para la consecución de dicho objetivo; y, en tercer lugar, que en términos generales los medios elegidos fueran compatibles con el principio de igualdad. Esta interpretación brinda mejores elementos al tribunal a la hora de evaluar una práctica o regla discriminatoria, ya que permite no sólo juzgar el carácter objetivo de la justificación propuesta sino también la legitimidad del medio elegido para implementar esa justificación. Esta interpretación, en particular, permite condenar una práctica discriminatoria en aquellos casos en los que existen medios alternativos de conseguir los mismos fines, sin afectar del mismo modo la garantía de igualdad.<sup>29</sup>

### *Preguntas*

1. ¿Qué reglas se deberían aplicar para la prueba de situaciones de discriminación en el acceso al empleo?
2. ¿Qué tipo de razones podrían invocar válidamente los empleadores —públicos o privados— para la asignación de determinados puestos de trabajo a personas de uno u otro sexo?
3. ¿Qué límite debería encontrar eventualmente esta admisible discrecionalidad empresarial para la descripción de las calificaciones necesarias para desempeñarse en una función determinada? El tema fue considerado en un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, en el que se evaluó la

<sup>28</sup> Las normas vigentes en el Reino Unido y en la Unión Europea en materia de discriminación indirecta son sustancialmente similares a las de Estados Unidos.

<sup>29</sup> Las justificaciones a las que se pueden recurrir son variadas y extensas. Desde motivos de políticas públicas vinculadas a la generación de empleo, la participación de ciertos grupos en el mercado de trabajo remunerado o la promoción de pequeñas industrias (respecto de las cuales la imposición de restricciones o cargas tiene un impacto mayor), hasta las motivaciones empresariales vinculadas con razones económicas, administrativas o de eficiencia gerencial.

posibilidad de que en ciertos supuestos, las empresas contratantes requieran personal de uno u otro sexo para ocupaciones determinadas.

4. ¿En quién debe recaer la carga de la prueba ante un caso de discriminación directa? ¿Cómo se justifica la distinta carga en la prueba en los casos de discriminación indirecta? En el caso *Freddo* se estableció la existencia de trato desigual hacia las mujeres en las instancias de contratación y el empleador no pudo probar la existencia de una justificación razonable. De acuerdo con las pautas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Solís Pedraza*, ¿qué justificaciones podría haber invocado *Freddo*? ¿Hubiera tenido éxito? ¿Por qué motivos las generalizaciones sobre el género no son justificación suficiente para la diferencia de trato en el acceso al empleo?

5. ¿En qué medida es necesaria la intención de discriminar para que una conducta sea considerada violatoria del principio de no discriminación? ¿Cómo se justifica que la intención no tenga un papel relevante en los casos de discriminación indirecta?

6. ¿Cuáles de los requisitos enumerados en el reglamento de admisión de la Escuela Naval se podrían considerar neutrales en términos de género, y sin embargo tener un efecto diferenciado en mujeres o varones? ¿En qué medida esos requisitos se podrían tener como discriminatorios según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional de Colombia?

#### B. SEGUNDO PROBLEMA: LA BRECHA SALARIAL Y EL TRABAJO DE LAS MUJERES EN LA RELACIÓN LABORAL VIGENTE

En el transcurso de la relación laboral ya establecida, por lo general la discriminación de género no opera como un mecanismo formalmente instituido, sino como un conjunto de expectativas recíprocas que terminan convirtiéndose en pautas de acción invisibles, y que a su vez determinan la conducta tanto de los empleadores como de sus dependientes. Dos aspectos fundamentales de la discriminación por sexo en el curso de la relación laboral han sido objeto de regulación tanto en los ámbitos nacionales como internacionales. Éstos han determinado y reforzado las instancias de segregación horizontal y vertical en el empleo, al tiempo que han planteado importantes interrogantes en términos jurídicos. Primero, la desigualdad en la paga y la garantía de igual remuneración por igual tarea, y, segundo, la desigualdad en el trato y las acciones positivas en el empleo.

#### *La garantía legal de igualdad en la remuneración por igual tarea*

La igualdad de trato en el empleo es un principio uniformemente reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos y las legislaciones de

distintos países de América Latina.<sup>30</sup> Asimismo, su regulación en los convenios de la OIT ha tenido un impacto importante en las regulaciones concretas aplicables en los Estados miembros. En particular la ratificación del Convenio N° 100 de la OIT, como uno de los convenios igualitarios,<sup>31</sup> marcó el rumbo para la incorporación de mayores garantías en la legislación interna de varios países con el propósito no sólo de garantizar el derecho a la no discriminación, sino de avanzar en la creación de las condiciones necesarias para el logro de la igualdad de oportunidades.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> “Artículo 23. (1) Toda persona tiene derecho al trabajo [...] (2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual [...] (Declaración Universal de Derechos Humanos). Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual [...] (c) igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Artículo 11. (1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; (b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; (c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; (d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo [...]”. (CEDAW)

<sup>31</sup> Con referencia a la distinción entre convenios protectivos e igualitarios de la OIT, ver Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, “Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad”, CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 56, pp. 24-28.

<sup>32</sup> En vigencia desde 1953, el Convenio establece lo siguiente: “Artículo 1. A los efectos del presente Convenio: (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; (b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.” Artículo 2.1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con

En muchos casos, el principio general de no discriminación y su expresión práctica en la garantía de igual remuneración por igual tarea se encuentra incorporada al texto de las Constituciones políticas de cada país, y reglamentado luego por las normas más específicas de derecho del trabajo.<sup>33</sup>

dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: (a) la legislación nacional; (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o (d) la acción conjunta de estos diversos medios.

"Artículo 3.1. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.

"2. Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes. 3. Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor".

<sup>33</sup> La Constitución de la Nación Argentina, por caso, reconoce la garantía de igual remuneración por igual tarea cuando en su artículo 14 bis establece que "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] igual remuneración por igual tarea [...]". Luego, la Ley de Contrato de Trabajo vigente en Argentina para el empleo en relación de dependencia establece en su artículo 81: "El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador". Por su parte, en la Constitución de Chile no existen referencias específicas al principio de no discriminación en la remuneración, aunque en términos generales establece el derecho a la libertad de trabajo y su protección al garantizar que toda persona tiene derecho a la libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos (artículos 16 a 19). Por otro lado, mientras la Constitución de Costa Rica establece que "las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo" (artículo 71), se dispone que "El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia" (artículo 57). La Constitución de Ecuador contiene algunas de las referencias más explícitas a la protección del trabajo de mujeres. Estipula que "El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos, garantizando idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones en que se encuentre en desventaja económica" (artículo 36).

### La garantía de igualdad de trato en la legislación

La brecha de salario entre trabajadores varones y trabajadoras mujeres persiste, aun cuando las escalas diferenciales de pago de salarios según sexo hayan sido eliminadas a partir de la clara prohibición legal para su vigencia. La existencia de esta brecha sugiere, por lo tanto, la presencia de causas más complejas que la sola actitud discriminatoria de algunos empleadores. Así, se pueden identificar por lo menos cuatro causas coadyuvantes. En primer lugar, la segregación en el empleo que concentra a las mujeres en trabajos típicamente femeninos, generalmente sujetos a peores salarios y estatus, o en puestos de menor jerarquía en las ocupaciones mixtas. En segundo lugar, el patrón diferente de empleo que siguen varones y mujeres: mientras los primeros tienden a mantener una ocupación de tiempo completo en forma ininterrumpida, las mujeres acceden al mercado de trabajo remunerado en forma esporádica y discontinua, y constituyen una mayoría de empleadas a tiempo parcial. En tercer lugar, por lo general las mujeres no acceden a la representación de sindicatos o se desempeñan mayoritariamente en ocupaciones no sindicalizadas. Y un último factor: la tendencia de excluir a las mujeres de las oportunidades de educación y capacitación, que normalmente consolida la ocupación de las mujeres en tareas de menor jerarquía.

Varios convenios de la OIT, en particular el Convenio N° 111,<sup>34</sup> fijan las pautas para determinar en qué consiste la materialización de la garantía de igualdad de trato en el curso del empleo. El Convenio N° 111 obliga a todo país miembro a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo para eliminar cualquier tipo de discriminación, a promover programas educativos y leyes que garanticen la aceptación y cumplimiento del principio igualitario,

<sup>34</sup> Ratificado por la mayoría de los países de la región, el Convenio N° 111 del año 1958, relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, establece que: "Artículo 1.1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende: a) 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; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo".

así como a derogar cualquier disposición legislativa y revisar aquellas prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.<sup>35</sup>

Por su parte, el convenio del año 1981 de la OIT, el N° 156, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, establece ciertas pautas para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras. En ese sentido, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar políticas que posibiliten que los trabajadores con responsabilidades familiares, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho sin ser objeto de discriminación y sin conflicto, en la medida de lo posible, entre sus responsabilidades familiares y laborales.<sup>36</sup>

La garantía de igualdad de trato ha sido recogida por las legislaciones internas de diversos países<sup>37</sup> aunque en términos generales, sin mayores especificaciones y con referencia a características personales que exceden el sexo e incluyen la raza, la etnia, la religión o la edad.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Adicionalmente, la prohibición específica de la discriminación aparece en el Convenio N° 122 de 1964, referido al establecimiento de políticas para fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido, y en el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo del año 1982. Por su parte, el Convenio N° 142 de 1975, sobre el desarrollo de los recursos humanos, impulsa medidas de promoción de la igualdad en materia de formación profesional, considerada como fundamental para el fomento de la igualdad de oportunidades.

<sup>36</sup> Con particular referencia a las posibilidades de capacitación, el Convenio establece en su artículo 7: "Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades".

<sup>37</sup> En Argentina, en materia de empleo público, se establece que "el personal tiene derecho a la igualdad de oportunidades en el desarrollo de carrera administrativa, a través de los mecanismos que se determinen. Las promociones a cargos vacantes sólo procederán mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y aptitudes" (artículo 18, ley 25169 de 1999). El Código de trabajo de El Salvador no contiene acciones afirmativas específicas para mujeres pero sí para ciudadanos salvadoreños. El artículo 7 de este Código establece: "[...] Todo patrono está obligado a integrar el personal de su empresa con un noventa por ciento de salvadoreños, por lo menos [...]". La ley 16045 aprobada en 1989 en Uruguay, que tiene alcance nacional y rige para el sector público y privado, "prohíbe toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral". El artículo 3 de la ley 16045 establece que "la discriminación de carácter compensatorio orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición a que hace referencia el artículo 1° de la ley" y asimismo establece que el "Estado y particularmente los medios de enseñanza, realizarán campañas educativas necesarias para propiciar en todo el país el interés y la comprensión por los problemas que afectan a las trabajadoras, fomentar la toma de conciencia de su condición por parte de éstas y de los empleadores y, en especial, suprimir los factores que impidan a los trabajadores la utilización óptima de sus capacidades".

<sup>38</sup> Las normas vigentes en la Unión Europea (Directiva 76/207/EEC del 9 de febrero de 1976) con

La positivización de la garantía de igualdad de remuneración por igual tarea y su interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia ha encontrado serias dificultades derivadas de la dificultad de conceptualizar esa garantía. De la garantía de "a igual salario por trabajo igual" contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reconocimiento del "principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor", previsto en el Convenio N° 100 de la OIT, el PDESC y la CEDAW, se avanza en el reconocimiento de que puede no haber "trabajo igual" para varones y mujeres entre los cuales establecer la comparación.<sup>39</sup>

Las demandas ante los tribunales de justicia para exigir el cumplimiento de esta garantía, específicamente en lo que se refiere al pago de igual remuneración por igual tarea, no sólo han enfrentado dificultades probatorias, sino que también se han encontrado con la reticencia de los tribunales a la hora de considerar las discriminaciones de género implícitas en la segregación horizontal y vertical en el empleo remunerado.

En esta sección se presentan decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que analizó, en distintas oportunidades, el alcance de la garantía constitucional de igual remuneración por igual tarea. Sin embargo, la dimensión de género no fue incluida explícitamente en el análisis. En un fallo que sentó las bases para la interpretación del alcance y sentido de esta garantía, la Corte consideró arbitraria una discriminación salarial fundada en razones de sexo, religión o raza, pero consideró que si el empleador cumple con lo establecido por el convenio colectivo de trabajo aplicable en relación con el pago de salarios, puede pagar a algunos trabajadores en exceso de lo allí establecido en razón de sus méritos laborales, sin necesidad de probar tales extremos. En ese caso, corresponderá a las trabajadoras y trabajadores probar que han sido irrazonablemente discriminados en el pago de ese beneficio. En un fallo posterior, la misma Corte Suprema revocó una sentencia en la que no se había conside-

respecto a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo, brindan un interesante ejemplo de regulación en la materia. La norma aclara, sin embargo, que el principio de igualdad reconocido no dejará de reconocer la facultad de los Estados de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

<sup>39</sup> Esta evolución se observa también, por ejemplo, en las normas aplicables a la Unión Europea. Mientras que el artículo 141 (antes 119) del Tratado se refiere al "principio por el cual varones y mujeres deben recibir igual salario por trabajo igual", la posterior Directiva 75/117 deja en claro que el criterio aparentemente restrictivo del Tratado debe entenderse como inclusivo de "trabajo de igual valor".

rado adecuadamente la prueba producida por una trabajadora con el objetivo de acreditar la discriminación arbitraria en su contra por parte del empleador. Por último, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, también en Argentina, pone de manifiesto las consecuencias de la falta de un análisis de género que tenga en cuenta la segregación horizontal en el empleo.

#### **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**

##### **Sixto Ratto y otro contra Productos Stani S.A.**

26 de agosto de 1966

#### **Problema jurídico**

¿Es válido que el empleador pague salarios diferentes a sus trabajadores con el fundamento de premiar la mayor laboriosidad o eficacia de ciertos empleados?

#### **Hechos**

Los actores demandan a Productos Stani S.A. por el cobro de diferencias de salarios. Alegan que a los obreros que antes hacían su mismo trabajo —atender una máquina— se les abonaba una suma adicional, suma que no se les pagada a los accionantes, en violación del artículo 14 bis de la Constitución nacional argentina. En su defensa, la empresa alega que el trabajo realizado por los actores es pagado de acuerdo con el convenio colectivo aplicable a la actividad, y que el pago adicional a otros trabajadores era un aumento voluntario basado en su mayor eficacia, laboriosidad y dedicación al trabajo.

#### **Decisión**

La Corte resolvió que un empleador se encuentra facultado para pagar más de lo establecido en el Convenio colectivo de trabajo, si de lo que se trata es de premiar la mayor laboriosidad o eficacia de ciertos empleados, sin necesidad de probar tales extremos.

#### **Extractos**

El principio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas que se sustentan en motivos de bien común; nada obsta, por vía de ejemplo, a que se pague mayor retribución a quien tiene mayores cargas de familia, tal como la misma Constitución lo quiere al disponer que una ley establecerá “la compensación económica familiar” (artículo 14 bis, *in fine*).

Que, siendo así, es claro que el mentado principio tampoco se opone a discriminaciones fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero [...]

El empleador cumple con el mandato constitucional pagando a cada categoría de trabajadores lo que estipula el convenio colectivo, que por haberse elaborado con intervención de la parte laboral, asegura una remuneración justa. No puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquellas remuneraciones, a quienes revelen méritos suficientes. De lo contrario, no habría manera de estimular el trabajo, la eficacia y la lealtad, con grave detrimento de la justicia [...].

#### **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**

##### **Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A.**

23 de agosto de 1988

#### **Problema jurídico**

¿La facultad del empleador de retribuir en forma diferente a ciertos empleados en razón de sus méritos, admite prueba en contrario?

#### **Hechos**

La actora, que se desempeñaba como jefa de enfermería en el sector de terapia intensiva del Sanatorio Güemes, reclama diferencias de salarios y de indemnizaciones sustitutivas de preaviso por entender que durante los últimos meses de la relación laboral, hasta su despido sin causa, recibió tratamiento salarial discriminatorio. Sostuvo que, dada su capacitación técnica, categoría y desempeño eficiente, sus retribuciones, muy por debajo de las de sus pares y subordinados, implicaron una violación de los derechos consagrados en la Constitución nacional.

#### **Decisión**

Sin modificar la doctrina sentada en el caso Ratto, en esta oportunidad la Corte Suprema ordenó al tribunal inferior que considerara con mayor detenimiento la prueba aportada por la actora para acreditar que había sido injustamente discriminada en el pago de sus salarios —y posteriormente en el pago de su indemnización—, ya que la facultad del empleador de retribuir en forma diferente a ciertos empleados, en razón de sus méritos, admite prueba en contrario.

#### **Extractos**

Consideraciones adicionales del voto concurrente de los doctores Petracchi y Bacqué:

[El artículo 14 bis de la Constitución Nacional] [...] establece el principio de “igual remuneración por igual tarea” entendido aun antes de su reglamentación por la Ley de Contrato de Trabajo, como aquel opuesto a situaciones que implican discriminaciones arbitrarias, como serían las basadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas que se sustentan en motivos de bien común, como las de mayor

eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del dependiente, puesto que no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa.

La extensión de la regla en los términos antedichos deriva del principio más amplio de que la garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias [...] frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios.

Que en el ámbito de las relaciones de trabajo, cabe entonces definir los términos de la ecuación de tal forma que su aplicación pueda efectivizarse sin menoscabo de los derechos de ambas partes, pero también asegurando una interpretación valiosa que no prescinda de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que se engarza el mentado principio.

En este sentido, cabe atender asimismo a las experiencias internacionales en la materia, pues el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea ha sido establecido en consonancia con preceptos consagrados universalmente desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo [...] En concreto, el convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo del año 1951 sobre igualdad de remuneración, en su art. 3, dispuso que se deberían adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entraña, y que las diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva no podrán considerarse contrarias al principio de igualdad. Si bien originariamente dirigido a la regulación de la mano de obra masculina y femenina, el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor responde, actualmente, al criterio más amplio de la equidad en los métodos de fijación de los salarios, el que no es ajeno al concepto de que las diferencias deben fundarse en circunstancias objetivas y demostrables de calificaciones y aptitudes [...]

Elementos tales como la habilidad, capacitación o categoría, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de prestación de la tarea, corresponden actualmente a los requerimientos funcionales básicos de la organización y contenido del trabajo en el seno de la empresa y por lo tanto nacen de la misma entraña del contrato de trabajo, e implican *“todos aquellos comportamientos que son consecuencia del mismo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”*, según la obligación genérica de las partes establecida en el artículo 62 de la Ley de Contrato de Trabajo. Este plexo condicionante de la igualdad de remuneración constituye, pues, el marco de referencia de la igualdad de circunstancias a la que se aludió [...]

[...] Resulta inadecuado sostener hoy, respecto de la evaluación de tareas o del desempeño, que constituyen una materia reservada por entero a las autoridades de la empleadora sin que pueda cuestionarse su razonabilidad, o que, en la práctica, la prueba del mérito de los dependientes es para su principal, muy sutil y difícil e

inequitativa su exigencia [...] Existe hoy la posibilidad cierta y concreta de que la empresa —entendida como una organización cuya responsabilidad social consiste, no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino el hacerlo también equitativamente, incluso en lo que atañe a su ámbito interno— utilice métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos. Estos sistemas, sean globales o analíticos, por ponderación y comparación de factores, asignación de puntos, etc., son de utilización corriente no sólo en nuestro medio sino en otros países y responden al cumplimiento de convenios internacionales suscriptos, entre ellos el ya citado N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo [...] Sin establecer presunciones legales, [la Ley de Contrato de Trabajo] ha fijado, con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato de 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 [...]

Que en el sub júdice, la actora ha alegado como sustento de su pretensión, estar altamente capacitada para el desempeño de su cargo, así como su dedicación, esfuerzo y méritos personales, y que su remuneración —luego de 13 años de labor ininterrumpida— comenzó a ser menor que la de algunos de sus pares y subordinados, hasta su despido incausado 8 meses después [...]

De tal modo la afirmación [del tribunal inferior] de que no se ha acreditado la mayor laboriosidad de la actora deviene meramente dogmática y sin apoyo en los hechos probados de la causa, toda vez que su pretensión se fundó en la igualdad de condiciones en que se encontraba respecto de sus pares y por encima de sus subordinados [...]

### Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala V, Argentina

Graciela M. Borobio contra Aerolíneas Argentinas y otro

9 de agosto de 1991

#### Problema jurídico

¿Son válidas las normas sobre escalafón que implican una diferenciación basada en el tipo de tareas asignadas a cada sexo?

#### Hechos

La cuestión litigiosa consiste en determinar si la empresa, válidamente y sin violar garantías constitucionales, pudo haber sometido a la actora —personal femenino

designada como auxiliar de a bordo— a la exigencia de figurar, en términos de escalafón, por debajo del personal masculino, cuando aquélla tratara de optar por el puesto de “comisario internacional” luego de un cambio en la legislación. El Tribunal sostiene la constitucionalidad de las normas involucradas, y no considera la discriminación implícita en las normas que establecían los escalafones, justificando también el tipo de tareas asignadas a cada uno.

### Decisión

Con la justificación de las tareas diferenciadas que habían estado asignadas a varones y mujeres en distintas categorías de empleados, la Cámara convalidó la preeminencia otorgada por la empresa a los empleados varones en la asignación de ascensos según su escala en el escalafón, sin tener en cuenta que las mujeres habían estado vedadas por las normas de la empresa para acceder a los mismos puestos que los varones.

### Extractos

En materia de aeronavegación, en la que habría que hablar de distinción más que de discriminación, [aquélla] tiene un origen histórico que la torna razonable: dado que la actividad es riesgosa (e inclusive, lo sigue siendo), se estimaba poco prudente su inserción a tal mundillo profesional (máxime cuando era incipiente la incorporación del sexo femenino en el mundo laboral).

Empero, el avance técnico y el desarrollo de los vuelos comerciales modificaron las pautas culturales y, por ello, se consideró valioso la incorporación de personal femenino como “auxiliar de a bordo” (azafatas en el sentido vulgar del término), labor que fue diferenciada de la desarrollada por el personal técnico (piloto comandante, copiloto, mecánico navegante y radiotelegrafista, art. 6° del decreto ley 16130/46) y personal no técnico masculino (comisario de a bordo) por usos y costumbres que son fuente de derecho en esta disciplina jurídica.

Ahora bien, al comisario de a bordo compete llevar toda la documentación de la aeronave referente a los pasajeros y carga, y la atención de los primeros mientras dure el vuelo (art. 17 del decreto ley 16130/46) y, por supuesto, una mujer podría desempeñarse tan bien —o, incluso, mejor— que un hombre en tal labor, por lo que —como la apelante afirma— la discriminación de su origen fue artificial, pero ello no implica que haya sido arbitrario y que, en los hechos, no haya sido acompañada por una diferenciación de los “roles”.

Ello resulta de la peritación producida en autos, ya que mientras al personal femenino (auxiliar de a bordo) se le adjudicaba la atención y servicio de los pasajeros (provisión de cartas de menú, material de lectura, mantas y demás elementos de confort, entrega de audífonos, programas de cine, etc.), al personal masculino (comisario de a bordo) se le reservan las tareas de control de documentación y seguridad de la aeronave ya que debía, entre otras obligaciones, recibir la documentación de tráfico

y aduana, verificar la existencia de elementos de emergencia y salvataje, supervisar el cierre de puertas, trabado de toboganes y el ajuste de los cinturones de seguridad, elevar informe de vuelo, etc.

Por ende, es razonable que la empresa, cuando en virtud de negociaciones colectivas aceptó el que personal femenino accediese a los puestos de comisario, haya dado preferencia en la ubicación escalofonaria para los ascensos al personal masculino que ostentaba dicha categoría, porque las labores precisas, objetivamente, eran diferenciadas.

### Cuestiones a debatir

Con el fin de abordar la discriminación en materia de remuneración en el empleo es necesario detectar los factores que causan el desequilibrio entre ingresos. Existe discriminación en materia de remuneración cuando el criterio de determinación del salario no es la naturaleza del trabajo que se realiza sino el sexo, el color de la piel o cualquier otro atributo personal de la persona que lo ejecuta. Para detectar esta forma de discriminación se han aplicado varios criterios. De acuerdo con un primer criterio, corresponde realizar una distinción entre las desigualdades relacionadas con las características de la persona —nivel de educación, calificaciones, antigüedad— y las desigualdades causadas por la discriminación —en razón de sexo, opción sexual, raza u otros atributos de las personas—. Un segundo enfoque se concentra en las desigualdades dentro de los grupos y revela que la remuneración o los ingresos de la mujer en determinadas ocupaciones, sectores, o de las mujeres con determinadas calificaciones o niveles de pensiones, son generalmente más bajos que los de los varones. Según este enfoque, la única explicación para este tipo de conductas es la discriminación.<sup>40</sup>

### Primera cuestión a debatir: el problema de determinar el “trabajo de igual valor”

En un contexto de segregación horizontal del empleo, en el que las mujeres se agrupan mayoritariamente en áreas de trabajo distintas de aquellas que prioritariamente ocupan los varones, el intento de hacer una comparación entre salarios resulta fútil. Por lo tanto, se ha generalizado el criterio por el cual el concepto restringido de “igual trabajo” debe extenderse al de “trabajo de igual valor”.

Esta obligación de los Estados implica no sólo la eliminación de políticas y prácticas de discriminación por sexo a la hora de determinar salarios y negociar convenios colectivos, sino que adicionalmente requiere que en aquellos casos

<sup>40</sup> Ver “La hora de la igualdad en el trabajo”, OIT, Ginebra, 2003.

en los que los salarios se encuentren determinados sobre la base de un organigrama de trabajadores, el diseño de este organigrama también se encuentre libre de discriminación, de modo que permita una adecuada comparación del "trabajo de igual valor". La obligación del Estado, adicionalmente, incluye la de proveer una instancia judicial adecuada en la que se puedan plantear las situaciones de discriminación.

La Corte Europea de Justicia resolvió en 1989 que los empleadores no tenían derecho a mantener prácticas de pago de salarios oscuras y poco transparentes por no hacer explícitos los criterios a partir de los cuales se establecían salarios diferenciales.<sup>41</sup> Asimismo, resolvió que a los efectos de determinar la existencia de discriminación en el pago de salarios entre varones y mujeres, la comparación se debía hacer entre trabajadores de un mismo establecimiento o área de servicios, de distinto sexo, aun cuando no fueran empleados contemporáneamente. De acuerdo con lo resuelto por esta Corte en el particular contexto de las normas de la Unión Europea, la comparación con un trabajador varón hipotético requeriría la existencia de una legislación nacional uniforme y de estándares previamente acordados que permitieran un estudio entre las diversas industrias nacionales.<sup>42</sup>

### Segunda cuestión a debatir: el problema de la discriminación indirecta y la justificación "objetiva" para la diferencia en el trato y en el pago de salarios

Ciertas instancias de discriminación pueden ser identificadas exclusivamente mediante la utilización de criterios de igual trabajo e igual remuneración, mientras que en otros casos de discriminación indirecta ésta sólo se puede identificar en relación con otros mecanismos. El que ciertas políticas de salarios se puedan considerar justificadas sobre bases objetivas ha despertado intensos debates. Consideremos el caso de una empresa que paga un salario por hora más elevado a sus trabajadores de tiempo completo que el que recibe un trabajador de medio tiempo, con la justificación de que busca incentivar a los primeros ya que resulta económicamente más redituable para la empresa. ¿Puede decirse que se trata de una práctica discriminatoria en razón del sexo? ¿El hecho de que el 90% de los trabajadores de media jornada sean mujeres cambia esta apreciación?<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Caso 109/88, *Handels og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk* [1989] ECR 3199 [1991] 1 CMLR 8.

<sup>42</sup> Caso Defrenne (Nº 2) citado en Craig and De Burka, *EC Law: cases and materials*, pp. 802 y s.

<sup>43</sup> Ver el caso 96/80, *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* [1981] ECR 911, [1981] 2 CMLR 24, en el cual la Corte Europea de Justicia resolvió que corresponde a los tribunales nacionales de cada Estado miembro resolver, sobre la base de los hechos de cada caso, su contexto

Una evaluación de la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos puede brindar elementos para determinar si una medida indirectamente discriminatoria puede ser objetivamente justificada. Este *test* de proporcionalidad toma en consideración, en primer lugar, si la medida obedece a una "real necesidad" del empleador; en segundo lugar, si las medidas son "apropiadas" para cumplir con el objetivo propuesto; y por último, si las medidas son "necesarias" para alcanzar tales objetivos.<sup>44</sup> Estos estándares, sin embargo, permiten al empleador defender la razonabilidad de las medidas o prácticas aparentemente discriminatorias con justificaciones objetivas que no hagan referencia al sexo de sus empleados o empleadas.

La discriminación indirecta, mientras avanza en el sentido de reconocer los problemas que trae aparejada la comparación con un estándar masculino de empleado, se enfrenta a dos limitaciones importantes. En primer lugar, el impacto proporcionalmente mayor que una práctica que se alega como discriminatoria pueda tener sobre las mujeres, en comparación con sus colegas varones, sólo resulta indicativa de su naturaleza discriminatoria. Frente a esta situación, el empleador acusado de discriminar en forma indirecta puede plantear su defensa con justificaciones que no hagan referencia al sexo de los trabajadores. Por lo tanto, constituye una presunción que admite prueba en contrario por parte del empleador. En segundo lugar, en su aplicación práctica, la discriminación indirecta no requiere cambios radicales profundos en los estándares masculinos del empleo, ya que no ha logrado generar los cambios necesarios en los problemas estructurales que determinan la discriminación de las mujeres en los lugares de trabajo.<sup>45</sup>

### Tercera cuestión a debatir: ¿qué constituye salario?

El Convenio Nº 100 de la OIT especifica, con un importante grado de detalle, qué debe ser considerado salario, e incluye a esos efectos "el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo".<sup>46</sup> Los pagos de seguridad social, regulados por leyes especiales y disponibles para la generalidad de los trabajadores, independientemente de la

y la intención del empleador, si la práctica impugnada representa una práctica discriminatoria en razón del sexo.

<sup>44</sup> La Corte Europea de Justicia estableció las bases para este *test* de proporcionalidad en el caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, [1986] 2 CMLR 701.

<sup>45</sup> Sandra Fredman, "European Community Discrimination Law: A Critique", 21 *International Law Journal* 119, 1992.

<sup>46</sup> Artículo 1(a) del Convenio Nº 100 de la OIT.

rama o industria en la que se hubieran desempeñado con el solo cumplimiento de los requisitos para acceder a tales beneficios, escapan del concepto de “salario”.<sup>47</sup>

En los casos en los que los salarios se fijan a partir de escalas salariales, la forma de determinar estas escalas es relevante a los efectos de asegurar el cumplimiento de la garantía de igualdad.<sup>48</sup>

### Preguntas

1. ¿De qué manera la facultad otorgada al empleador para remunerar de manera diferente a los empleados según sus méritos, sin necesidad de prueba al respecto, puede ser usada para ocultar razones discriminatorias?

2. En la sentencia del caso Fernández no se invocó la discriminación de la actora en razón de su sexo, ni aspectos relacionados con la segregación horizontal en el empleo. ¿Hubiera sido relevante para la resolución del caso incluir estas consideraciones? ¿Debería la Corte introducir argumentos relacionados con la composición de la fuerza de trabajo del lugar de que se trata? ¿La consideración de la trayectoria laboral de la señora Fernández hubiera sido relevante a los efectos del problema planteado ante la Corte?

3. ¿Qué valor se le debe otorgar al argumento del “origen histórico” de la distinción utilizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en el caso Borobio? ¿Considera usted que dicha distinción perpetúa patrones discriminatorios entre los roles asignados a hombres y mujeres? Exponga sus razones.

4. ¿Qué argumentos no parecen haber sido considerados por la Cámara Nacional de Apelaciones en el caso Borobio?

5. ¿Qué implica el reclamo de la Corte en el caso Fernández (expresado en el voto de los doctores Petracchi y Bacqué) relacionado con la necesidad de utilizar en la empresa “métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos [...] sean globales o analíticos, por ponderación y comparación de factores, asignación de puntos, etc.”? ¿Cuáles podrían ser tales métodos? ¿Esos métodos serían aptos para identificar las instancias de discriminación en el empleo? En su caso, ¿cualquier forma de discriminación?

<sup>47</sup> Sin perjuicio de ello, es interesante señalar que las normas que vedaban el acceso a los beneficios de la seguridad social a los cónyuges varones de las empleadas, en condiciones de igualdad con las cónyuges mujeres de los empleados, ha dado lugar a interesantes planteos judiciales. Se evidenció, una vez más, el presupuesto normativo del empleado varón, proveedor del hogar, mediante el cual se trasladaban los beneficios de la seguridad social a los integrantes de su familia, incluyendo la cónyuge. Ver, por ejemplo, caso Alicia S. Barcena v. Provincia de Buenos Aires, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 20 de septiembre de 2000.

<sup>48</sup> Ver artículo 1(b) del Convenio N° 100 de la OIT.

6. ¿Cree que en el caso Ratto la Corte siguió las directivas del Convenio de la OIT en cuanto a la objetividad de las justificaciones para el pago diferencial de salarios? ¿Cómo cambió o no esta argumentación en el caso Fernández? ¿En la decisión del caso Ratto hubo una evaluación de los ítems que se consideran “salario” a los efectos del pago? ¿Cree usted que tal consideración hubiera sido relevante?

7. ¿Cómo podría medirse el trabajo igual a los efectos de verificar la igualdad en la remuneración, en un contexto de segregación horizontal en el empleo? En el caso Fernández, ante la ausencia de enfermeros varones, ¿cómo determinar si la causa de la discriminación en la remuneración había sido el sexo de la reclamante? ¿En el caso Borobio se respetaron las disposiciones del Convenio N° 100 de la OIT en cuanto a la consideración de las escalas salariales?

### C. TERCER PROBLEMA: ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL EMPLEO COMO ESTRATEGIA DE CAMBIO Y COMO SOLUCIÓN

La legislación antidiscriminatoria en materia de empleo, en sus orígenes, consistía en normas penales o civiles que sancionaban las conductas abiertamente discriminatorias. Éstas sólo podían ser cuestionadas por el afectado directo, quien se enfrentaba con las necesidades de satisfacer los estándares de prueba y las particularidades del proceso penal o civil vinculado con un reclamo de daños. Estos dos enfoques no ofrecían una forma viable de reparación y no contribuían sustantivamente a disminuir las causas o situaciones de discriminación en el empleo.<sup>49</sup> La evolución de las normas hacia la posibilidad de ampliar el grupo de personas que eventualmente pueden plantear un reclamo, y el aumento de remedios disponibles frente a un acto discriminatorio resulta auspiciosa a la hora de brindar soluciones más integradoras.

En esta sección se presenta, en primer lugar, un caso que ilustra las posibilidades de usar las medidas de acción afirmativa en el ámbito del empleo como medidas preventivas tendientes a fomentar la constitución de un lugar de trabajo más representativo de la diversidad de género —en cuanto a la segregación vertical tanto como en la horizontal que habitualmente se observa—. Luego se presenta la concepción de las acciones afirmativas como medidas correctivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, y su uso concreto por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, en el caso Freddo ya citado.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Para una descripción de la evolución histórica de las normas antidiscriminatorias en los Estados Unidos, ver Bonfield, “The Origin and Development of American Fair Employment Legislation”, *Iowa Law Review*, junio de 1967, pp. 1043-1091.

<sup>50</sup> Sobre las acciones afirmativas ver también el capítulo “Ciudadanía” de este libro.

En su rol de empleador, Chile adoptó un “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado” que sienta las bases para las políticas de no discriminación.

**Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado chileno<sup>51</sup>**

**Desarrollo de carrera y acceso a la capacitación:**

- [...]
- Los servicios, a través del departamento de recursos humanos o el que haga sus veces, deberán tomar las medidas necesarias para garantizar que, al interior de la institución exista la debida difusión de los procesos de promoción. Dicha difusión deberá efectuarse, en especial, a través del correo electrónico y mediante la publicación de avisos en los lugares más visibles y concurridos de sus dependencias.
  - Los servicios deberán asegurar, según criterios y condiciones uniformes, un igual acceso a la formación y capacitación, sin que existan discriminaciones de ningún tipo.
  - Las acciones de capacitación deberán desarrollarse dentro de la jornada de trabajo, salvo que, por circunstancias extraordinarias y no previsibles, ello resultare imposible. En este último caso, se deberá conciliar con el jefe directo la forma en la que se facilitará el acceso a la capacitación.
  - Se deberá instar a que los comités bipartitos de capacitación incluyan temáticas como “la no discriminación e igualdad de oportunidades” en su plan anual de capacitación.

**Representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en los cargos de jefatura y de responsabilidad directiva:**

- Propender y fomentar una mayor participación de las mujeres en los concursos de cargos directivos y de responsabilidad, implementando, entre otras medidas, moda-

<sup>51</sup> El Código declara como objetivos el reafirmar la voluntad del Estado de impulsar políticas y medidas contra la discriminación, que tiendan a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo en el sector público; el generar o garantizar condiciones que promuevan la igualdad de oportunidades en los órganos de la administración del Estado, asegurando la vigencia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, la retribución, la promoción, la formación profesional y las condiciones de trabajo. Para tal efecto incluye las directrices del proceso de reclutamiento y selección, el desarrollo de la carrera y acceso a la capacitación, la representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en los cargos de jefatura y de responsabilidad directiva; protección de los derechos a la maternidad y responsabilidades parentales, conciliación de responsabilidades familiares

lidades amplias de difusión. Especial relevancia y cuidado adoptará el departamento de recursos humanos o el que haga sus veces, en la difusión de los concursos que se efectúen para la provisión de cargos con nivel de responsabilidad institucional, a fin de que lleguen al conocimiento oportuno de todos los funcionarios y funcionarias habilitados para concursar, en igualdad de condiciones.

- Propender a una representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en la designación de jefaturas de los ministerios y servicios públicos no incorporados al Sistema de Alta Dirección Pública.
- Priorizar, en igualdad de condiciones y mérito, la designación de mujeres en los concursos de jefaturas, en aquellos ámbitos o sectores en que se encuentren subrepresentadas.
- Precaver que la valoración y retribución del trabajo de hombres y mujeres se funde en criterios distintos del mérito, evitando toda discriminación fundada en el sexo.

En el marco de una demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia se refirió recientemente a las acciones afirmativas en el empleo en los siguientes términos:<sup>52</sup>

[...] La prohibición expresa de discriminación por razón de sexo de la cláusula de igualdad contempla igualmente una excepción. Ésta consiste en que el trato normativo diferenciado por razón de sexo que la Constitución prohíbe es aquel que es desfavorable. [...] dicha prohibición convive en nuestro sistema jurídico junto con el deber de proteger —dictando las medidas necesarias para ello— reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constitución no sólo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio surge la posibilidad, y en ocasiones la obligación de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas).

Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta.

y laborales y la prevención y sanción de acoso laboral y sexual. Disponible en <http://buenas-practicas.sernam.cl>.

<sup>52</sup> Sentencia C-534/05.

[...]

De este modo, junto con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas en contra de las mujeres, se revela la existencia de un tipo de diferenciación, que no es desfavorable sino favorable a las mujeres y por tanto permitida constitucionalmente. Tal como se dijo, resulta ser discriminación (*discriminación inversa*) en la medida en que sustenta medidas normativas cuyo criterio diferenciador es uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Constitución. Aunque se fundamenta en el deber del Estado de tomar las medidas adecuadas para proteger grupos históricamente marginados como el grupo de las mujeres, entre otros.

La dinámica que despliega este deber estatal, se ha denominado “acción(es) positiva(s)”. Ésta(s) sugiere(n) en la mayoría de los casos tan sólo una posibilidad, y en otras una obligación del legislador, de hacer uso de criterios en principio discriminatorios con el fin de equiparar situaciones de hecho que se han presentado tradicionalmente en detrimento de algunos grupos.

[...]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desplegado ampliamente el contenido del mandato constitucional de promover las condiciones y adoptar las medidas a favor de los grupos discriminados o marginados para la consecución de una igualdad real y efectiva, contenido en el inciso 2° del artículo 13 de la Carta. Junto con la inclusión del colectivo de las mujeres en estos grupos discriminados, no sólo por medio del artículo 43 constitucional sino también de la suscripción por parte de Colombia de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”. Lo que ha interpretado esta Corporación como un ejercicio necesario de equiparación de las condiciones y oportunidades de las mujeres respecto de las de los hombres. Es así, en un sentido *proactivo*, que este Tribunal Constitucional ha entendido el concepto y alcance de las acciones positivas derivadas del mencionado artículo 13 en su inciso 2°:

Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad,

[...] al compromiso estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.

Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2 de la Carta, de perseguir un orden justo.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte,

[...] mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales [...] (C-371 de 2000).

Las medidas de acción afirmativa, entonces, pueden representar la respuesta concreta a una situación de discriminación en el empleo. Con ese propósito, en el caso *Freddo*, presentado en el primer problema de esta sección, la Cámara resolvió lo siguiente:

En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica.

Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados “programas de acción afirmativa”, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas.

Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades.

Las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los diferentes sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos en el correlato de contralor rápido y expeditivo. A la vez, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativa a otros, o que trabe la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; impedir el corporativismo.

Por ende, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber justificado con argumentos razonables la demandada su conducta, el Tribunal resuelve: Revocar la sentencia apelada y hacer lugar al amparo; con costas a la vencida. Corresponde, entonces, condenar a *Freddo S.A.* a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.

*Cuestiones a debatir*

Los debates sobre las justificaciones morales y políticas para la incorporación de medidas de acción afirmativa con el objetivo de promover la presencia de grupos desaventajados en áreas como la participación política o la educación, se plantea también en el marco del empleo remunerado.<sup>53</sup> En los países anglosajones, durante las décadas del sesenta y del setenta, y en línea con el movimiento por los derechos civiles, se aplicaron diversos mecanismos de acción afirmativa en materia de empleo, convalidados por los tribunales y las agencias administrativas encargadas de interpretar y aplicar las normas relevantes. Sin embargo, esa situación cambió a partir de la segunda mitad de la década del setenta con los crecientes cuestionamientos judiciales sobre la constitucionalidad de los sistemas de cuotas entonces presentes en ciertas normas nacionales.

**El alcance de las acciones afirmativas en el empleo**

La legislación hoy vigente para la Unión Europea reconoce la posibilidad de que, con el propósito de asegurar la plena vigencia de la garantía de igualdad en el empleo para varones y mujeres, los Estados miembros puedan establecer medidas que otorguen ventajas específicas para facilitar a los miembros del sexo subrepresentado su ingreso a determinadas actividades laborales o la prevención o eliminación de desventajas comparativas que pudieran existir en sus carreras profesionales.<sup>54</sup>

En el contexto de una problemática social y política claramente diferente, es interesante la experiencia de Irlanda del Norte, cuya legislación vigente desde 1989 busca asegurar el acceso al empleo en condiciones de justicia para los miembros de la Iglesia protestante y la Iglesia católica con medidas de acción afirmativa definidas como

<sup>53</sup> Sobre las acciones afirmativas en las instancias de representación política, y su justificación desde el derecho constitucional, ver Marcela Rodríguez, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Genero y derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999. En general, una discusión sobre las acciones afirmativas, su justificación y cuestionamientos, en Drew Days III, "Acción afirmativa", en Roberto Gargarella, comp., *Derecho y grupos desaventajados*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, y en Bernard R. Boxill, "Igualdad, discriminación y trato preferente", en Peter Zinder, ed., *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, capítulo 29.

<sup>54</sup> Ver artículo 141(4) (antes 119) del Tratado de la Unión Europea. Asimismo, la Directiva 76/207/EEC, [OJ 1976, N° L39/40] establece: "4. La presente Directiva [de igualdad de trato entre varones y mujeres] no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1".

[...] aquellas acciones diseñadas para asegurar la participación equitativa en el empleo por parte de miembros de la religión Protestante o miembros de la iglesia Católica en Irlanda del Norte, incluyendo (a) la adopción de prácticas que promuevan dicha participación; y (b) la modificación o eliminación de prácticas que hayan tenido o que pudieran haber tenido el efecto de restringir o desalentar dicha participación.<sup>55</sup>

Al incorporar los conceptos de justicia en la participación en el empleo, objetivos, medidas y plazos para alcanzarlos, la norma no sólo es conceptualmente diferente, sino que también incluye innovaciones institucionales relevantes.<sup>56</sup>

Entre los empleadores privados, las medidas de acción afirmativa surgen al valorar la importancia de contar con una fuerza de trabajo diversa, reconociendo las mayores dificultades que enfrentan determinados grupos minoritarios. Estas medidas no se materializan a través de la determinación de cuotas fijas de empleos a cubrir con miembros de determinado sexo, raza o religión, sino mediante políticas de acercamiento —oportunidades laborales, capacitación, promoción— a grupos subrepresentados, incluyendo programas específicos para la contratación y acompañamiento. Entre las herramientas de las que disponen los Estados para promover políticas activas que promuevan la incorporación de grupos subrepresentados a la fuerza de trabajo se encuentra el monitoreo de las políticas de contratación, promoción y remuneración de los

<sup>55</sup> Ver *Fair Employment (Northern Ireland) Act, 1989*, que modifica y reemplaza parcialmente la ley anterior de 1979. Asimismo, las normas similares vigentes en Inglaterra e Irlanda del Norte contra la discriminación en razón del sexo (*Sex Discrimination Act, 1975*) o en razón de la raza (*Race Relations Act, 1976*) no incluyen normas similares a las aprobadas para el ámbito del empleo en Irlanda del Norte.

<sup>56</sup> Los empleadores del sector público y una gran cantidad de empleadores del sector privado se encuentran obligados a registrarse ante el organismo estatal de control y monitorear periódicamente la composición de sus respectivas nóminas de empleados. En algunos casos, la obligación también incluye el monitoreo de las personas que aplican para solicitudes de empleo con tales empleadores. El objetivo de tales controles periódicos es determinar si existe una participación equitativa en las nóminas de empleados y, en aquellos casos en los que la falta de equilibrio es evidente, se podrá requerir a los empleadores que tomen medidas de acción afirmativa. El organismo de control en la aplicación de esta norma podrá también requerir de oficio la adopción de medidas de acción afirmativa, y podrá asimismo establecer objetivos y cronogramas para monitorear su evolución y cumplimiento. Un aspecto relevante de esta norma es la incorporación de medidas alternativas para asegurar su cumplimiento; éstas profundizan las tradicionales funciones de control o investigación de los organismos competentes del Estado o la capacidad de los afectados de reclamar judicialmente los remedios legalmente previstos. La norma establece que, en caso de incumplimientos reiterados, los contratos con el Estado o los subsidios estatales pueden ser eventualmente retirados como una forma de penalidad. Para un análisis de la legislación, ver Christopher McCrudden, "Affirmative Action and Fair Participation: Interpreting the Fair Employment Act 1989", en *Industrial Law Journal*, vol. 21, N° 3, septiembre de 1992.

actuales o potenciales contratistas del Estado respecto de sus propios empleados y empleadas.

### Preguntas

1. ¿En qué medida el “Código de buenas prácticas del Estado chileno” incorpora normas de acción afirmativa? ¿Qué medidas de previsión incluye para asegurar su cumplimiento? ¿Estas normas se pueden considerar incentivo suficiente para que las políticas sean imitadas por los empleadores privados? ¿Qué medidas concretas se podrían tomar para lograr ese objetivo? Evalúe el código propuesto en Chile en relación con las normas vigentes en Irlanda del Norte.
2. ¿Cree que en el caso Freddo, ante la existencia de argumentos que hubieran justificado adecuadamente la discriminación, la solución del caso en cuanto al establecimiento de una acción afirmativa hubiera sido distinta? ¿Tratándose de un establecimiento de comercio de carácter privado, podría Freddo alegar que esta decisión constituye una restricción indebida a su libertad de empresa?
3. En el contexto de las democracias liberales de América Latina, ¿qué parámetros o características deben respetar las acciones afirmativas para ser compatibles con el ordenamiento constitucional? En su opinión, ¿las acciones afirmativas son justificadas en todos los casos? ¿Por qué? ¿Qué papel juega el mérito en las posibilidades de contratación y promoción en el empleo en el marco de las acciones afirmativas consideradas admisibles por la Corte Constitucional de Colombia? ¿Cómo se resolvería una cuestión de esa naturaleza en caso de que un candidato varón, en el marco de la resolución judicial de ese caso, alegara haber sido discriminado en sus posibilidades de ser contratado por Freddo? ¿Qué argumentos podrían esgrimirse para cada posición?

## II. RESPUESTAS FRENTE A LA DIFERENCIA

La tensión entre el trabajo productivo y el reproductivo<sup>57</sup> es una de las causas centrales de las condiciones de desigualdad que asedian al empleo femenino. La capacidad biológica de las mujeres para la reproducción ha sido causa de la exaltación sentimental de la condición femenina y simultáneamente de su degradación y estigmatización más frecuentes. Como en otros ámbitos, en el trabajo remunerado la aptitud para la gestación y la lactancia actúan como ejes

<sup>57</sup> En esta sección me referiré a las primeras etapas del “trabajo reproductivo” y sólo analizaré los problemas relacionados con el trabajo que desarrollan las mujeres durante el embarazo y luego del parto durante los meses dedicados a la lactancia y al cuidado de los niños. La expresión “trabajo reproductivo” es utilizada, sin embargo, de forma más amplia para englobar cuestiones vinculadas al cuidado de adultos y personas mayores.

estructurantes de conductas, prácticas, reglas y actitudes discriminatorias que afectan a todas las trabajadoras: a las madres y a aquellas que nunca llegarán a serlo por decisión o por imposición. De otra parte, la desigual dedicación de las mujeres al cuidado de niños y adultos, sumada al desequilibrio en la distribución de otras tareas domésticas, ha resultado con frecuencia incompatible con ocupaciones fuera del hogar, o en la imposición de una doble o triple jornada. Asimismo, en los casos en los que las mujeres se han retirado del mercado de trabajo remunerado, para dedicarse exclusivamente a la maternidad y al cuidado de las personas del hogar, el costo y la sanción económica emergentes de esas opciones han sido inestimables.

Las disidencias conceptuales sobre el rol social de la maternidad, el embarazo, la lactancia, el cuidado de los niños y otros familiares y la articulación de esos momentos de la vida de las mujeres con el trabajo remunerado explican los diversos abordajes propuestos desde el feminismo a la hora de pensar aspectos como la regulación del embarazo, las licencias parentales y las políticas y estructuras para el cuidado de los niños.

Las feministas de distintas perspectivas han coincidido en describir el mercado de trabajo como promotor de ambientes hostiles hacia las madres: fuerzan a las mujeres a realizar transacciones improbables entre sus compromisos laborales y sus responsabilidades en el cuidado de los niños.<sup>58</sup> Sin embargo, a la hora de promover reformas en las instituciones del mercado de trabajo, las diversas explicaciones de la opresión han conducido a abordajes contrapuestos para enfrentar la tensión entre la promoción de la igualdad y el procesamiento de las diferencias biológicas y socialmente construidas.

Las feministas liberales en la década del setenta han propuesto eliminar los impactos de las diferencias entre varones y mujeres por sus funciones reproductivas. Han promovido legislaciones neutrales frente al sexo de los trabajadores que contribuyan a eliminar la discriminación imperante. Para estas feministas, las diferencias físicas entre varones y mujeres son o deberían ser irrelevantes. Así, en lugares como Estados Unidos, donde no existían licencias parentales, las feministas han cuestionado las nuevas políticas de reconocimiento de permisos; y allí donde ya existían, algunas han propuesto eliminarlas.

Sin embargo, en décadas más recientes, algunas feministas liberales, alineadas ahora en una recepción feminista de las propuestas liberales rawlsianas, han reconceptualizado algunas de sus visiones más antiguas sobre la exigencia

<sup>58</sup> Mary Joe Frug, “Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers”, 59 *B. U. L. Rev* 55, 1979; Nancy Dowd, “Work and Family: The Gender Paradox and the Limitations of Discrimination Analysis in Restructuring the Workplace”, *Harv. C. R. C. L. Rev* 79, 1989 (describe las complejidades y los grados del conflicto entre el trabajo y la familia, situación que afecta a una proporción importante de la fuerza de trabajo).

de "neutralidad" estatal sobre el tema. Han adscrito entonces a reivindicaciones similares a las de las feministas socialistas a partir del reconocimiento de la importancia de la promoción de la igualdad en la distribución de las cargas domésticas como un requisito para fomentar la igualdad fuera del hogar.<sup>59</sup> Estas feministas han promovido, por ejemplo, el desarrollo de los servicios de guarderías, o políticas de licencias por paternidad más extensas, y, según el caso, obligatorias.

Las feministas culturales, en cambio, reclaman la revalorización del rol de la mujer embarazada, su protección como trabajadora y la definición de una serie de beneficios específicos destinados a promover la asunción de la maternidad como un placer y un privilegio exclusivo de las mujeres. Han reivindicado así el salario de las amas de casa, la colectivización del cuidado de niños o la extensión de los permisos maternales para ampliar el período de cuidado exclusivo como instrumentos para la revalorización de la maternidad, la lactancia y las tareas de cuidado.

Finalmente, las feministas socialistas, que resisten la propuesta feminista de identificar la clase como la fuente primaria de la dominación masculina, han sugerido enfrentar tanto al capitalismo como al patriarcado, e intentar así remediar las condiciones económicas y sociales que imponen la dominación. Para erradicar la división sexual del trabajo, las feministas socialistas han acentuado sus propuestas sobre la protección del embarazo y el cuidado de los niños, defendiendo la socialización de los costos de ambos.

En Latinoamérica, nuevas y viejas propuestas feministas continúan difundándose. Algunas de ellas se reflejan en casos concretos frente a los tribunales, donde se comienzan a articular principios básicos para enfrentar la discriminación originada en la reproducción y en los conflictos entre el trabajo en el hogar y fuera de él.

Para ilustrar este proceso seleccioné tres problemas característicos de las agendas feministas liberal, cultural y socialista. En primer lugar, el debate sobre los fueros maternales que, en un sentido, reflejan que todavía la aspiración del feminismo de comienzos del siglo XX y de los movimientos de trabajadores sobre la protección más básica de la mujer embarazada continúa siendo una promesa incumplida: los empleadores públicos y privados de la región no logran internalizar el mandato legal de respeto de la empleada gestante. En segundo término, me refiero al debate sobre los permisos parentales para ejemplificar

<sup>59</sup> Sobre las propuestas de feministas de tradición liberal igualitaria, ver, por ejemplo, Susan Muller Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989. Sobre las visiones de las feministas socialistas, ver, por ejemplo, Alyson Jaggar, *Feminist Politics & Human Nature*, Rowman & Allanheld, New York, 1983; R. Tong, *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction*, Westview Press, New York, 1989.

las tensiones del dilema diferencia, trato igualitario. Finalmente, considero brevemente la implementación de políticas de cuidado de niños y niñas en el marco de la regulación del trabajo.

#### A. PRIMER PROBLEMA: LA SANCIÓN POR LA MATERNIDAD

A comienzos del siglo XX, los movimientos de trabajadores y las feministas promovieron diversas reformas legales protectoras del trabajo. Estas reformas incluían la regulación de la jornada y la restricción del empleo de mujeres en ocupaciones consideradas peligrosas para la salud o el bienestar físico y moral.<sup>60</sup> Las protecciones especiales se fundaban en las diferencias entre varones y mujeres, haciendo hincapié en las funciones reproductivas femeninas.<sup>61</sup> En algunos países latinoamericanos, la protección de la trabajadora embarazada, según lo que se conoce como políticas de fuero maternal, también data de esta primera época de la regulación del trabajo.<sup>62</sup>

Las feministas han debatido *in extenso* las bondades y los límites de las regulaciones que contemplan un trato especial para la maternidad. Hoy es posible encontrar visiones disidentes a la hora de evaluar las bondades y los perjuicios de los fueros maternales y las restricciones al trabajo de la mujer embarazada. A partir del primer problema se discutirán algunas de las visiones enfrentadas sobre los efectos del trato especial para las licencias por maternidad. Muchos de los argumentos que han surgido en ese debate son trasladables a la discusión sobre la regulación del embarazo en el trabajo. Dejemos aquí este aspecto de la cuestión para abordarlo en el contexto similar de las licencias, y veamos otras aristas de la implementación de los fueros partiendo de su aceptación como una protección positiva para las madres trabajadoras.

<sup>60</sup> Sobre la historia de las regulaciones del trabajo femenino ver, en general, *Historia de las mujeres*, op. cit.; C. Borderías, C. Carrasco y C. Alemany, comps., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, op. cit.; S. Lehrer, *Origins of Protective Labor Legislation for Women*, State Univ., New York Press, New York, 1987.

<sup>61</sup> Las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Muller (208 U.S., 412 b (1908)) ilustran algunos de los argumentos que justifican las normas de regulación del trabajo insalubre para las mujeres: "En primer lugar, las mujeres se encuentran inherentemente en una situación de mayor necesidad de protección frente a la sobrecarga de trabajo debido a su estructura física, especialmente cuando desarrollan sus 'funciones maternales', y son esencialmente incapaces de exigir sus propios derechos como lo hacen los varones. En segundo término, las mujeres son las encargadas de preservar la raza y, por lo tanto, el bienestar de la sociedad depende de su bienestar y de su libertad que puede ser restringida por el bien del niño por nacer y de la sociedad".

<sup>62</sup> Convenio OIT.

Los tipos y la extensión de la protección del trabajo de la mujer embarazada que otorgan las leyes de la región varían entre países, y en el ámbito doméstico, en el caso de los países federales, incluso entre actividades o regiones. Estas reglas datan con frecuencia de la época en la que se sancionaron los códigos de trabajo o las leyes de regulación del contrato de trabajo. Pero, además, en algunos países que han reformado su Constitución en las últimas décadas, la protección de la mujer embarazada obtuvo ya un estatus constitucional.<sup>63</sup> En el plano internacional, varias normas suscritas por la mayoría de los países de la región contemplan especialmente el tema. En este sentido, el artículo 11 de la CEDAW prevé la necesidad de adoptar medidas para prevenir la discriminación de la mujer embarazada en el trabajo, y diferentes normas de los convenios de la OIT convocan al trato especial de la trabajadora embarazada.

La protección del embarazo suele estructurarse en torno a dos tipos de institutos jurídicos. Por un lado, las "protecciones" a la mujer embarazada que contemplan algunas legislaciones limitan su trabajo en general o en condiciones específicas consideradas riesgosas. Por otro lado, se utiliza el fuero maternal que establece diversas modalidades de refuerzo de la estabilidad de la trabajadora luego de la notificación del embarazo. El alcance sustantivo y temporal del fuero maternal y las prohibiciones de trabajo de la mujer embarazada varían significativamente, y estas últimas, en particular, no están presentes en todos los casos.

Algunas legislaciones prohíben que las mujeres embarazadas desarrollen tareas que puedan resultar perjudiciales para la mujer y el feto.<sup>64</sup> Éste es el caso, por ejemplo, del Código laboral chileno y de la ley de Ecuador. A veces, los empleadores implementan este tipo de reglas compulsivamente, obligando a las mujeres a tomar licencias prolongadas.<sup>65</sup> El interés por proteger a los fetos del riesgo de nacer con defectos serios como consecuencia de la exposición a sustancias tóxicas o a tareas demasiado exigentes durante el embarazo han servido como justificación de estas normas. Al igual que en la evaluación de los fueros maternales, las feministas disienten de las propuestas de trato especial de la trabajadora embarazada.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Es el caso de la Constitución de Bolivia y la de Colombia.

<sup>64</sup> Algunas legislaciones suman a esta preocupación una anterior: la de evitar que las mujeres realicen trabajos en los que se expongan a daños reproductivos que podrían reducir o acabar con su fertilidad.

<sup>65</sup> Junto a las normas restrictivas o prohibitivas, algunas empresas contemplan el permiso de trabajar si la mujer acredita su esterilidad.

<sup>66</sup> Para una descripción del debate sobre trato especial y trato igualitario en Estados Unidos ver Martha Chamallas, "Introduction to Feminist Legal Theory", *Aspen Law & Business*, 1998, pp. 47-52.

Por otro lado, durante la vigencia del fuero maternal, las trabajadoras gozan de una estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, los términos de esa estabilidad varían de país a país. En Argentina, por ejemplo, el fuero maternal previsto en la Ley de Contrato de Trabajo se extiende durante el embarazo y hasta siete meses y medio después del alumbramiento.<sup>67</sup> En Bolivia se garantiza la inamovilidad de todas las mujeres en estado de embarazo desde el inicio de la gestación hasta el primer año de edad de la descendencia.<sup>68</sup> En Chile, en cambio, la protección finaliza un año después de la terminación de la licencia por maternidad, es decir, se extiende a los quince meses posteriores al parto.<sup>69</sup> Otros países, como El Salvador y Uruguay, definen la extensión de la protección hasta la terminación del descanso postnatal.<sup>70</sup> En los casos en los que la ley es menos precisa, como el uruguayo, la jurisprudencia ha considerado que la prohibición de despedir debe extenderse por seis meses contados a partir del reintegro de la mujer al trabajo.<sup>71</sup>

Además de las variaciones en los plazos del fuero maternal, las legislaciones latinoamericanas que lo contemplan difieren en las modalidades propuestas para remediar la situación de la trabajadora despedida por causa de embarazo. Mientras en algunos países es obligatoria la reincorporación de la trabajadora despedida,<sup>72</sup> otros permiten optar por la reincorporación o una indemnización agravada, que en algunos convenios colectivos de trabajo llegan al doble de la indemnización estándar.<sup>73</sup> En otros casos, los empleadores pueden solicitar autorización a la autoridad administrativa de control de la relación laboral para despedir a la mujer embarazada.<sup>74</sup> Por el contrario algunas legislaciones, como la dominicana, declaran la nulidad del despido de la mujer embarazada.<sup>75</sup>

<sup>67</sup> Artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.

<sup>68</sup> Ley 975 de Bolivia.

<sup>69</sup> Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, "Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad", CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 56, 2004.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Es el caso, por ejemplo, de Argentina. El convenio colectivo 131/75 prevé la duplicación de la indemnización del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo para el despido en caso de embarazo.

<sup>74</sup> Ver al respecto la sentencia colombiana transcrita más abajo.

<sup>75</sup> Artículo 233: "La mujer dominicana no puede ser despedida de su empleo por el hecho de estar embarazada. Todo despido por embarazo es nulo". El artículo 234 dice que no se puede obligar a la mujer embarazada a hacer esfuerzos físicos que puedan poner en peligro a la mujer o a la criatura. El artículo 235 establece que si el trabajo que realiza la mujer embarazada es

Todas las legislaciones latinoamericanas mencionadas y las normas internacionales coinciden en la necesidad de otorgar un trato especial a la mujer en estado de embarazo. Sin embargo, la justificación de ese trato especial difiere. A menudo, la protección del embarazo se justifica en términos de la protección del feto o el sostenimiento económico del niño o la niña en sus primeros meses de vida; en otros casos, como el de la CEDAW, la protección es considerada como una medida para combatir la discriminación por sexo en el trabajo.<sup>76</sup>

Las siguientes sentencias ilustran algunas de las discusiones jurídicas llevadas a los tribunales en ocasión del reclamo por despidos de mujeres embarazadas.

#### Tribunal Constitucional de Bolivia

##### Sentencia constitucional 0906/2006-R

Claudia Pastén Alarcón contra Gustavo Ávila Bustamante,

Ministro de Gobierno y otros

18 de septiembre de 2006

#### Problemas jurídicos

¿El traslado intempestivo a otra jurisdicción constituye una violación del derecho a la estabilidad especial reconocido a la mujer embarazada? ¿Es procedente la vía procesal del amparo para reclamar frente a la violación del derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, o deben agotarse los procedimientos ordinarios previstos en la ley?

#### Hechos

El 22 de julio de 2005, la señora Pastén Alarcón ingresó a trabajar a Asesoría Jurídica del Viceministerio de Régimen Interior del Ministerio de Gobierno, y el 31 de agosto fue designada responsable del área jurídica de esa entidad. El mismo día, el Viceministro le comunicó que por razones de mejor servicio, desde el 1° de septiembre de 2005 se prescindiría de sus servicios, y que se le pagaría su sueldo de agosto.

dañino o peligroso para la salud de la mujer o el niño, el empleador está obligado a asignarle otro tipo de trabajo. Código de Trabajo de la República Dominicana, 1992.

<sup>76</sup> En ese sentido, el artículo 11 de la CEDAW obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para "impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar", para lo que deberán: "a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; [...] d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...]" (CEDAW, artículo 11).

La señora había comentado que estaba embarazada, y ésta fue la razón del despido. El 8 de septiembre de 2005 le dirigió una nota al Ministro de Gobierno en la que le exponía que al despedirla se había ignorado el hecho de que ella se encontraba protegida por la ley 975, por lo que solicitó su reincorporación. El 29 de septiembre, el Director general de asuntos administrativos del ministerio de Gobierno le comunicó su restitución al cargo. Unos días después, el Viceministro dispuso que la señora se desempeñara como administradora distrital para la Dirección General de Asuntos Administrativos en Potosí. Ante la notificación ella reclamó, y el Director General le dijo que el cambio de funciones y lugar de trabajo no afectaba su embarazo, ya que en Potosí gozaría de seguro médico. A pesar de haber cuestionado el traslado de ciudad, su reclamo fue desoído. Finalmente, luego de que la señora Pastén Alarcón no se presentara en Potosí, el 10 de noviembre el Director general de Asuntos Administrativos del ministerio de Gobierno la destituyó por abandono de funciones.

#### Decisión

El tribunal consideró que el Director Distrital cometió un acto ilegal, arbitrario y atentatorio contra los derechos fundamentales del trabajo, la salud y la seguridad social de la señora Pastén Alarcón, al haber dispuesto en forma intempestiva la transferencia de la recurrente de una localidad a otra. Asimismo, consideró procedente el recurso de amparo para reclamar por el despido por embarazo.

#### Extractos

En el recurso de amparo constitucional interpuesto se solicita se ordene la inmediata restitución de la Sra. Pastén Alarcón al cargo de Responsable Jurídica del Viceministerio de Régimen Interior en La Paz, se le cancelen los sueldos devengados, se disponga su inmediata afiliación a la Caja Nacional de Salud en La Paz, bajo conminatoria de ser procesados como reos de atentado contra los derechos y garantías constitucionales.

#### Ratificación y ampliación del recurso

En una audiencia posterior la Sra. Pastén Alarcón agregó que los demandados alegaron inclusive una supresión del cargo para cambiar de lugar de sus funciones, pero si fuera ése el caso se tendría que haber comunicado esa situación con anticipación de treinta días.

#### Informe de las autoridades recurridas

En su informe las autoridades recurridas, luego de afirmar la mayoría de los hechos expresados por la defensa de la Sra. Pastén Alarcón, sostienen: a) desde su restitución hasta el 18 de octubre de 2005, la recurrente asistió a las oficinas del Ministerio para desarrollar su trabajo, pero debido a que su ítem fue suprimido al igual que varios

... otros por razones de orden administrativo tendientes a una mejor organización, de su labor, que era únicamente entregar rosetas de autorización de uso de vidrios raybanizados, ya no podía ser realizada, pero marcaba su tarjeta de asistencia, y se respetaron todos sus derechos, incluido su nivel salarial, “dejando muy claro que durante su ‘jornada diaria de trabajo’ no hacía nada, absolutamente nada”; b) “sorprendentemente” la recurrente formuló reclamo contra la designación para Potosí que además importa un ascenso en el organigrama del Ministerio, argumentando que se estaría atentando contra su salud y la de su bebé porque en Potosí no cuenta con ningún familiar ni amigo que pueda asistirle en esa etapa de gestación, lo cual fue respondido indicando que todo funcionario debe acatar las transferencias y que el cambio de lugar no afecta a su estado; c) las Sentencias Constitucionales referidas en el recurso no pueden aplicarse a este caso, pues se trata de situaciones distintas a la presente; d) no se violó ningún derecho o garantía fundamental y; e) “una mujer embarazada no puede ser impune a los preceptos legales ya que de lo contrario ingresaríamos a un clima anárquico sin normas y sin protección a los intereses del Estado u sociedad” (sic). Solicitan la improcedencia del amparo constitucional.

#### **Resolución de la instancia anterior**

La Resolución 20/05, de 5 de diciembre de 2005, pronunciada por la Sala Social y Administrativa 3ª de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, concedió el recurso de amparo constitucional disponiendo la inmediata restitución de la recurrente a su cargo, la cancelación de los sueldos devengados, y la tramitación de su afiliación a la Caja Nacional de Salud, con responsabilidad a las autoridades recurridas en la suma de Bs1.000, bajo estos fundamentos: 1) ha existido vulneración a los derechos de la recurrente, al evidenciarse que al momento de su destitución por reubicación y supuesto abandono de funciones, se encontraba bajo los alcances de la protección establecida por la ley 975, de 2 de marzo de 1988, al existir diagnóstico médico y control periódico según el carnet del Seguro Universal Materno Infantil (SUMI), lo que era de pleno conocimiento de los recurridos; 2) a la fecha de la cesación en el cargo, la trabajadora gestante contaba con varias semanas de embarazo, vulnerándose no sólo sus derechos y garantías sino también las del hijo por nacer, habiendo representado y reclamado por el retiro ilegal ante las autoridades recurridas, adjuntando la documentación correspondiente, lo que ameritaba su reconsideración; 3) la supresión del ítem del cargo que ocupaba la recurrente no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley de Administración Presupuestaria (LAPre) de 21 de noviembre de 1999, al no contar con la respectiva Resolución Biministerial; 4) la ley 975 garantiza la inamovilidad funcionaria de todas las mujeres en estado de embarazo desde el inicio de la gestación hasta que el niño nacido cumpla un año de edad, lo que implica la inamovilidad en condiciones adecuadas, sin afectar su nivel salarial ni ubicación en su puesto de trabajo, habiendo los recurridos actuado en

forma ilegal al disponer su destitución intempestiva aduciendo abandono de trabajo, sin tener presente que la determinación de cambio de funciones fue asumida atentando contra su integridad personal al separarla de su entorno familiar y; 5) se hace necesario brindar una tutela inmediata a la recurrente para evitarle un daño irreparable, así como al hijo por nacer.

[...]

Sobre la protección a la mujer trabajadora embarazada y su hijo en los términos de la ley 975, de 2 de marzo de 1988, la jurisprudencia de este Tribunal es invariable en otorgar la tutela en casos en que una mujer trabajadora ha sido despedida a pesar de encontrarse embarazada, por constituir la referida ley el desarrollo de la previsión constitucional contenida en el artículo 193 de la CPE sobre la protección de la maternidad por parte del Estado, al estar este aspecto íntimamente relacionado con un derecho fundamental primario y sobre el cual se sustentan todos los demás derechos, como es el derecho a la vida, es por ello que en varios casos se ha excusado inclusive la observancia de los principios de subsidiariedad e inmediatez que informan el amparo constitucional, a los efectos del ejercicio pleno de este derecho que asiste a la mujer trabajadora en estado de embarazo, no sólo para la protección de ésta, sino también y fundamentalmente del nuevo ser. Es así que por ejemplo, en la SC 0785/2003-R, de 10 de junio, se señaló lo siguiente:

La ley 975 de 2 de marzo de 1988 en su art. 1 establece la inamovilidad en su puesto de trabajo de la mujer en período de gestación hasta un año de nacido el hijo, y abarca tanto a las empleadas del sector privado sujetas a la Ley General del Trabajo como a las funcionarias o servidoras públicas, sin exclusión, sean con contratos permanentes o eventuales porque el sentido de la norma es la protección de la maternidad por parte del Estado como lo expresa el precepto constitucional contenido en el art. 193 de la Carta Fundamental. [...] Si bien el amparo constitucional tiene naturaleza subsidiaria, por ello antes de plantearlo se deben agotar las vías ordinarias de defensa; no es menos cierto que agotar esos medios ordinarios implica para la gestante un perjuicio que podría ser irreparable proveniente de una acción ilegal e indebida de la autoridad recurrida. En tal situación, es viable este amparo como mecanismo rápido y eficaz para proteger prioritariamente los derechos de la recurrente que se encuentra en estado de gravidez y del ser en gestación.

[...]

En este caso no puede exigirse a la Sra. Pastén Alarcón que, previamente a la interposición del amparo constitucional, agote los medios de reclamo previos, por cuanto la protección del recurso de amparo en casos similares, excusa el agotamiento de tales vías, en ese entendido resulta pertinente ingresar al análisis del fondo del asunto.

[...]

**Análisis de la presente problemática**

Para ingresar al examen de la situación planteada ahora es menester recordar que, en relación al traslado o cambio de destino o lugar de funciones de una mujer trabajadora en estado de gravidez, este Tribunal, en su SC 0296/2006-R, de 29 de marzo, ha expresado en forma clara que:

[...] En el presente recurso, el Fiscal de Distrito tampoco podía ordenar el “desplazamiento” indefinido de la actora a la ciudad de Tupiza, en el marco de lo señalado por la jurisprudencia anotada, que se aplica con mayor razón al caso de la funcionaria embarazada o que se encuentre dentro del primer año de vida del hijo o hija, porque debe entenderse que la inamovilidad que garantiza la ley 975 no sólo se refiere a la conservación de la fuente de trabajo, sino a esa conservación con el mismo nivel salarial, categoría y lugar de funciones, salvo que exista una promoción o ascenso en ese período.

En ese sentido, cabe recordar que la SC 0780/2003-R, seguida por otras, ha expresado que: “[...] El art. 193 CPE determina que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”, norma con la que concuerda el art. 1° de la ley N° 975 de 2 de marzo de 1988, que señala que “Toda mujer en período de gestación hasta un año del nacimiento del hijo, gozará de inamovilidad en su puesto de trabajo en instituciones públicas o privadas preservando la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada”. Por consiguiente, ninguna de las disposiciones legales anotadas fue observada por el Director Distrital de Educación de Padilla, por cuanto al haber dispuesto en forma intempestiva la transferencia de la recurrente de una localidad a otra, cometió un acto ilegal y arbitrario, atentando contra los derechos fundamentales del trabajo, la salud y la seguridad social de la recurrente.

A propósito, el mandato de la ley respecto a la inamovilidad del puesto de trabajo de la madre hasta un año del nacimiento del hijo, tiene por objeto no solamente proteger la fuente de trabajo de la madre, dada la naturaleza de su estado y los derechos que involucra, sino también garantizar los medios de subsistencia de esta persona y del hijo, quienes requieren por ello de protección inmediata y urgente. (SSCC 1536/2005-R; 1217/2005-R).

En el caso de autos, las autoridades recurridas han reconocido en forma expresa que conocían plenamente del estado de embarazo de Claudia G. Pastén Alarcón, y que por ese motivo fue restituida a sus funciones, luego de ser despedida la primera vez. Empero, no obstante tener ese conocimiento, dispusieron su traslado a otra sede de funciones, cuando fue contratada para desempeñar funciones en La Paz, y pese a

los reclamos y reiteradas solicitudes de la funcionaria, persistieron en esa determinación, llegando inclusive a destituir la al no haberse constituido en el lugar a que le destinaron, sin tomar en cuenta en absoluto, su embarazo y juntamente con él, el derecho a inamovilidad del que goza toda mujer trabajadora en estado de gestación mientras dure su embarazo y hasta el año del nacimiento del hijo o hija, con lo que ciertamente vulneraron los derechos de la recurrente al incurrir en un acto contrario a lo dispuesto por la ley 975, lo que amerita la otorgación de la protección de este recurso extraordinario.

Finalmente, es necesario dejar sentado, en relación a la alegada y no demostrada supresión del cargo de la recurrente, que conforme a la previsión contenida en el artículo 32 de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal, de aplicación en el caso presente, la supresión del puesto es entendida como la eliminación de puestos de trabajo, cuando éstos dejen de tener vigencia como resultado de la modificación de competencias o restricciones presupuestarias a la entidad, traducidos en los Sistemas de Programación de Operaciones y Organización Administrativa, en cuyo caso se suprimirá también el ítem correspondiente, lo que significa que la supresión de un puesto tiene efecto directo en la planilla presupuestaria, que tendría que ser aprobada por el Ministerio de Hacienda, adjuntando informe legal técnico, de modo tal que para justificar una situación como aquella se debe contar con la respectiva aprobación, aspectos que no han sido acreditados por la parte recurrida. Al margen de todo lo anterior, es imprescindible dejar claro que, aún en caso de supresión del cargo, el Estado tiene el deber de proteger ante todo, la vida y la salud de la madre gestante y del nasciturus, por lo cual la entidad tendría que mantener a la funcionaria en otro lugar de trabajo, mínimamente, en tanto dure el tiempo que la ley le otorga una especial tutela. De lo expuesto se concluye que el Tribunal de amparo, al conceder el recurso, ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

**Tribunal Constitucional de Ecuador****Sentencia 0198-2003-RA****Problema jurídico**

¿Constituyen una violación de los derechos constitucionales de la trabajadora embarazada la solicitud de acogerse a una transacción para terminar el contrato laboral y el posterior despido en respuesta a su negativa?

**Hechos**

La señora Gladys Mercedes Toala Jordán ingresó a trabajar en el municipio del cantón Huaquillas el 18 de septiembre de 2001 en calidad de auxiliar del Departamento de Secretaría. El 19 de diciembre de ese año fue ascendida a oficinista del

Departamento de Turismo y, por disposición del señor Alcalde del cantón, se le encargó la jefatura del Departamento. El 27 de enero de 2003, el Procurador Síndico Municipal la convocó a su despacho para comunicarle que, en virtud de su estado de gestación, su labor se vería interrumpida, perjudicando a la institución. Le planteó que existía presión de los concejales por puestos de trabajo, por lo que por disposición del señor Alcalde se le pedía que renunciara. Para ello se le entregaría la liquidación en la que se iba a incluir la diferencia de sueldos que no se le habían reconocido hasta entonces como consecuencia del encargo de la jefatura. Ante esa comunicación, la señora Toala Jordán manifestó que aceptaría la oferta sólo si se le reconocían todos los haberes que le correspondían. Entonces se le entregaron dos liquidaciones, una como oficinista, y otra como encargada de la jefatura del departamento. Al revisarlas, la señora Toala Jordán resolvió rechazarlas por no estar de acuerdo a la Ley, por lo que no se llegó a acuerdo alguno. Como consecuencia de ello resolvió no presentar su renuncia. No obstante, el 3 de febrero de 2003, mediante memorando sin número, se le comunicó que el señor Alfredo Tamayo Moreno había sido designado jefe del Departamento de Turismo, solicitándole que le brindara las facilidades del caso, lo que cumplió con acta de entrega-recepción. El 5 de febrero de 2003, mediante oficio 098 ACH 2003, el señor Manuel Aguirre Piedra, alcalde del municipio de Huaquillas, le comunicó que por convenir a la buena marcha de la administración se le agradecían los servicios prestados, dando por terminadas las relaciones laborales en la institución.

La señora Toala Jordán resolvió impugnar la decisión administrativa arguyendo que ésta violentaba normas constitucionales: la ordenanza que reglamenta la administración de personal sujeto a la Ley de Servicio Civil, sobre todo lo relacionado con el derecho a la defensa, seguridad jurídica, debido proceso y garantías laborales. Sostenía en su impugnación que el acto le causaba daño grave, tanto a ella como a su hijo por nacer. En la defensa de la parte demandada, el Procurador Síndico rechazó los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, señalando que la actora confundía destitución con terminación unilateral de las relaciones laborales, y que la actora no era servidora de carrera y no había agotado la vía administrativa. El Juez Undécimo de lo Civil de El Oro consideró improcedente el amparo solicitado por la defensa, lo negó, y resolvió así el caso.

### Decisión

El Tribunal Constitucional consideró que el ofrecimiento de un acuerdo para terminar la relación laboral con una trabajadora embarazada, y su posterior despido luego de que ésta se negara a aceptar el acuerdo, constituyen (a) un acto ilegítimo violatorio del debido proceso para la tramitación de un despido en el empleo público y (b) la violación del artículo 36 de la Constitución de Ecuador que prohíbe la discriminación por sexo.

### Extractos

[...]

Que un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa sólo en el estudio de competencia, sino también de la forma, contenido, causa-objeto y fin del acto impugnado;

[...]

Si bien la actora ingresó a prestar sus servicios en el municipio de Huaquillas mediante contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado el 18 de septiembre de 2001, en calidad de auxiliar de secretaría, con fecha 19 de diciembre del mismo año se le confirió el nombramiento en calidad de Oficinista 1 del Departamento de Turismo, por tanto, su relación con el municipio de Huaquillas, a partir de esa última fecha, se rige por las leyes administrativas y no por el Código de Trabajo;

Que los efectos jurídicos consistentes en el pago de indemnizaciones como consecuencia de la terminación unilateral de las relaciones laborales son propios de las relaciones que se rigen por el Código de Trabajo. Ahora bien, como ha señalado en la audiencia el Procurador Síndico del municipio de Huaquillas, la actora no es servidora de carrera, por lo que su caso se sujeta a las disposiciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su reglamento, aplicable a su situación de servidora pública. Cabe señalar, por otra parte, que, para aplicar sanciones a quien no es servidor de carrera, la autoridad debe observar lo dispuesto en el artículo 64 del reglamento a la ley:

Reconócese el derecho de los servidores para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse. Para imponer a un servidor que no sea de carrera cualquiera de las sanciones previstas en el Art. 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa se les escuchará previamente en audiencia de lo cual se dejará constancia escrita.

Consecuentemente, la alegación del demandado, relativa a que se ha solicitado a la actora acogerse a una transacción para evitar mayores contratiempos, no tiene justificación constitucional ni legal alguna, como pretende el demandado, pues, en esencia, se ha destituido del puesto que venía desempeñando la actora, sin que haya procedido el respectivo trámite administrativo previsto legalmente, es decir, la audiencia en que la servidora pueda ejercer su derecho a la defensa, por lo que se inobservó el procedimiento legalmente previsto para separar de sus funciones a la ahora accionante y se aplicó una normativa distinta a la que rige las relaciones de la

administración pública con sus servidores no sujetos al Código del Trabajo, ya que el agradecimiento de las funciones no es forma de terminación de relaciones en la administración pública, razones por las que se califica de ilegítimo el acto por el cual se agradecen los servicios de la señora Gladis Mercedes Toala Jordán;

Que el derecho a la seguridad jurídica, entendida como la certeza que tienen todos los ciudadanos y, en este caso, los servidores públicos, en el sentido que las autoridades observarán y actuarán respetando la normativa jurídica existente, ha sido lesionado con la actuación del demandado. El debido proceso, reconocido constitucionalmente como un derecho de las personas que determina, entre otros aspectos, la necesidad de que puedan defenderse ante hechos contrarios a la normativa vigente que se le han imputado, ha sido lesionado, en tanto la separación del puesto de trabajo de que ha sido objeto la actora constituye sanción, sin que haya tenido conocimiento de falta alguna cometida por ella, respecto a la que hubiere sido factible su defensa si se realizaba la audiencia a que la ley obliga en estos casos, de lo contrario, siendo una servidora que no ha dado ocasión para sanción alguna, su estabilidad se encontraba garantizada, conforme prevé la Constitución Política;

Que el artículo 36 de la Constitución Política dispone de manera específica, luego de establecer las normas y garantías laborales, el reconocimiento de garantías laborales a las mujeres, en tal sentido, prevé que el Estado propicie la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades. Dispone además que se respetarán los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a la seguridad social “especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia de la mujer trabajadora”, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar, y la que se encuentra en estado de viudez. “Se prohíbe todo tipo de discriminación contra la mujer”. Del análisis de estos derechos reconocidos constitucionalmente en favor de la mujer trabajadora, se concluye, entre otros aspectos, que la madre trabajadora que se encuentre en estado de gravidez debe recibir un trato adecuado que determine el mejoramiento de las condiciones de trabajo, precisamente porque se encuentra en proceso de formación de un nuevo ser, al que también la Constitución Política, según el artículo 49, asegura y garantiza el derecho a la vida, desde su concepción, razón por la que, además, la mujer embarazada, considerada como grupo vulnerable, dispone de atención preferente y especializada, conforme establece el artículo 47. Consecuentemente, las autoridades públicas, más aún las nominadoras, deben observar estrictamente estos mandatos constitucionales respecto de las mujeres embarazadas, de ahí que resulte inadmisibles que, lejos de garantizar las condiciones de trabajo a la actora que, mediante certificado médico, constante a fojas 42, ha justificado encontrarse en tratamiento de control de embarazo, se le separa del puesto de trabajo, acto con el que también se vulneran los derechos laborales de la mujer;

Que la terminación de la actividad laboral con que ha sido comunicada la actora, evidentemente, le causa daño grave, pues, por una parte, se le priva de su medio de subsistencia como es una actividad laboral que le asegura los ingresos necesarios para la adquisición de bienes y servicios; y, por otra, en las condiciones particulares de la actora, de encontrarse en estado de gestación, la imposibilidad de continuar aportando al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, determinará que no puede acceder a la prestación de maternidad o de atención al recién nacido, lo cual, a no dudarlo, conlleva graves consecuencias, incluso para la salud de los dos seres;

Que la falta de ingresos determinada por la ilegítima cesación de funciones privó a la actora de las posibilidades para poder atender las necesidades económicas que se requiere atender en un estado de gestación y del advenimiento del nuevo ser, debe ser reparada por la autoridad responsable del acto; y,

Por las consideraciones que anteceden, en uso de sus atribuciones, resuelve:

1. Revocar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado, suspendiendo, por tanto, el acto impugnado.

#### Corte Constitucional de Colombia

#### Sentencia T-053 de 2006

#### Problema jurídico

¿Constituye una violación de sus derechos al trabajo, la seguridad social y el mínimo vital el despido por embarazo de una trabajadora no registrada? Si el despido ilegítimo fuera constatado, ¿corresponde que el demandado reintegre a la actora al cargo que desempeñaba, que le reembolse los salarios caídos desde el despido y le abone la indemnización por el despido sin autorización de las autoridades pertinentes más los perjuicios por su no afiliación al régimen de seguridad social? ¿En este caso es procedente la acción de tutela para reclamar frente al despido por embarazo?

#### Hechos

La señora Martha Janeth Maldonado Rojas trabajó en el establecimiento de comercio “El Gran Remate de Chapinero”, de propiedad del señor José Aníbal Giraldo Zuluaga, del 19 de julio de 2004 al 13 de marzo de 2005. Como contraprestación recibía la suma de 450.000 pesos mensuales en virtud de un contrato verbal de trabajo. En enero de 2005 le comunicó verbalmente al señor Giraldo Zuluaga que tenía tres meses de embarazo. Continuó trabajando hasta el 13 de marzo de ese año, cuando su empleador le informó que no podía seguir haciéndolo debido a su estado. Además, agrega, su empleador le entregó su liquidación y le prometió que la contrataría nuevamente una vez saliera del estado de embarazo. El señor Giraldo Zuluaga nunca le pagó a la señora Maldonado Rojas horas extras, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías, dominicales y festivos, ni la afilió al Sistema de

Seguridad Social Integral. Por esa razón, la señora Maldonado Rojas no está afiliada a ninguna entidad promotora de salud y tiene que recibir los servicios médicos necesarios para el control de su embarazo a través de la Red Pública de Salud.

El demandado aceptó que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo y, aunque no niega el conocimiento del estado de embarazo de la señora Martha Janeth Maldonado Rojas, sí descalifica la afirmación que ésta hace en torno a su despido, alegando que con ella se llegó a un acuerdo para su retiro voluntario porque, supuestamente, había conseguido un “trabajo mejor”. Por otro lado, asegura que a la actora se le cancelaron todos sus salarios y prestaciones sociales, incluyendo la licencia de maternidad, y que no la afilió al Sistema de Seguridad Social por petición de la actora, que dijo tener cobertura con el SISBEN.

#### Decisión

La Corte ordena el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual nivel o semejante al que ocupaba antes de ser despedida, y la cancelación de los salarios y las prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta cuando se produzca el reintegro. Ordena también que se hagan los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

#### Extractos

[...]

#### Derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada

El Estado Social de Derecho, fórmula adoptada por la Constitución Política de 1991, se fundamenta en principios básicos como el respeto a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad y la democracia participativa y pluralista, a fin de garantizarles a las personas un orden político, económico y social justo. Para la consecución de este propósito, la misma Constitución consagra una serie de normas tendientes a la efectividad de estos principios, entre ellas, la que establece la igualdad material.

Es así, como el artículo 13 de la Carta no sólo prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que además ordena al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, adoptar “las medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, finalmente, proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. En armonía con este mandato, las normas subsiguientes establecen que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado, así como de su apoyo especial cuando sea

cabeza de familia (art. 43); que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (art. 44); que las personas de la tercera edad gozarán de protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (art. 46); y que el Estado deberá adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (art. 47).

Ahora bien, con relación a la mujer en estado de embarazo existen dos figuras de especial relevancia como son: (i) el derecho a la licencia de maternidad —descanso y prestación económica— y (ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada, las cuales, aunque son desarrollos legales de los mandatos constitucional e internacionales de protección a la mujer embarazada o en período de lactancia y al menor (artículos 236 y ss. Código Sustantivo del Trabajo), adquieren estatus fundamental por su conexidad con derechos como a la dignidad, a la igualdad, al mínimo vital, etc. En la sentencia C-470 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado artículo 35, ley 50 de 1990), esta Corporación expuso que la especial protección laboral de la mujer embarazada implica que los principios constitucionales adquieren mayor fuerza normativa y que dicha fuerza normativa se manifiesta claramente en la estabilidad del empleo, al punto de que no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que proteja eficazmente su derecho a trabajar. En lo que se refiere a la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio cuando se desconoce la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, la Corte dijo:

[...] la Corte Constitucional considera que si tal es la interpretación del ordinal acusado [refiriéndose a aquella según la cual el despido de la mujer que goza de estabilidad laboral reforzada es jurídicamente eficaz, pero genera una indemnización a favor de la trabajadora], la protección que esa norma consagra en favor de la maternidad es insuficiente. En efecto, no se debe olvidar que la mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad —como cualquier trabajador— sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por lo cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz. Y ello no sucede en este caso pues, conforme a la anterior interpretación —y como bien lo señala el actor— el ordinal acusado no sólo estaría confiriendo eficacia jurídica al despido que se ha realizado sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo sino que, además, la indemnización prevista es a todas luces deficiente para salvaguardar los valores constitucionales en juego. Por tal razón, la Corte concluye que el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues

el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas.

Y a la pregunta sobre si debía declararse la inexecutable del numeral 3° del artículo 239 del CST, la Corte, luego de exponer las razones que justificaban una sentencia integradora, respondió:

La Corte procederá entonces a señalar en la parte resolutive de esta sentencia que el ordinal acusado es executable, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato.

En conclusión, tenemos que en la legislación colombiana la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada y que, en caso de que su empleador la despidiera sin previa autorización administrativa, la desvinculación carece de efectos jurídicos.

**Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia**

*Reiteración de jurisprudencia*

En principio la jurisdicción ordinaria se revela como idónea para reclamar el derecho de la mujer embarazada a la estabilidad laboral, puesto que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y, por tanto, únicamente procede en los eventos excepcionales que prevé el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este derecho es susceptible de defensa a través del amparo constitucional cuando se configuran ciertos requisitos, atendiendo a la necesidad de intervención del juez de tutela como medio expedito de protección.

En efecto, refiriéndose a este aspecto en particular, en la sentencia T-879 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), esta Corporación expresó:

Así, la situación que arroje cada caso será la determinante para la procedencia o no de la acción de tutela para evitar la afectación de las condiciones mínimas de la madre y del recién nacido. En este punto, el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de algunos de los siguientes elementos que permitan la viabilidad de la protección tutelar para la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada:

1. Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia.
2. que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso;
3. que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora;
4. que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea es devastador. (Sentencia T-373 de julio 22 de 1998, magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
5. que el despido sea una consecuencia del embarazo, porque a pesar de la expiración del plazo del contrato, subsisten las causas del mismo y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones laborales por parte de la trabajadora. (T-736 de 1999).
6. Caso concreto. Descartada la discusión en torno a la procedencia de la acción de tutela contra un particular cuando ha desaparecido el vínculo laboral, pues en los casos de violación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada esta Corporación ha aceptado que aún desaparecido el nexo de subordinación subsiste un estado de indefensión, resta por establecer entonces si en el caso de la señora Martha Janeth Maldonado Rojas se encuentran configurados los presupuestos para el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada y, en caso afirmativo, impartir las órdenes necesarias para el restablecimiento del mismo.

Pues bien, en cuanto al primero y tercero de los requisitos mencionados en el acápite anterior, para la Corte es claro que la desvinculación se produjo durante el estado de embarazo de la señora Maldonado Rojas, ya que, según las pruebas anexadas al expediente (fl.4 C-1), puede inferirse que para la época de dicha desvinculación (marzo de 2005) la actora tenía al menos cinco meses de gestación, toda vez que la fecha probable de parto estaba pronosticada para el 6 de julio de 2005.

Así mismo, a juicio de la Sala, es indiscutible que cuando se dio la desvinculación el empleador conocía el estado de embarazo de la señora Maldonado Rojas. Esto, porque el accionado no objetó la afirmación que hizo la actora en el sentido de que le había comunicado verbalmente su estado de gravidez y, además, porque el demandado manifestó expresamente en su respuesta que en la liquidación de las prestaciones sociales de la señora Maldonado Rojas se había incluido la licencia de maternidad (fl.23 C-1), lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de su embarazo.

Respecto del segundo requisito establecido por la jurisprudencia constitucional para la concesión del amparo, existe una controversia entre las partes, puesto que mientras la actora afirma que fue despedida, el accionado asegura que ella se retiró voluntariamente porque, supuestamente, había conseguido un "trabajo mejor". Sin embargo, a pesar de que estas versiones tendrían *prima facie* igual fuerza probatoria, la Sala, a la luz de la sana crítica, otorga mayor credibilidad a la afirmación

que hace la señora Maldonado Rojas sobre su desvinculación, atendiendo a que existen elementos de juicio que la respaldan y, a la vez, contradicen la versión de su ex empleador.

En efecto, si tenemos en cuenta que para marzo de 2005 —fecha de desvinculación de la actora— la tasa de desempleo en Colombia ascendía a un 13,1% y la de subempleo a un 29,5% y, además, que la accionante se encontraba en estado de embarazo, podemos inferir con base en la experiencia que resulta poco probable que la actora hubiese renunciado por haber conseguido un “trabajo mejor”, debido a la escasa oferta de empleo imperante en la época y a que tradicionalmente la mujer ha sido objeto de discriminación laboral por razón de la maternidad.

De otra parte, como elemento de juicio que contradice la versión del accionado, también tenemos una razón lógica. Si fuese cierto que la actora dejó su empleo en el Establecimiento de Comercio “El Gran Remate de Chapinero” por haber encontrado un “trabajo mejor”, no comprendería la Sala por qué entonces la señora Maldonado Rojas —ahora desempleada— interpuso la acción de tutela contra el señor José Aníbal Giraldo Zuluaga y no contra su ulterior patrono, si éste supuestamente le brindaba mejores condiciones laborales. En otras palabras, si en realidad la actora hubiese encontrado un empleador que le brindara mejores condiciones laborales en comparación con Giraldo Zuluaga, lo lógico sería que la accionante hubiera interpuesto la acción de tutela contra aquél y no contra éste.

Para finalizar este punto, se advierte una contradicción en el escrito de contestación del accionado que, a juicio de la Corte, le resta credibilidad a lo que ahí se consigna acerca de la desvinculación de la señora Maldonado Rojas. Efectivamente, en el escrito de contestación la parte accionada dice que se llegó a un acuerdo voluntario con la señora Maldonado Rojas para su retiro del empleo, pero también se afirma que ella abandonó el lugar de trabajo.

En suma, los elementos de juicio mencionados le permiten a la Sala darle credibilidad a la afirmación que la actora hace en el sentido de que fue despedida y descalificar la versión del señor Giraldo Zuluaga según la cual la actora se retiró voluntariamente de su empleo.

Siguiendo con la constatación de los requisitos para la procedencia del amparo, encuentra la Corte que en el *sub lite* también está demostrada la afectación del mínimo vital de la actora y que el despido se produjo como consecuencia del embarazo.

En efecto, respecto de lo primero es suficiente la negación indefinida que hace la accionante en el sentido de que no cuenta con otra fuente de recursos económicos para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia y, además, la ausencia de pruebas en el expediente que desvirtúen esta manifestación. Y en cuanto a lo segundo, es decir, que el despido se produjo como consecuencia del embarazo, la Sala se apoya en la presunción legal que establece el numeral segundo del artículo 239 del CST, según la cual “se presume que el despido se ha efectuado por motivo

de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente” (Inspector del trabajo o alcalde municipal. Artículo 240 *ibídem*); autorización administrativa que no se solicitó en este caso.

En resumen, la Sala constató la vulneración de los derechos fundamentales de la actora y su hijo recién nacido y la configuración de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y el reintegro laboral en razón de la ineficacia jurídica del despido. Por consiguiente, la Corte revocará la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá el 5 de julio de 2005 y, en su lugar, tutelaré el derecho al trabajo de la señora Maldonado Rojas y el derecho al mínimo vital de ella y su hijo recién nacido. Por consiguiente, se ordenará al señor José Aníbal Giraldo Zuluaga el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando en el Establecimiento de Comercio “El Gran Remate de Chapinero” o a otro de igual nivel o semejante al que ocupaba antes de ser despedida, y que le cancele los salarios y las prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta cuando se produzca el reintegro, así como también que efectúe los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

El accionado podrá compensar lo pagado por concepto de la liquidación ya cancelada con el pago por concepto de los derechos laborales cuya cancelación se ordena en esta providencia.

### Cuestiones a debatir

Es sabido que el trato especial dispensado a las trabajadoras embarazadas dista mucho de ser una protección de la que disfrutaban todas las trabajadoras latinoamericanas. Las razones de la distancia existente entre las normas escritas y la práctica son diversas. En primer lugar, el fuero no opera en el caso de las trabajadoras informales y tampoco lo hace para proteger a las trabajadoras registradas que no tienen un empleo en relación de dependencia, aunque presten servicios como parte de contratos de tracto sucesivo. Tampoco se encuentran protegidas quienes trabajan sin contrato, y existen legislaciones que explícitamente exceptúan a ciertas trabajadoras del beneficio del fuero maternal, como en la legislación ecuatoriana (las empleadas del servicio doméstico de ese país están excluidas).<sup>77</sup> Finalmente, si bien no existen estadísticas regionales, ni se encontraron estudios por país que den cuenta de la cantidad de ocasiones de

<sup>77</sup> Laura Pautassi et al, *op. cit.*, p. 37.

violación del fuero maternal,<sup>78</sup> los repertorios de jurisprudencia de la región incluyen cientos de sentencias de tribunales de diversa jerarquía en las que mujeres embarazadas disputan las condiciones de un despido como consecuencia del embarazo, despidos que en general han encubierto las causas y omitido las indemnizaciones correspondientes.

Las prácticas de despido de trabajadoras embarazadas no son prerrogativa del sector privado. Son frecuentes los litigios contra el Estado y funcionarios públicos por la violación de la estabilidad prevista para la mujer embarazada en las reglas del servicio civil.

Estos litigios, en ocasiones, aparecen en el contexto de relaciones laborales no formalizadas. Cuando las mujeres logran probar la existencia de la relación laboral, y su embarazo como la causa del despido, los tribunales son receptivos al reclamo de protección. Esta receptividad es también positiva cuando las empleadas reclaman en el contexto de relaciones formales y logran probar la violación del fuero maternal, tarea nada sencilla. Sin embargo, la tradición jurisprudencial que reconoce los derechos de las mujeres frente a la violación del fuero maternal no excluye muchos otros casos de reclamos legítimos frustrados por dificultades probatorias. Y en el mejor de los casos, salvo en los países que autorizan la utilización de procedimientos sumarios como la tutela o el amparo, las sentencias favorables que reconocen alguna indemnización u ordenan la reinserción laboral frente a la violación del fuero maternal suelen llegar mucho tiempo después del embarazo. En estos casos, las trabajadoras han debido conseguir un patrocinio jurídico no siempre gratuito —en los países en los que éste es un prerequisite del acceso a la jurisdicción— y han logrado enfrentar la lenta maquinaria judicial, con lo que ello implica respecto de la desprotección de la seguridad social durante el embarazo.

Reconociendo algunas de estas limitaciones en el acceso a la justicia y la importancia de la recuperación pronta de parte de la embarazada de la protección laboral y los beneficios de ésta en cuanto a la recepción de los servicios de la seguridad social, algunos tribunales han empezado a aceptar la utilización de procesos constitucionales para reclamar la protección.

### Preguntas

1. Revise los hechos de las tres sentencias para definir en qué tipo de relación laboral se dieron los despidos. ¿Se trataba de relaciones laborales formalizadas? ¿Muestran las sentencias alguna diferencia en el despido por embarazo en el

empleo público y el privado? Los antecedentes de las tres sentencias ejemplifican algunas de las prácticas que los empleadores suelen desplegar para justificar el despido de una mujer embarazada. Revise las tres sentencias para identificar cuáles son los argumentos jurídicos a los que los tres empleadores recurren para justificar el despido y defenderse frente a los reclamos de las embarazadas.

2. Las razones que fundamentan el fuero maternal difieren en los distintos ordenamientos jurídicos de la región. Algunas legislaciones apelan a la igualdad, a la dignidad, y prohíben la discriminación por sexo; otras acentúan el interés social en la protección del feto, su derecho a la vida y la capacidad de la madre de hacerse cargo de la manutención del niño en los meses inmediatamente posteriores al nacimiento; otras, incluso, se refieren a los derechos reproductivos de las trabajadoras. ¿Qué razones dan las cortes para reconocer y fundar el derecho al fuero maternal en los casos anteriores? ¿Considera que las razones esgrimidas por los tres tribunales tienen la misma validez? ¿Qué lugar ocupan en las sentencias los argumentos sobre los derechos de las mujeres o la discriminación por razón del sexo? ¿Podría ser conveniente combinar argumentos sobre los derechos de las mujeres trabajadoras con el interés por la protección del feto o su derecho a la vida? ¿Cómo definiría la concepción o concepciones de la igualdad que subyacen a los argumentos de las cortes?

3. Algunos de los fundamentos de las sentencias recurren al texto constitucional, otros a normas del derecho del trabajo y otros a la regulación específica del empleo público. Identifique cuáles son las normas citadas en cada caso y compare el tipo de protección constitucional y legal en cada uno de los países. ¿Considera que el estatus de la normativa protectora de la mujer trabajadora tiene algún impacto en la diferencia entre los argumentos de las cortes?

4. En dos de los casos de estudio, el de Bolivia y el de Colombia, las mujeres embarazadas presentaron sus reclamos mediante procesos constitucionales abreviados como la tutela o el amparo, y los demandados cuestionaron la opción procesal alternativa a los procedimientos ordinarios. ¿Qué argumentos ofrecieron las cortes para aceptar los procesos abreviados? La aceptación de un procedimiento abreviado para la protección de derechos constitucionales refleja lo que algunos han denominado la nueva constitucionalización del derecho laboral; sin embargo, no en todos los países de la región las mujeres embarazadas pueden recurrir frente al despido a procedimientos como el amparo. ¿Cómo son las opciones procesales en su país? ¿Considera que los argumentos esgrimidos por las cortes de Colombia y Bolivia podrían prosperar en su jurisdicción, si aún no lo han hecho? ¿Qué argumentos se podrían presentar ante los tribunales locales con ese fin? ¿La regulación de los estándares de producción de prueba sobre los hechos en un despido puede resultar un obstáculo para autorizar el reclamo por despido por embarazo mediante procesos abreviados en su país?

<sup>78</sup> Estos datos no se encuentran disponibles ni siquiera en los casos en los que la violación del fuero maternal es reclamada judicialmente por la mujer despedida.

5. Analice los remedios que en cada una de las tres sentencias ordenan los tribunales: la indemnización, la reintegración de la trabajadora, etcétera. ¿Cuál es la consecuencia de la declaración de nulidad del despido por embarazo? ¿Considera que todos los remedios son comparables? ¿En qué condiciones se desarrollará la relación de empleo de la mujer embarazada reintegrada en su trabajo? ¿Es posible observar algún impacto de la diversidad argumentativa a la hora de justificar el fuero maternal en el tipo de remedio propuesto frente a la violación del fuero? ¿Cómo repercute el hecho de que como consecuencia del despido la mujer pierda la protección de la seguridad social para su embarazo en la extensión de la indemnización prevista para ella ante la violación del fuero maternal?

6. Las feministas de la segunda ola han reavivado el debate sobre la conveniencia de la protección especial de la mujer embarazada. Mientras algunas defienden normas protectoras, otras arguyen que se trata de regulaciones que contribuyen a reforzar la desigualdad entre varones y mujeres en el mercado de trabajo. ¿Qué argumentos a favor de ambas posiciones se podrían dar?<sup>79</sup> ¿Qué opina sobre la incidencia de la regulación del fuero maternal en la igualdad de varones y mujeres en el trabajo? ¿Las sentencias transcritas le permiten apoyar alguna de las posturas feministas a favor o en contra del fuero maternal?

#### B. SEGUNDO PROBLEMA: LICENCIAS Y PERMISOS PARENTALES

Las licencias por maternidad también fueron un reclamo de las feministas y de los movimientos de trabajadores a comienzos del siglo XX. La mayoría de las legislaciones latinoamericanas consagran licencias maternales de distinta extensión, y permisos paternales en general muy breves. Algunos ordenamientos jurídicos siguen además el modelo de los Estados europeos de socialización de los costos de las licencias por maternidad: estos costos quedan a cargo de las contribuciones a la seguridad social. En otros países, en cambio, el costo de las licencias corre por cuenta del empleador. Las licencias por maternidad incluyen a veces un período remunerado y otro opcional —“período de excedencia”—, sin remuneración, en el que la trabajadora prolonga su licencia conservando el empleo durante unos meses adicionales en los que no recibe la paga. Los plazos de las licencias pagas varían de país a país, al igual que los períodos de excedencia. Cuando el Estado es el que asume los costos de la licencia, abona los salarios de las trabajadoras con los recursos del fisco y las contribuciones a la seguridad social. Asimismo, algunos países reconocen a los padres un per-

<sup>79</sup> Revise las razones contrastadas en el punto siguiente en el debate sobre licencias y permisos parentales.

miso por paternidad, pero su extensión es significativamente menor (en general oscila entre tres a quince días hábiles). Los costos de los permisos paternales son cubiertos a veces por el Estado, y otras por los empleadores.

Si bien en la mayoría de las legislaciones de la región las licencias están garantizadas, no todas las mujeres trabajadoras gozan efectivamente de ellas. Para comenzar, a diferencia de otras realidades, en Latinoamérica las trabajadoras formales que no trabajan en relación de dependencia no reciben del Estado una licencia paga, aunque hayan hecho sus contribuciones al erario público y al sistema de la seguridad social. Mucho más precaria aún es la situación de las trabajadoras informales y de las empleadas de algunas industrias y actividades, como el servicio doméstico, que también tienen restringido el derecho al permiso maternal. Una mención aparte merece la problemática de las licencias en los casos de adopción, nacimientos en caso de anencefalia y en los casos de familias de padres del mismo sexo, situaciones en las que con frecuencia las legislaciones no son claras y la jurisprudencia es contradictoria.<sup>80</sup>

Desde la década del setenta, las concepciones de las feministas de la segunda ola sobre la licencia por maternidad y los permisos parentales en general se han dividido. En una primera época, el debate se dio en el contexto de la tensión entre el modelo de trato igualitario y las proponentes del trato específico para capturar las diferencias entre los sexos. Algunas feministas liberales defensoras de una visión universal, o “feministas universalistas”, como se las dio en llamar en los Estados Unidos, afirmaban que las licencias por maternidad deberían regularse en el marco de las reglas generales de licencias por cuestiones médicas o de salud, ya que la dispensa de un trato especial, con un costo alto para los empleadores, podría perjudicar la situación de las mujeres, agudizar la discriminación y retrotraer algunas de las conquistas logradas hasta entonces en términos de igualdad en el trabajo. Para las feministas alineadas en esta visión crítica de las licencias, el acento en las demandas físicas del embarazo podría perpetuar estereotipos sobre la fragilidad de las mujeres y la disminución de sus capacidades para el trabajo, contribuyendo a reforzar la discriminación por sexo imperante en el empleo. La solución ofrecida por estas feministas consistía en reclamar que los empleadores tendrían la obligación de dar licencias médicas razonables para cualquier empleado con una necesidad médica.<sup>81</sup> Esto porque

<sup>80</sup> En un caso administrativo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina respecto de la solicitud de licencia por maternidad de una empleada del tribunal que dio a luz un niño anencefálico, el derecho a la licencia fue negado. Se argumentó que las normas que regulan la licencia por enfermedad eran de aplicación. (Gabriela Chedid sobre licencia por maternidad, 14/02/1997). Como lo demuestra la legislación transcrita, la ley colombiana adopta una solución diferente.

<sup>81</sup> Wendy W. Williams, “The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism”,

tratar las licencias como si fueran algo específico, como un agregado al modelo masculino de “humanidad”, terminaría perjudicando a las mujeres.

En cambio, las feministas que proponían un trato especial, y por tanto defendían las licencias específicas por maternidad, afirmaban que un embarazo normal, que culmina con un parto normal, no es una enfermedad. Tratar el embarazo y el parto como problemas médicos que justifican una licencia estigmatizaría a las mujeres embarazadas como enfermas o incapaces. Por otra parte, los problemas que tradicionalmente enfrentan los trabajadores a la hora de hacer uso de sus licencias permearían las experiencias de las mujeres embarazadas, que podrían verse obligadas a litigar los pedidos de licencia al igual que con frecuencia lo hacen los trabajadores por las compensaciones a causa de otros problemas de salud. Las feministas de la diferencia o feministas culturales completaban estos argumentos resaltando que el trabajo de gestar y dar a luz es un trabajo valioso, y si bien es un trabajo poco valorado,<sup>82</sup> se trata de uno de los grandes aportes de las mujeres a la sociedad. En consecuencia, las licencias por maternidad deberían ser vistas como un reconocimiento al generoso trabajo físico de reproducción humana con el que cumplen las mujeres en bien de la sociedad.

El debate feminista moderno en torno a las licencias se ha sofisticado: ubica a las licencias parentales como uno entre varios otros elementos a considerar frente al problema más amplio de la división sexual del trabajo doméstico. Por otra parte, las diversas visiones feministas reconocen hoy lo que Minow ha denominado el “dilema de la diferencia”. Este dilema se da entre las estrategias “neutrales” que ignoran las diferencias, por un lado, y las estrategias de trato específico que dan cuenta especialmente de la diferencia, por otro. Ambos modelos dicotómicos pueden terminar siendo contraproducentes y pueden

<sup>81</sup> *Women's Rts. L. Rep.* 175, 1982. Williams fue una de las primeras en formular el caso contra el trato especial en las licencias maternales. Sostiene que “[el] embarazo [es] la pieza central, el eje estructurante, el rasgo esencial de la esfera separada de las mujeres. Los estereotipos, las generalizaciones, las expectativas de roles [se realizan] en su máxima expresión cuando una mujer se embaraza [...] Las feministas que buscan un reconocimiento especial para el embarazo comienzan desde la misma asunción básica, léase, que las mujeres tienen un lugar especial en el esquema de la existencia humana en lo que se refiere al embarazo [...]”, *op. cit.*, p. 191. Traducción de las autoras.

<sup>82</sup> Las feministas han propuesto diversas explicaciones sobre la forma en la que la falsa dicotomía entre el trabajo y la familia ha operado para oscurecer el valor del trabajo productivo de las mujeres en el hogar. Katharine Silbaugh, “Turning Labor into Love: Housework and the Law”, *91 Nw. U. L. Rev.* 1, 1996 (adelanta un amplio estudio de los mecanismos que llevan a la devaluación del trabajo productivo de las mujeres en el hogar y a la consiguiente falta de reconocimiento del valor económico de dicho trabajo). Joan Williams, “Toward a Reconstructive Feminism: Reconstructing the Relationship of Market Work and Family Work”, *19 N. Ill. U. L. Rev.* 89, 1998, pp. 89-93.

reforzar o recrear el estigma de la diferencia. En el caso de las licencias, al igual que en la protección de los fueros maternales, si estos tratos específicos no fueran dispensados, las mujeres podrían sufrir el desempleo o la pérdida de salarios y promociones. Pero, al mismo tiempo, el reconocimiento de una licencia por maternidad podría producir efectos negativos como la marginación de las mujeres de ciertos empleos. La propuesta de Minow para superar estos dilemas ha sido intentar construir una alternativa que no re-victimice a las mujeres. Para hacerlo ofrece una concepción relacional de la diferencia. Esta concepción propone, por ejemplo, el siguiente interrogante: ¿por qué las mujeres embarazadas son tratadas como diferentes —como desviaciones de la norma— cuando tantas mujeres se embarazan en algún punto de sus vidas? ¿De quiénes son diferentes y por qué las vidas de los otros trabajadores son consideradas como el estándar?

El debate feminista en Latinoamérica se ha actualizado a partir de la presentación de proyectos legislativos y, en algunos casos, con la sanción de nuevas leyes que proponen modificar la extensión de las licencias por maternidad, extenderlas a la paternidad y combinar ambos permisos con finalidades diversas y, a veces, contrapuestas, como la promoción de condiciones más igualitarias en el empleo de varones y mujeres, el avance hacia una mayor igualdad en la distribución del cuidado de niños en la familia, o la defensa del derecho de madres y niños a un período más extenso de contacto durante el amamantamiento.

A continuación algunas de las reformas legales propuestas o aprobadas. En el 2002 Colombia reformó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya redacción original establecía:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

Sin embargo, en la sentencia C-273 de 2003, la Corte Constitucional declaró inexecutable algunas de las expresiones del tercer párrafo, que quedó redactado de la siguiente manera: “La licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera”.

Por su parte, Chile sancionó la ley 20047 de 2005 que establece, en su única disposición, una reforma al artículo 195 del Código del trabajo:

Sin perjuicio del permiso establecido en el artículo 66, el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable.

Los siguientes extractos ilustran también en el caso de Chile algunas de las referencias sobre permisos parentales en el “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado”.

**Artículo 5. Protección de los derechos de maternidad y responsabilidades parentales**

a. Garantizar estrictamente el cumplimiento de las normas de protección a la maternidad.

b. Diseñar medidas para que las mujeres embarazadas, ante igualdad de condiciones con otros funcionarios, puedan optar por no cumplir sus jornadas durante el trabajo nocturno.

c. Identificar y/o desarrollar formas de flexibilización de los permisos que se otorgan a la madre para dar alimentación a sus hijos.

d. Difundir e instar al ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los padres trabajadores, respecto de sus responsabilidades parentales, en especial las licencias para el cuidado del hijo enfermo y demás establecidas en las Normas de Protección a la Maternidad contempladas en el Código del trabajo.

**Artículo 6. Conciliación de responsabilidades laborales con obligaciones familiares**

a. Fomentar iniciativas destinadas a compatibilizar las responsabilidades laborales y parentales de hombres y mujeres.

b. Fomentar, en la medida que ello sea compatible con las necesidades del servicio, mecanismos alternativos de distribución de jornada, que faciliten el cumplimiento de las responsabilidades parentales de ambos progenitores.

c. Propender, de forma que sea compatible con las necesidades del servicio, que tanto la organización de los procesos de trabajo como la participación en actividades de capacitación no impidan o restrinjan el cumplimiento de las responsabilidades parentales.

**Corte Constitucional de Colombia**

**Sentencia C-152 de 2003**

**Problema jurídicos**

El hecho de que la licencia de maternidad esté a cargo de un fondo financiado por diversas fuentes, mientras que la licencia de paternidad sea asumida totalmente por la entidad prestadora de salud, ¿vulnera el derecho a la igualdad? ¿La maternidad y la paternidad ameritan el mismo trato jurídico?

**Hechos**

La ley 755 de 2002, o Ley María, que modifica el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo de Colombia, relativo a las licencias remuneradas de maternidad y paternidad por nacimiento, es objeto de una demanda de inconstitucionalidad. La demanda argumenta que viola el artículo 13 de la Constitución Política, referida al derecho fundamental a la igualdad, y por otro lado los artículos 158 y 169 de la misma Carta, sobre la unidad de materia en la ley. Los actores consideran que la expresión “Ley María”, contenida en el título de la ley 755 de 2002, vulnera el principio de la unidad de materia pues, el título, según el artículo 169 de la Carta Política, debe delimitar el contenido de la ley que precede para que desde el principio las normas puedan ser conocidas, exigidas y aplicadas. La expresión, según su entender, no cumple con esa finalidad, y por ello solicitan que sea declarada inexecutable.

**Decisión**

La Corte resolvió declarar executable las expresiones “Ley María”, y “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS”.

**Extractos**

Los demandantes acusan la expresión “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS” contenida en el inciso quinto del artículo 1° de la ley 755 de 2002,

por vulnerar el artículo 13 de la Constitución Política. Consideran que se da un trato discriminatorio a las Empresas Promotoras de Salud, en la medida en que la licencia de maternidad corre por cuenta del Fondo de Solidaridad y Garantías, mientras que la licencia de paternidad debe ser financiada por las EPS, lo que atenta contra el equilibrio financiero de las mismas. La Corte encuentra que este cargo no ha de progresar por las razones que se exponen a continuación, por lo que se declarará inexecutable la disposición parcialmente demandada.

En materia de la regulación del servicio público de seguridad social, el legislador goza de una amplia potestad de configuración normativa. La ley, por decisión constituyente, establece los términos en que dicho servicio público debe ser prestado, en sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad (artículo 48 de la Constitución). En desarrollo de dichos principios, el legislador puede reconocer determinadas prestaciones sociales —por ejemplo una licencia remunerada de paternidad de cuatro días si el padre cotiza al sistema de salud o de ocho días si el padre y la madre son cotizantes (artículo 1 de la ley 755 de 2002)—, así como colocar en cabeza de determinadas personas las obligaciones correspondientes, como la de financiar dicha prestación. Para la Corte es claro que la amplia potestad legislativa en materia de seguridad social, que incluye el régimen de licencia de paternidad en caso de alumbramiento, tiene como límite los preceptos constitucionales, en especial el deber de respetar los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad.

Los actores aducen que colocar en cabeza exclusiva de las EPS la obligación de financiar la licencia remunerada de paternidad viola la igualdad, ya que en el caso de la licencia de maternidad tal obligación recae en un fondo alimentado con recursos de otras fuentes de financiación. Los demandantes parten de la premisa según la cual el legislador debe tratar igual las situaciones similares, por lo que al no hacerlo, ni contar para ello con una justificación razonable, viola el principio de igualdad. Para que tal cargo pudiera progresar, sería necesario demostrar que ambas situaciones —la maternidad y la paternidad— eran similares de forma que exigieran un mismo trato jurídico, o que en todo caso no existía razón alguna para justificar la diferencia de trato.

Los demandantes no demostraron la existencia de una violación del principio de igualdad por parte del legislador al asignar la obligación de financiar la licencia remunerada de paternidad en las EPS. Esto porque la situación en que se encuentra la mujer que da a luz —recuperación física, amamantamiento, etc.— no es la misma que la del padre, pese a que las licencias de maternidad y paternidad tengan en común el hecho del nacimiento del menor. No siendo similar la situación que se regula (maternidad y paternidad) en uno y otro, tampoco está demostrada la premisa inicial sobre la que se construye el cargo de violación de la igualdad, a saber, el trato jurídico diferente e injustificado de situaciones iguales. Por ello, el legislador en el ejercicio de su potestad de configuración normativa en materia del servicio público

de seguridad social podía regular diferentemente el sistema de financiación de la licencia de paternidad frente al hecho del nacimiento, sin contar para ello con una restricción especial derivada del principio de igualdad.

Observa además la Corte que tampoco se ha logrado demostrar un trato discriminatorio en contra de las EPS. Todas las EPS están igualmente obligadas a financiar, cumplido el deber de cotización establecido por la ley en cabeza del padre, la licencia de paternidad, cuyo término es de cuatro días en caso de ser aquél el único cotizante o de ocho días si el padre y la madre aportan directamente al sistema de salud. Es de anotar que la licencia de maternidad se prolonga, por su parte, a ochenta y cuatro días (12 semanas), diferencia de trato jurídico que muestra la diversidad de las situaciones reglamentadas por el legislador.

No encuentra la Corte discriminación alguna en la disposición parcialmente demandada respecto de las Empresas Promotoras de Salud. En la regulación del régimen de licencias por el nacimiento de un menor el legislador goza de una discrecionalidad que, no siendo absoluta dada su limitación por otras normas constitucionales, sí implica un margen suficiente de configuración de la política pública con miras a establecer la estructura, la organización y el funcionamiento del sistema de seguridad social, en especial la determinación de las personas o entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestación.

Por último, advierte la Corte —acogiendo uno de los argumentos de la ponencia original—, que el juicio de constitucionalidad implica el cotejo entre una disposición de rango legal y la Constitución, y no entre disposiciones legales como pretenden los demandantes al comparar [...] la ley 755 de 2002 (artículo 1) y la ley 100 de 1993 (artículo 20).

#### **Artículo 207. De las licencias por maternidad**

Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización (UPC), en lo que respecta a las licencias de paternidad y maternidad, respectivamente.

#### **Análisis del cargo contra la expresión “Ley María” contenida en el título de la Ley 755 de 2002**

El cargo que una de las demandas acumuladas dirige contra la expresión “Ley María” contenida en el título de la ley 755 de 2002, “por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo-Ley María”, se relaciona con el presunto desconocimiento del principio de unidad de materia (artículos 158 y

169 C.P.), porque tal expresión no tiene relación alguna con el contenido de la ley sobre la licencia remunerada de paternidad que modifica un artículo del Código laboral. La Corte observa, sin embargo, que la utilización de nombres propios para la identificación de una ley, en este caso el nombre de “María”, plantea cuestiones constitucionales adicionales que deben ser abordadas en la presente oportunidad, a saber: ¿Pueden las leyes tener nombre y, en caso de tener un nombre determinado, debe éste, a pesar de carecer de contenido normativo propio, ajustarse a la Constitución? ¿Vulnera los principios de pluralismo (artículo 1 C.P.) y diversidad cultural (artículo 7 C.P.) o la libertad religiosa y de cultos (artículo 19 C.P.), la decisión legislativa de identificar una ley con el nombre de “Ley María”? ¿La expresión “Ley María” infringe el principio de la unidad de materia (artículos 158 C.P.)? ¿Pueden las leyes tener nombre? ¿Puede el nombre de una ley vulnerar la Constitución? [...] Así las cosas, para determinar si el nombre dado a una ley vulnera la Constitución, es necesario aplicar un examen constitucional que permita establecer cuándo la acción estatal —aquí mediante la subtitulación de la ley hecha por el Congreso de la República— desconoce los límites antes expuestos o, en general, una norma constitucional. Esto último sucede cuando el subtítulo de la ley, por su carácter de criterio interpretativo de la normatividad que precede, es contrario al contenido de los preceptos constitucionales o supralegales, en este caso, de las leyes estatutarias y orgánicas a las cuales está sujeta la actividad ordinaria del legislador. Es por ello que antes de realizar el juicio de constitucionalidad de cara al contenido de los preceptos constitucionales que podrían verse lesionados por la expresión “Ley María”, la Corte aborda el examen de una posible vulneración de la Constitución por desconocimiento de las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, ley 5ª de 1992.

*El título de la ley 755 de 2002 no desconoce la ley 5ª de 1992 [...]*

Pasa la Corte a analizar si la expresión “Ley María” desconoce algún precepto constitucional sustantivo, en particular si es contraria a los principios de pluralismo, diversidad cultural y de separación entre las Iglesias y el Estado así como si respeta el principio de unidad de materia establecido en la Constitución.

La identificación de una ley con el nombre de “Ley María” no vulnera los principios constitucionales de pluralismo, diversidad cultural y separación entre las iglesias y el Estado. [...] El principio de separación entre las iglesias y el Estado exige neutralidad de las autoridades frente a las manifestaciones religiosas e impide que el Estado adhiera o promueva una religión. [...]

#### **Examen de constitucionalidad de la expresión “Ley María”**

A partir de lo dispuesto en la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corporación, entra la Corte a establecer si la denominación de “Ley María” vulnera algún

precepto constitucional, en particular los principios de pluralismo religioso y separación entre las iglesias y el Estado. El problema es relevante dado que el nombre de María puede ser asociado por sectores de la comunidad nacional a la madre de Jesús, según la religión católica. Cabe preguntarse si le estaba vedado al legislador emplear ese nombre para subtitular la ley 755 de 2002.

Para abordar esta cuestión es preciso identificar los criterios jurisprudenciales relativos a lo que le está prohibido hacer al Congreso de la República cuando adopta una decisión que podría llegar a tener alguna implicación desde una perspectiva religiosa.

Estos criterios cumplen la función de trazar la línea entre lo permitido y lo prohibido en este campo. Así, está constitucionalmente prohibido no sólo 1) establecer una religión o iglesia oficial, sino que 2) el Estado se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión o 3) que realice actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia. Estas acciones del Estado violarían el principio de separación entre las iglesias y el Estado, desconocerían el principio de igualdad en materia religiosa y vulnerarían el pluralismo religioso dentro de un Estado liberal no confesional. No obstante tampoco puede el Estado 4) tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa, mucho menos si ella constituye la expresión de una preferencia por alguna iglesia o confesión, ni 5) adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial real sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular frente a otras igualmente libres ante la ley. Esto desconocería el principio de neutralidad que ha de orientar al Estado, a sus órganos y a sus autoridades en materias religiosas. No significa lo anterior que le esté vedado al Estado entablar relaciones con las iglesias y confesiones religiosas. Lo que prohíbe la Carta es que las entable con unas y no con otras igualmente protegidas en su dignidad y libertad por la Constitución, si éstas quieren entablarlas en ejercicio de su autonomía.

Ahora bien, puede presentarse el caso de que una decisión estatal respete los criterios anteriores, pero tenga una connotación religiosa. Fue lo que sucedió, por ejemplo, cuando mediante normas legales se señalaron los días festivos y éstos coincidieron con fechas religiosas católicas. Esta Corte, como ya se recordó, declaró exequibles las normas legales por las razones arriba indicadas. Resalta la Corte que en dicho caso sólo algunos días de descanso fueron denominados con un nombre religioso, aunque para la comunidad muchos de ellos estuvieran claramente asociados a fechas religiosas católicas. Aun cuando la tradición religiosa católica era la única justificación de algunos de tales días, dicha justificación no era necesaria ni única, puesto que varios días festivos corresponden, por ejemplo, a momentos históricamente significativos, como una batalla por la independencia o un hito en la historia política de la nación colombiana. De tal manera que 6) las connotaciones religiosas constitucionalmente prohibidas son las que tienen ciertas características: son únicas y necesarias, y por lo

tanto, promueven una determinada confesión o religión. Por el contrario, no le está vedado al legislador adoptar decisiones que ofrecen varias interpretaciones seculares o ajenas a cierta religión específica, así para algunos miembros de la sociedad, desde su propia perspectiva, dicha decisión pueda tener connotación religiosa.

[...]

En el presente proceso, se ha argumentado que el subtítulo Ley María desconoce tres de los criterios anteriormente enunciados, el tercero (adhesión a una religión), el cuarto (finalidad religiosa) y el sexto (connotación religiosa única y necesaria).

De verificarse cualquiera de estas tres hipótesis se vulnerarían los principios de pluralismo religioso, de neutralidad oficial y de separación entre la Iglesia católica y el Estado.

En cuanto a los propósitos del legislador, si ellos son explícitos para promover o beneficiar a una religión o iglesia en particular frente a otras, o si, pese a no ser explícitos, tienen dicho impacto primordial como efecto, esto es, perjudican a otras confesiones religiosas, entonces la conclusión no puede ser otra que la inconstitucionalidad de la medida por desconocimiento de los principios y derechos constitucionales arriba citados. Ahora bien, tal situación contraria a la Constitución se configura claramente cuando el Estado se identifica formal y explícitamente con una religión o creencia, o la intervención estatal hace oficial la adhesión del Estado a una religión. Tal es el caso que se presentó en la sentencia C-350 de 1994 en relación con la consagración del país por el Presidente de la República en funciones al Sagrado Corazón de Jesús en ceremonia oficial. Finalmente, si como se afirmó arriba, el título de la ley tiene una única y necesaria connotación que hace indudable la finalidad legislativa de promover o beneficiar una religión o iglesia sin respetar la igualdad de trato garantizada en el artículo 19 de la Constitución, dicha intervención desconoce los mandatos constitucionales y debe, por ese hecho, excluirse del ordenamiento.

#### **Finalidad del legislador**

En la ponencia para primer debate al proyecto de ley número 65 de 2001-Cámara, por el cual se modifica el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo, el congresista ponente incluyó la siguiente proposición:

Se solicita además cambiar el título así: Este proyecto de ley se denominará Ley María. Se quiere con este nombre rendir un homenaje a las madres colombianas, a la madre eterna y a la pequeña María cuyo nacimiento ha inspirado todas las recientes manifestaciones de apoyo a este proyecto y a la defensa del derecho preferente de los niños colombianos. (Gaceta del Congreso 465, miércoles 19 de septiembre de 2001, p. 11).

Se refería el ponente a la recién nacida María, hija de Juan Lozano Ramírez, quien promoviera activamente la licencia de paternidad. La niña María es la primogénita

de este conocido periodista quien, en su función de Consejero Presidencial para la Familia, la Mujer y la Niñez, defendiera en diversos foros públicos la iniciativa de establecer una licencia de paternidad.

Tres son los propósitos que adujo el ponente al subtítular la ley 755 de 2002 con el nombre de “Ley María”, cuerpo normativo que introdujo en nuestra legislación la licencia de paternidad: homenajear a las madres de Colombia, a la madre eterna y a la pequeña “María”. Analizadas tales finalidades la Corte encuentra que con ellas no se crea una ventaja a favor de determinada iglesia o religión, el Estado colombiano no se identifica formal y explícitamente con una religión o credo, ni adhiere oficialmente a ninguna fe religiosa, ni el nombre de “María” tiene una única y necesaria connotación que torne a la ley, por vía de su título, en vehículo de promoción de determinada fe religiosa.

En cuanto a los propósitos de rendir homenaje a todas las madres de Colombia y a una pequeña acabada de nacer, la Corte encuentra que ellos no contravienen los preceptos constitucionales. El primero por su grado de generalidad —homenaje a todas las madres colombianas— respeta la igualdad de todos ante la ley. Por su parte, el homenaje a una persona determinada, tampoco presenta problemas de constitucionalidad: el propósito de homenajear a una determinada persona natural no era el fin exclusivo ni principal de la ley, sino más bien una manera de promocionarla mediante su identificación con un nombre propio ampliamente difundido dentro de la población colombiana, fácil de recordar y asociado al fin último de dicha normatividad, como es el bienestar de los recién nacidos en Colombia.

Por su parte, con respecto al homenaje a la “madre eterna” pretendido por la ley, se pregunta la Corte si con ello se vulnera el principio de pluralismo religioso. Ello en razón de la presunta utilización de una ley, propiamente de su subtítulo, para promover una determinada fe religiosa como habría sucedido, por ejemplo, en el caso de la consagración del país al Sagrado Corazón de Jesús por parte del Presidente de la República, norma que fuera declarada inexecutable por esta Corporación mediante sentencia C-350 de 1994. Tal cuestionamiento presume que la mención a la “madre eterna” se refiere a la “Virgen María”, y que con ello se busca promover, en forma explícita y exclusiva, la religión cristiana, particularmente la católica, en desmedro de otras confesiones religiosas, así como borrar las fronteras que en la Constitución se erigen entre iglesia y Estado.

No comparte la Corte la anterior apreciación. Es claro para la Corporación que la titulación de la ley con el nombre de “Ley María” no tuvo como propósito la mención a la “madre de Cristo”, propia de la religión cristiana. De hecho, el nombre “madre eterna” no es usual para referirse a la “virgen María” dentro de dicha tradición. Por el contrario, el concepto de “madre eterna” para muchos está asociado a cosmovisiones que ven en la tierra a la madre eterna o por lo menos atribuyen a la tierra ser la partera de todo lo existente en este planeta. Además, el que una de las

connotaciones posibles del nombre utilizado, “María”, como subtítulo de la ley, sea la “madre de Cristo”, no quiere significar que otras connotaciones de tal nombre queden excluidas; por el contrario, la exposición de motivos para primer debate en la Cámara de Representantes aduce explícitamente dos connotaciones más: el nombre de pila de una recién nacida y las madres colombianas cuyo nombre, simple o compuesto, más común es el de María, como dadoras y protectoras de vida.

A diferencia del artículo 2 de la ley 1ª de 1952, que consagraba oficialmente al país a una fe religiosa por intermedio del Presidente de la República, norma contraria a los principios de pluralismo religioso y de igualdad de las diferentes confesiones religiosas ante la ley y que devino inconstitucional (Sentencia C-350 de 1994) a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, el título de la ley 755 de 2002, por sus múltiples connotaciones, no favorece o promueve una determinada fe religiosa ni se adscribe oficialmente a determinadas creencias. Es claro entonces que el propósito del subtítulo “Ley María” dado a la ley 755 de 2002 no fue uno único y exclusivamente dirigido a promover una fe religiosa, por lo que con ello no se ha desconocido principio ni derecho alguno de orden constitucional.

No sobra advertir que aun cuando Colombia es un Estado con orientación predominantemente laica, basado en el pluralismo religioso que ofrece también respeto a las minorías religiosas en pie de igualdad, no es un Estado anticlerical. Los derechos fundamentales a la libertad de creencias, de religión y de culto, pero por sobre todo la igualdad de las confesiones e iglesias ante la ley (artículos 18 y 19 C.P.), exigen de las autoridades públicas una actitud respetuosa y dispuesta a garantizar su pleno ejercicio en igualdad de condiciones, lo que implica incluso la posibilidad de otorgar beneficios, siempre y cuando se aseguren a las demás confesiones religiosas e iglesias las mismas oportunidades.

La finalidad última de subtitular una ley con un nombre ampliamente conocido es la de divulgarla y promoverla para asegurar así su eficacia, en especial respecto del goce efectivo de los derechos (artículo 2 C.P.). Tal es el caso en relación con la licencia de paternidad que puede ser exigida por todo padre al momento del nacimiento de sus hijos, sin discriminación alguna por razones de religión. No sólo los padres católicos tienen derecho a esta licencia. Todos los padres que cumplan los requisitos de ley, sin importar si tienen o no creencias religiosas o cuáles sean éstas, podrán exigir la licencia. Un padre católico que no cumpla tales requisitos, como le sucedería a cualquier otro padre que profese otra religión, no podrá solicitar dicha licencia.

[...]

**La expresión “Ley María” no infringe el principio de la unidad de materia (artículos 158 y 169 C.P.) [...]**

En resumen, la Corte concluye que darle nombre a una ley, mediante un subtítulo, en este caso “Ley María” —cuando dicho nombre no desconoce los requisitos es-

tablecidos en la Constitución y la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, en especial, cuando no es discriminatorio, no sustituye el número de la ley, no olvida la referencia a su contenido, no carece absolutamente de relación con el contenido de la ley, y no constituye una ley de honores, sino lo que busca es la promoción y difusión de la ley mediante el uso de un nombre genérico de amplia recordación—, no desconoce los preceptos constitucionales, en particular el principio de unidad de materia.

[...]

Como la razón de ser de este subtítulo es facilitar la divulgación de la licencia de paternidad como medio para hacer efectivo el derecho de los menores al cuidado y al amor, todas las personas podrán exigir su cumplimiento invocando este subtítulo, o el número oficial de la ley, sin que los obligados a reconocer la licencia cuando se cumplan los requisitos de ley, ni las autoridades, puedan argumentar que desconocen cuál es la “Ley María” y cuáles son los derechos que protege.

**Cámara del Trabajo de Bariloche, Río Negro, Argentina**

**M. C. M. V. y otro**

**11 de mayo de 2006**

**Problema jurídico**

¿Debe reconocérsele a la madre adoptante el permiso de licencia por maternidad y el pago de las contribuciones correspondientes con cargo a la seguridad social?

**Hechos**

La señora María C. M. V. y el señor Julio Alberto Raiman adoptaron un niño. El establecimiento donde trabaja la primera se negó a otorgar la licencia por maternidad, y en consecuencia María C. M. V. presentó una acción de amparo para obtener ese reconocimiento y el pago de las compensaciones correspondientes.

**Decisión**

No se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contemplados para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces. Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen. También corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

**Extractos**

[...]

Impuesto a la acción el trámite de estilo, se requirió informe a la accionada y al ANSES, recibiendo únicamente respuesta de este Organismo (fs. 12), el cual se remite a las disposiciones legales vigentes que no [...] contemplan la licencia por maternidad en el supuesto de adopción. Agrega que únicamente se encuentra contemplada la Asignación Familiar por adopción, que se abona una vez que se presenta la sentencia definitiva de adopción. Así planteada la cuestión, quedaron los autos en estado de resolver.

Una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de los habitantes ante la ley, prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, siendo también un valor consagrado en su art. 14 bis, en los tratados de Derechos Humanos incorporados a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y en la Constitución Provincial (arts. 31 a 33) la protección del trabajo en sus diversas formas, el amparo de la familia y el cuidado de los hijos, tomado esto no sólo como obligación de los padres sino con el carácter de responsabilidad social, debiendo entenderse que el ámbito de dicho ordenamiento no se limita a la familia biológica sino que se extiende a los vínculos adoptivos.

[...]

Relativo a la cuestión, tenemos que:

a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere que los Estados partes reconocen la necesidad de conceder a las familias la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución (artículo 10).

b) Además la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece en su artículo 11 que los Estados partes tomarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, para asegurar bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad.

c) La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 18 que los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones.

d) Asimismo, la Argentina ha aprobado el Convenio N° 156 sobre la "Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares" (OIT) que en su artículo 3 establece que "las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales". Esto se ve ratifi-

cado por lo dispuesto en el artículo 7 cuando refiere que deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, por último agrega que las responsabilidades familiares no deben constituir de por sí una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo (artículo 8).

e) También debe citarse a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer —celebrada en Beijing en 1995—, donde se recepta la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, que exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. Luego, señala que es necesario que los Estados partes adopten medidas especiales (artículo 4, inc. 2), como garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y las mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (artículo 5, inc. b) y alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo (artículo 11, inc. 2, c). En igual sentido en el artículo 16 (inc. b y f) establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares y en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores y como adoptantes, en materias relacionadas con sus hijos.

Contempla también (en congruencia con lo mencionado en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer)

[...] la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres respecto del trabajo y la familia, para lo cual los gobiernos deberán adoptar medidas para asegurar, ya sea mediante leyes, incentivos o estímulos, que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias por maternidad o paternidad, promoviendo que las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia sean en pie de igualdad.

f) La República Argentina ha aprobado en 1986 el "Convenio 156 sobre la Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares" que en su artículo 3 establece que "las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto

entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (ratificado por lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 10).

Lo mencionado hasta aquí es consecuente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece en su artículo 18 que “los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones”.

g) Y se ha expedido especialmente sobre la cuestión la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (88ª reunión, vigente desde el año 2002).

Se sostuvo en el mismo “la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño”, tomando nota de los distintos convenios internacionales y declaraciones relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras.

En particular, se contempló un “Proyecto de ley de licencias indistintas para maternidad/paternidad, adopción y enfermedad de los hijos y las hijas”, equiparando el vínculo biológico con el adoptivo.

[...] Debe concluirse que las normas reseñadas tienen un objetivo común que apunta a la adopción de medidas que permitan a los trabajadores satisfacer adecuadamente las funciones y obligaciones concernientes a su vida familiar, protegiendo especialmente a la mujer de las prácticas discriminatorias por su condición de madres, previendo a tales efectos la licencia por maternidad que les garantice la estabilidad en el empleo cuando tengan hijos.

Y es indudable, como ya se advirtiera en la resolución cautelar dictada a fs. 6 que las normas de protección de la maternidad no pueden ser consideradas únicamente como tuitivas de la madre, sino que apuntan también a tutelar al niño en la cobertura de las necesidades propias de todo recién nacido, constituyendo un deber ineludible de los jueces tutelar tales derechos esenciales —consagrados por la Constitución Nacional, Provincial y tratados internacionales—.

En el supuesto que nos ocupa se encuentran afectados seriamente los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción. En efecto, aparece como absolutamente injusta y discriminatoria la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación, con fundamento en las leyes vigentes (fs. 12).

Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia [...]. Por consiguiente, no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contemplados para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces.

La equiparación de la maternidad biológica y la maternidad adoptiva no admite punto de discusión alguno desde la lógica de la razón y el sentido común, y la ausencia de una norma expresa en tal sentido dentro de nuestra legislación no impide que se aplique en ambos casos el mismo régimen laboral, correspondiendo al órgano judicial cubrir el vacío legal en la materia. Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones —de acuerdo a lo previsto por los arts. 323 y 329 del Código civil—. Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen.

De esa forma se le permite ejercer en plenitud y en condiciones de igualdad su derecho-deber de madre y se respeta el derecho esencial del recién nacido a tener la posibilidad de recibir los mismos cuidados y atención que un hijo biológico. Es que, en definitiva, la vía por la cual se llega a ser padre o madre es algo secundario al momento de analizar los derechos derivados del vínculo filial, debiendo garantizarse su goce en un plano de igualdad.

[...] Finalmente, es necesario advertir —por razones prácticas y de economía procesal y mas allá de que no integrara puntualmente el objeto de la pretensión— que también corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

Por lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, resuelve:

- I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida en autos.
- II) En consecuencia, declarar que la señora María C. M. V. tiene derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción del menor individualizado en la sentencia acompañada a fs. 1/2.
- III) Señalar, asimismo, que a los amparistas les corresponde el derecho a percibir las asignaciones que confieren los sistemas de seguridad social respecto de los hijos biológicos.

*Cuestiones a debatir*

En el debate de la década del setenta sobre las licencias por maternidad reseñado más arriba, algunas feministas liberales objetaban las licencias por ver en ellas el potencial de perjudicar la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo. En cambio, los debates feministas más recientes han tratado de proponer diseños de las licencias por maternidad y paternidad que sirvan para promover la igualdad. Arreglos como la licencia por paternidad obligatoria por plazo idéntico a la de la licencia por maternidad son algunas de las propuestas que las feministas han ofrecido para utilizar las licencias en la búsqueda de la transformación de la división sexual del trabajo.<sup>83</sup>

Algunas feministas culturales, sin embargo, insisten en la profundización del trato diferente y proponen la extensión de las licencias por maternidad existentes para incorporar en la definición del plazo, como variable, la práctica del amamantamiento más prolongado que fomenta la medicina por su impacto en la salud de los niños. No sólo parir, recuperarse del parto y desarrollar los primeros contactos con la prole son actividades por las que las mujeres deben recibir reconocimiento, sino que además se deben crear las condiciones propicias para que las mujeres puedan amamantar a sus hijos regularmente por un período más prolongado que los primeros sesenta o noventa días que en general reconocen los permisos por maternidad. Y para perseguir estos objetivos con decisión, los permisos para amamantamiento que reconocen muchas legislaciones no eran suficientes.

Las diferentes propuestas feministas parecen coincidir, no obstante, en la necesidad de prolongar las muy escuetas licencias por paternidad y así promover la presencia del padre en el hogar durante los primeros días de vida de los niños y reforzar el reconocimiento simbólico de su rol. Claro que las mismas propuestas parten aguas a la hora de definir el plazo de esa extensión y la obligatoriedad para el padre de gozar de la licencia. Algo parecido sucede cuando se debate la necesidad de acentuar los argumentos para justificar las licencias en los derechos de los niños. Aquí no todas las feministas se alinean con grupos de activistas como los que promueven las licencias maternas y paternas como instrumento para la defensa de los intereses de los niños.

Para completar los debates contemporáneos, es necesario introducir la definición de las licencias a las madres y los padres adoptivos. En este caso, es importante tener en mente que cuando los argumentos que se utilizan para fundar el derecho de madres y padres a los permisos hacen énfasis en los aspectos vinculados al amamantamiento o a la recuperación del embarazo y el parto, se

<sup>83</sup> Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, op. cit.

debilitan las razones para otorgar un trato igualitario a los padres no biológicos. Una justificación de los permisos basada en una conceptualización más compleja de la maternidad, que la puramente biológica, es defendida por muchas feministas.

Claro que la discusión de éstas y otras propuestas también adquiere perspectivas diferentes según quien queda a cargo del pago de las licencias, ya que es sabido que los permisos por maternidad son justamente una de las variables que alimenta la mentira del mayor costo que para los empleadores implica el tener mujeres de empleadas. En los países en los que el Estado o los servicios de la seguridad social se encargan de cubrir los costos de las licencias, la cuestión no es tan compleja como cuando el empleador es quien debe enfrentar el pago. En estos casos, los reclamos de las feministas universalistas contra las licencias parecen recobrar fuerza: la sobrecarga para el empleador puede influir negativamente en la definición del costo del empleo de las mujeres y promover la discriminación en el acceso o la promoción en el empleo.

Algunas afirmaciones clásicas sobre la carga a los empleadores de “ciertos costos del trabajo femenino” se pueden encontrar en el siguiente extracto del provocador juez Richard Posner:

El punto en el que el libertario tiene la aptitud de separarse del liberal o la feminista radical en el ámbito del empleo se presenta sobre la cuestión de si los empleadores deberían ser forzados a subsidiar a las empleadas, al verse obligados a ofrecer una licencia por maternidad o beneficios por embarazo, u omitir datos como la mayor longevidad de las mujeres al definir los beneficios de las pensiones. Todo ello, en la medida en la que las mujeres trabajadoras incurren en mayores gastos que los hombres (fundamentalmente aunque no sólo debido al embarazo), o son más longevas que los varones. Entonces el empleador no debería ser obligado a pagar el mismo salario y a proveer el mismo paquete de beneficios. (Por supuesto, en la medida en la que las mujeres imponen menos costos —por ejemplo, las mujeres parecen más cuidadosas sobre la seguridad que los hombres, y por lo tanto son menos tendientes a sufrir accidentes de trabajo— tienen derecho a un salario proporcionalmente mayor o a beneficios más extensos.) Esto no quiere sugerir —lo que sería absurdo— que las mujeres tienen que ser culpadas por embarazarse o por vivir más que los varones. Es simplemente sugerir que podrían ser trabajadoras más costosas y que, si así fuera, la disparidad en los costos debería verse reflejada en su compensación neta. Si esta disparidad no se refleja, entonces los trabajadores varones están siendo víctimas de discriminación en el mismo sentido en el que las mujeres serían discriminadas si recibieran un salario menor que varones igualmente productivos (y no menos costosos). Lo que es salsa para el ganso debería ser salsa para la gansa. Algo más que la simetría está involucrado; veremos enseguida que las leyes diseñadas para mejorar el bienestar

de las mujeres podrían resultar un boomerang, parcialmente aunque no en su totalidad debido a la independencia económica de las mujeres y los varones.

Anticipo tres objeciones a mi análisis. La primera es que al hablar del subsidio de los empleadores hacia las mujeres estoy tomando como una referencia arbitraria los costos y la performance de los varones trabajadores. No es así. Consideremos a una mujer empleadora en una sociedad hipotética dominada por las mujeres cuya fuerza de trabajo es enteramente femenina. Un varón presenta una solicitud para obtener un trabajo. Exige un salario más alto justificando su reclamo en que la experiencia muestra que el varón empleado promedio cuesta menos desde el punto de vista médico de lo que cuesta la mujer trabajadora promedio. Si la empleadora se niega a pagarle un salario mayor, entonces, asumiendo que este trabajador es tan bueno como el promedio de las trabajadoras mujeres, entonces la empleadora estará discriminándolo. Esto debería responder la segunda objeción —que la naturaleza debería ser autorizada a determinar los resultados sociales—. Estoy de acuerdo con que la ley natural no impone la conclusión de que las mujeres deberían ser penalizadas en el mercado o en cualquier otro lugar por ser más longevas o por incurrir en costos mayores que los hombres en promedio. Pero tampoco existe ninguna razón por la cual los varones debieran ser penalizados por ser menos longevas que las mujeres siendo obligados a pagar a las mujeres una pensión por más tiempo. La cuestión debería ser librada al mercado.

La tercera objeción a mi análisis consiste en que, al sugerir que el empleador sea autorizado a hacer diferenciaciones justificadas en las diferencias de costo basadas en el sexo, estoy implicando necesariamente que él debería tener permitido tratar a los empleados como si fueran miembros de grupos cuyas características promedio el empleado puede no compartir, más que como individuos. Esto es cierto. Algunas mujeres mueren antes que los varones, al igual que algunas mujeres son más altas que algunos varones. La diferencia es que mientras es obvio al inspeccionar que una determinada mujer es más alta que ciertos hombres —y entonces sería absurdo que un empleador implementara (asumamos lo válido) un requisito de altura mínima de 5 pies y 8 rechazando recibir aplicaciones de mujeres—, no es obvio que las mujeres empleadas no vivirán más que los varones.<sup>84</sup>

### Preguntas

1. ¿Cuáles son los términos y condiciones de la regulación de los permisos parentales en su país? ¿Cuál es la extensión de las licencias por maternidad y paternidad? ¿Se extienden a todas las mujeres trabajadoras formales, incluyendo a las empleadas en relación de dependencia y a las trabajadoras independientes

que contribuyen a la seguridad social? Si existe algún tipo de diferencia entre estos dos tipos de trabajadoras, cuál es la justificación para el trato desigual? ¿Se han reformado recientemente las normas sobre licencias parentales? ¿Cuáles han sido los argumentos que justificaron las reformas?

2. Compare las recientes reformas llevadas a cabo en Colombia y Chile con el proyecto de ley para la Argentina. ¿A su juicio, las reformas de Colombia y Chile son el producto de movilizaciones feministas o de otros grupos? En este último caso, ¿qué otros grupos sociales tienen interés en promover estas reformas? ¿Qué visiones feministas puede identificar como sustento de las reformas o propuestas de legislación en los tres países?

3. Revise los artículos 5 y 6 del “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado de Chile”. ¿Existe alguna norma de este tipo o alguna regulación genérica de la igualdad de oportunidades en el empleo público o privado en su país? Si la respuesta es afirmativa, analice si la norma tiene previsiones del tipo de las citadas en Chile y compárelas. ¿A su juicio, este tipo de regulaciones es eficaz? ¿Cómo evaluaría su eficacia?

4. En la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se plantea el problema de dos modelos distintos de socialización de los costos de las licencias paternas y maternas. ¿Cuál es la visión del tribunal sobre la decisión de los legisladores de cargar los costos de la licencia paterna a una entidad diferente del Fondo de Solidaridad y Garantías? ¿Considera que los argumentos esgrimidos por la Corte son aceptables? Si bien el reclamo de inexecutableidad no se funda en un argumento sobre discriminación hacia las mujeres como consecuencia del diseño de cargar los costos de las licencias parentales a las empresas de salud, ¿considera que un planteo con este tipo de argumentos podría haber llevado a la Corte Constitucional a tomar una decisión distinta?

5. En la sentencia se analizan además los argumentos esgrimidos por el legislador de la Ley María para titular la norma como tal. ¿Cómo evaluaría, desde una perspectiva feminista liberal o cultural, los argumentos que justifican la elección del título? Examine los argumentos de la Corte para fundar su aceptación del título de la ley e identifique cuál de esos argumentos podría ser caracterizado como un argumento feminista cultural y cuál como un argumento feminista liberal o, simplemente, liberal.

6. ¿Qué razones esgrime el tribunal de Bariloche para extender la licencia por maternidad a la madre adoptiva? ¿Qué otros argumentos le parece que podrían haber completado la sentencia? ¿Con qué argumentos podrían cuestionar algunas feministas el resultado de la sentencia de Bariloche?

7. Revise el texto del juez Richard Posner y evalúe críticamente los argumentos que ofrece el autor para rebatir las tres críticas que se podrían hacer a su

<sup>84</sup> Richard Posner, *U. Chicago Legal F.* 191, pp. 195-198. Traducción de las autoras.

posición desde distintas perspectivas feministas. ¿Qué argumentos puede ofrecer para cuestionar las afirmaciones de Posner sobre el “costo del trabajo femenino”? ¿En qué medida las reformas legislativas de Chile y Colombia, con su extensión de la licencia por paternidad, contribuyen a aumentar el costo del trabajo masculino y, por lo tanto, a presentar nuevas objeciones a las ideas de Posner? ¿Cómo evaluaría a la luz de los argumentos de Posner la propuesta de legislación argentina?

### C. TERCER PROBLEMA: TRABAJO Y CUIDADO DE PERSONAS

En el capítulo “Familia” de este libro se tratan algunos de los temas centrales que ejemplifican el impacto de las desigualdades en la división sexual del trabajo doméstico en la familia y su repercusión en la esfera del trabajo. En este capítulo, “Trabajo”, se propone tratar el tema desde la perspectiva de los diseños de políticas laborales sobre cuidado y su impacto diferencial en las mujeres trabajadoras, a pesar de que claramente el cuidado de los niños y adultos no es, en principio, una tarea que sólo puedan llevar a cabo las mujeres.

El abordaje tradicional del cuidado de niños, niñas y otras personas dependientes de los trabajadores ha consistido fundamentalmente en relegar la cuestión al ámbito privado y a cada trabajador. La negociación de estos servicios recae en cada mujer. A pesar de que se trata de una cuestión atinente a las familias en general, y no sólo a las trabajadoras, las desigualdades en la división de las cargas domésticas ha tenido como consecuencia que sean las mujeres las que en la mayoría de los casos tienen la responsabilidad primaria de resolver el problema del cuidado de los dependientes.

Si bien algunas de las legislaciones de la región contienen reglas laborales que exigen la prestación del servicio de guardería ante la presencia de un cierto número de trabajadores o trabajadoras madres, en la práctica existe la percepción generalizada de que el respeto de estas normas es más una aspiración que una realidad.<sup>85</sup>

Por otra parte, se trata de normas difíciles de exigir, aunque algunas sentencias revelan que comienzan a revertirse prácticas instaladas de denegación de derechos reconocidos en los códigos laborales de la región. Finalmente, a veces, las normas están redactadas de forma tal, que el beneficio se reconoce sólo a las

<sup>85</sup> No se encontraron estudios difundidos en el marco latinoamericano sobre la extensión del cumplimiento con las exigencias legales de prestación del servicio de guarderías. Para una revisión comparada de las experiencias de Estados Unidos y Canadá, ver, Meghan M. Thomsen, “The Role of Business and Government in the Provision of Chile Care Assistance: A Comparative Analysis of the United States and Canada”, *17 U. Pa. J. Int'l. Econ. L.* 1209, 1996.

mujeres y se generan otras formas de discriminación: no existen razones por las cuales sólo ellas debieran ser las titulares de este tipo de prestaciones.

Además de los servicios previstos en los códigos de trabajo en los casos en los que existe la presencia de varias mujeres madres, los Estados latinoamericanos tienen redes precarias de servicios de guarderías públicas: las condiciones y recursos destinados a éstas suelen ser exiguos, y la calidad del servicio, por lo tanto, es poco respetada.

Ante la falta de políticas públicas de calidad, los trabajadores y las trabajadoras, pero mucho más estas últimas, se ven obligados a asumir mayores responsabilidades en el cuidado de los niños. Responsabilidades que a veces llegan al abandono del trabajo ante la imposibilidad de delegar el cuidado de los niños en empleadas domésticas, canguros o familiares.

A continuación se presentan algunas sentencias en las que los tribunales de la región han considerado la responsabilidad por la prestación del servicio de guarderías.

#### Corte Suprema de México

##### Sala Segunda, 9ª época<sup>86</sup>

#### Problema jurídico

¿Infringe la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos una norma legal que establece que el monto de la prima para el seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional será del 1% sobre el salario base de cotización, del cual sólo podrá destinarse hasta el 20% para prestaciones sociales?

#### Tesis

El que la norma legal citada prevea que el monto de la prima para el seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional sea del 1% sobre el salario base de cotización, del cual sólo se podrá destinar hasta el 20% para prestaciones sociales no infringe el mandato contenido en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No lo infringe porque este precepto constitucional establece como de utilidad pública la expedición de una Ley del Seguro Social en la que se comprendan, entre otros, los seguros de servicios de guardería y cualquier otro tendiente a la protección y bienestar de los trabajadores y de otros sectores sociales y sus familiares. De manera que si en las disposiciones del capítulo VII del título segundo de la Ley del Seguro Social, vigente a partir del primero de julio de 1997, se prevé la creación del seguro

<sup>86</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, agosto de 2002. Tesis 2ª, XCVII/2002, p. 387. Materia: constitucional, administrativa, tesis aislada.*

de guarderías y de las prestaciones sociales, destinado a cubrir el riesgo de la mujer trabajadora y del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de los hijos, en caso de que durante su jornada de trabajo no pueda proporcionarles los cuidados necesarios en su primera infancia, así como a fomentar la salud, prevenir enfermedades y accidentes y contribuir a la elevación general de los niveles de vida de la población y de los jubilados y pensionados a través de servicios y programas de prestaciones sociales que fortalezcan la medicina preventiva y el autocuidado de la salud, el mejoramiento de su economía y la integridad familiar, además de acciones de salud comunitarias, asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria a través del establecimiento de unidades médicas destinadas a la prestación de estos servicios a favor de los núcleos de población que constituyen polos de profunda marginación rural, suburbana y urbana, determinados por el Poder Ejecutivo Federal como sujetos de la solidaridad social, con ello se cumple el citado mandato constitucional, pues el seguro aludido tiende a garantizar la prestación del servicio de guarderías y de otros con miras a la protección y bienestar de los trabajadores asegurados, sus familiares y otros sectores sociales. Lo anterior no obsta que en el numeral 211, por lo que hace al financiamiento del seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional, se establezca que del mencionado monto de la prima correspondiente se destine hasta un 20% a las prestaciones sociales, ya que la Norma Suprema ordena que es la ley especial la que debe establecer el seguro aludido, de forma tal que corresponde a este último ordenamiento regular la forma, condiciones y régimen de financiamiento aplicable, ello en acatamiento al propio mandato constitucional.

#### Juzgado Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Argentina

Marcela Alejandra Delledonne contra Ministerio de Seguridad,

Policía de la Provincia

13 de mayo de 2004

#### Problema jurídico

¿La falta de reglamentación de la ley que establece el reintegro por guardería es justificación suficiente para eximir a la trabajadora que lo reclama de hacer el reintegro?

#### Hechos

La actora interpuso una acción de amparo contra la Policía de la Provincia de Buenos Aires por la arbitraria denegación del reintegro por guardería. Solicitó que se le ordenara al ente demandado otorgar ese beneficio previsto por la ley, y además el reintegro de lo que a la fecha se le adeudaba por ese concepto. La actora se desempeñaba como policía de la Provincia de Buenos Aires como suboficial inspector.

#### Decisión

El juzgado decide que se le abone al empleador el reintegro del servicio de guardería según lo previsto en la ley 11501, independientemente de la falta de reglamentación de la norma.

#### Extractos

[...] Que a fs. 133 se presenta la Fiscalía de Estado adjuntando los expedientes administrativos N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04, y acompañado el informe circunstanciado, en el que se pone de manifiesto que no ha podido hacer lugar al reclamo de la aquí actora dado que falta la reglamentación de la ley 11501, y hace saber que ha sido propiciada, desde el Ministerio de Seguridad, la reglamentación de la citada ley, estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario.

Que de las constancias obrantes en la causa surgen los siguientes elementos significativos para resolver la cuestión:

La demandada reconoce que la actora se desempeña en la Policía de la Provincia de Buenos Aires como Oficial Subinspector, cumpliendo funciones en la Comisaría Seccional 2ª del Partido de General Pueyrredon. Asimismo, está reconocido que ante la presentación efectuada por la amparista el 22/5/01 se inicia el expediente N° 21.100-741.601/01.

Además, está claramente admitido que el motivo invocado para desechar el reclamo de la aquí actora es la falta de reglamentación del beneficio por guardería.

Así lo indican el informe de la Dirección de Fiscalización de Asignaciones de la Policía que obra a fs. 107 en el que se expresa que “[...] no se podrá dar curso a lo petitionado en razón que el beneficio por guardería no ha sido reglamentado a la fecha [...]”.

En igual sentido se expidió la Dirección General de Asesoría Letrada (fs. 115), adhiriendo al criterio sustentado por la Dirección de Fiscalización de Asignaciones, al sostener que

[...] la ley 11501 publicada con fecha 11/2/94 en el Boletín Oficial de la Provincia incorpora dicho beneficio; mas la citada norma no se encuentra aún reglamentada, requisito éste fundamental para su operatividad [...] [y agrega] [...] que en su oportunidad se propició la mentada reglamentación, estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario por parte del poder Ejecutivo.

Todo ello llevó al citado organismo a tomar razón del reclamo, para darle tratamiento, una vez dictada la respectiva reglamentación.

[...] [y agrega] [...] que en su oportunidad se propició la mentada reglamentación, estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario por parte del poder Ejecutivo.

Resumiendo, la accionada pretende quedar relevada de la obligación impuesta por la ley 11501 alegando que esta ley no se encuentra reglamentada.

En consecuencia, tendrá que dilucidarse en autos si la defensa esgrimida es suficiente para eximir de responsabilidad a la demandada y, en su caso, cuál es la solución que frente a ello se puede adoptar en la presente acción de amparo.

Siguiendo el propósito enunciado, es necesario reiterar que la ley 11501, que en su artículo 1° establece que: “el personal femenino tendrá derecho a la asignación de reintegro por guardería por cada hijo menor de cuatro años de edad que, por falta de cupo o inexistencia, no pueda concurrir a guardería oficial gratuita”, fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 11/2/94. En la misma ley se establece que la reglamentación determinará las condiciones exigidas para su otorgamiento.

Ahora bien, luego de 10 (diez) años de vigencia de la ley, el poder Ejecutivo provincial no puede seguir demorando su aplicación con la excusa de la falta de reglamentación que a él mismo le corresponde hacer del beneficio. Frente al reclamo de la actora —que de acuerdo a la documentación acompañada se encontraría entre las beneficiarias de la norma— el poder Judicial no puede permanecer ajeno por encontrarse en juego elementales principios constitucionales.

El hecho de que el poder Ejecutivo eluda el cumplimiento de los deberes que le impone la Legislatura en relación a determinadas personas —en el caso mediante la ley 11501— omitiendo el dictado de la reglamentación respectiva, implica una afrenta al principio de división de poderes que rige en la provincia de Buenos Aires (Preámbulo y arts. 1, 45, 144 inciso 2° y concordantes de la Constitución Provincial y 5 de la Constitución Nacional), generando un supuesto de “omisión inconstitucional”.

La inconstitucionalidad por omisión se presenta en el caso porque la falta de reglamentación de la ley por parte del poder Ejecutivo implica una violación al artículo 144 de la Constitución Provincial, que en su inciso 2° le atribuye competencia para facilitar la ejecución de las leyes. Es por ello que, además de incumplir la obligación de reglamentación que le impone la ley 11501, también se incumple la Ley Fundamental provincial.

[...]

Frente al apartamiento del orden constitucional, el poder Judicial no puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden (conforme principio que emana del artículo 57 de la Carta Magna local).

Para el supuesto sub-examine la acción de amparo prevista constitucionalmente (tanto en el artículo 43 de la Constitución Nacional como en el artículo 20.2. de su similar provincial) se erige en el mecanismo idóneo para canalizar el mentado control (conf. Sagüés, *op. cit.*, p. 957).

En autos se encuentran presentes todos los requisitos previstos por ambos textos constitucionales para la procedencia de la garantía de amparo. Hay una omisión

proveniente de autoridad pública que restringe el ejercicio de derechos constitucionales con ilegalidad manifiesta.

Adaptando la fórmula a la situación aquí planteada: la omisión del poder Ejecutivo en reglamentar la ley 11501 restringe los derechos de propiedad, de igualdad y de trabajar de la actora —de innegable raigambre constitucional—, implicando ello una obvia y patente violación a la mencionada ley y la Constitución local. Por su parte, frente a la omisión reglamentaria por parte del poder Ejecutivo, los mecanismos procesales ordinarios se manifiestan inhábiles. Es un claro caso ante el cual el amparo procede, y así se declara.

[...]

Declarada la procedencia del presente amparo corresponde determinar el alcance de la sentencia destinada a hacer efectivo el control de constitucionalidad que dicha garantía lleva implícita, a los fines de que la resolución a dictarse no se transforme en una declaración abstracta, sin efectos. Es decir, siendo este proceso una vía idónea para canalizar el control, corresponde determinar cómo se consuma el mismo.

Frente a situaciones de falta de reglamentación de una ley se han admitido dos soluciones posibles: puede obligarse al órgano remiso a cumplir la actividad debida, o bien, puede el órgano judicial suplir la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control (conf. Bidart Campos, *op. cit.*, p. 785).

Con relación a la segunda hipótesis, que será viable siempre y cuando las circunstancias del caso lo permitan, se ha dicho que “cuando el reglamento de ejecución se hace esperar parece exacto estimar que la ley, si existe la posibilidad concreta y falta la prohibición correspondiente en el mismo texto legislativo, debe aplicarse igualmente” ([citado] por Sagüés, *op. cit.*, p. 957).

La posibilidad de este tipo de mandatos judiciales tendientes a superar la inactividad material de la administración, en el caso de omisión “inconstitucional”, está plenamente admitida por la Suprema Corte provincial.

[...]

En consecuencia, resulta razonable y hasta necesario imponerle al poder Ejecutivo la obligación de reglamentar el artículo 116 inc. e) apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501 (conf. artículo 144 inciso 2° de la Constitución Provincial y 106 del decreto ley 7647/70). Dado el tiempo que ha transcurrido desde la sanción de la ley de marras, es razonable fijar el plazo de treinta días para hacer efectivo el precedente mandato.

En ese mismo orden de ideas, es necesario que una vez dictado el reglamento de la ley, se resuelva el reclamo que ha efectuado la actora en sede administrativa mediante los expedientes N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04.

[...]

Por todo lo expuesto fallo:

1) Haciendo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, declarando manifiestamente ilegítima la demora del poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires en la reglamentación del artículo 116 inc. "e" apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501 (arts. 20 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 15 y concordantes, de la ley N° 7.166, t.o. por decreto N° 1.067/95).

2) En consecuencia se condena al poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que, dentro del plazo de treinta días corridos, reglamente el artículo 116 inc. "e" apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501.

3) Se condena al poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires —por intermedio del órgano competente— a que, en el plazo de treinta días a computar desde que se dicte la reglamentación indicada en el punto precedente, resuelva el reclamo de los expedientes administrativos N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04.

[...]

### Cuestiones a debatir

Las feministas tienen visiones controvertidas sobre la conveniencia del desarrollo de un sistema de guarderías públicas a cargo del Estado. Éste es el modelo característico de los Estados de bienestar europeos, con Suecia a la cabeza del paradigma de desarrollo de la socialización de los servicios y los costos del cuidado de niños.<sup>87</sup> En ese país el Estado provee una red de servicios que reflejan políticas de apoyo intensivo a las familias y que se definen independientemente de las necesidades económicas de éstas. Estos servicios incluyen coberturas extensas del embarazo, subsidios a todas las familias que aumentan en función del número de hijos, beneficios para apoyar a las familias en las que alguno de los progenitores que no está a cargo de la custodia no paga o no puede pagar el cuidado de los niños, y un extenso sistema público de cuidado de niños.

Sin embargo, algunas feministas han llamado la atención sobre la ausencia de un vínculo claro entre este tipo de políticas y una mayor igualdad de género en el trabajo.<sup>88</sup> Por otra parte, la forma como están concebidas algunas de estas políticas pueden producir las mismas tensiones señaladas en los debates sobre el trato diferente y el trato igualitario, y perjudicar a las mujeres trabajadoras, a quienes se las asociaría con los costos del cuidado de niños.

En cualquier caso, la situación en la región dista mucho de la de los modelos europeos, y si bien algunos ordenamientos jurídicos han transplantado las

<sup>87</sup> Para una descripción del modelo europeo, ver Nancy E. Dowd, "Envisioning Work and Family: A Critical Perspective on International Models", 26 *Harv. J. Legis.* 311, 1989.

<sup>88</sup> Joan Williams, *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What to Do About It*, Houghton Mifflin Books, 2000.

normas que sustentan las políticas públicas de aquellos países, por lo general éstas se incumplen o simplemente no se implementan, como lo refleja la sentencia argentina citada. Además, no todas las normas que exigen la prestación del servicio están redactadas de acuerdo con unos términos que definan las prestaciones como debidas a varones y mujeres por su rol parental. Por lo tanto, cuando los beneficios se asocian sólo a las trabajadoras pueden contribuir a reforzar las falsas creencias sobre el costo del empleo femenino. En ocasiones, como lo ejemplifica la tesis de la sentencia mexicana, todavía se debate ante los tribunales las decisiones de asignación de recursos que tienen por fin comenzar la implementación de políticas de guarderías largamente postergadas.

Ahora bien, ¿cuáles son las dinámicas que explican las demoras en la implementación de normas de larga data, características de las primeras conquistas de los movimientos de trabajadores? ¿Cuál es el rol que en la exigibilidad de tales prestaciones han desempeñado los sindicatos? ¿Y cuál ha sido el rol que los movimientos de mujeres han tenido en promover la exigibilidad de los servicios reconocidos en algunas legislaciones y convenios colectivos de trabajo? ¿Qué lugar ocupan estos reclamos en la agenda actual de los movimientos de mujeres? A juzgar por las sentencias disponibles, y por la ausencia de grandes reformas recientes, el activismo feminista en la región ha aceptado con cierta pasividad la falta de regulación e implementación real de los beneficios reconocidos en normas ya añejas. Pareciera que las disidencias en las perspectivas feministas de la región sobre el rol de las guarderías y la falta de consenso sobre la inclusión del servicio como una prestación básica de cualquier Estado de bienestar han creado una situación de pasividad que condena a la resolución individualizada del problema del cuidado de los niños. Esta pasividad puede ser causa y consecuencia a la vez de la precariedad y pauperización de los servicios de guardería existentes, utilizados en general por las familias de más bajos recursos. Se trata, sin lugar a dudas, de una cuestión pendiente en la agenda feminista de reforma que debería ser estudiada para comprender las dinámicas culturales sobre la maternidad que operan en el tema, así como las visiones feministas latinoamericanas en la materia.

### Preguntas

1. ¿Existe en su país alguna normativa que exija a los empleadores públicos o privados la prestación de los servicios de guardería? En caso afirmativo, ¿cuáles son las condiciones y los requisitos para la prestación de dicho servicio? ¿Hace la norma referencia al sexo de las o los empleados, o está redactada en términos neutrales al sexo, y por lo tanto se trata de un beneficio reconocido a los y las trabajadoras? ¿Existen estudios que den cuenta de la medida en la que

dichas normas son implementadas por los empleadores públicos o privados? Si las normas no se implementan, ¿por qué razones considera que esto sucede? ¿Cuál es la postura de los sindicatos o representantes del movimiento de mujeres sobre la cuestión? De ser aplicable, ¿cuál es el discurso de las entidades estatales que incumplen con la implementación de las normas que obligan a la prestación del servicio de guarderías? ¿Existe alguna jurisprudencia relevante sobre la cuestión? Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles son los argumentos esgrimidos por las partes y los tribunales en el debate?

2. La tesis transcrita de la sentencia mexicana sintetiza algunos de los argumentos que da el tribunal para considerar que la norma cuestionada, que requería el destino de un porcentaje de los recursos contribuidos a la seguridad social para solventar un sistema de guarderías públicas, es constitucional. ¿Qué opinión le merecen esos argumentos? ¿Qué otros se podrían incorporar para apoyar la conclusión del tribunal desde una perspectiva feminista? ¿Qué argumentos podrían esgrimir las feministas críticas de la política de socialización de los costos de un servicio de guarderías? ¿Considera el tribunal que la responsabilidad por el cuidado de niños es una tarea de los trabajadores en general, de las familias o de las mujeres?

3. En el caso argentino, una empleada pública de la Policía reclama la implementación de un servicio previsto en la regulación de su empleo. ¿Qué razones esgrime la defensa para denegar la prestación del servicio? ¿Qué opinión le merecen estos argumentos? ¿Considera que la prestación que se reclama tiene algún impacto en los argumentos que aduce la defensa? ¿Qué razones da el tribunal para aceptar el pedido de la autora? ¿Cuál es la visión de la discriminación por sexo que refleja la sentencia? ¿Cómo hubiera sido resuelto el caso si el reclamo lo hubiera planteado un varón trabajador de la Policía? ¿En qué circunstancias, si alguna, considera que un varón padre podría haber hecho un planteo por discriminación? ¿Cuál es la solución ordenada por el tribunal? ¿Cuál es su opinión sobre la eficacia de esta propuesta remedial? ¿Qué argumentaría una feminista crítica del tipo de reclamo que presenta la actora en este caso? ¿Qué podría responder una feminista alineada en la defensa del reclamo de la actora incorporando argumentos no considerados por el tribunal? ¿Considera el tribunal que la responsabilidad por el cuidado de niños es una tarea de los trabajadores en general, de las familias o de las mujeres?

4. El tribunal argentino cita varias normas del derecho internacional y de tratados internacionales de derechos humanos. ¿Cómo evalúa la utilización de estas citas por parte del tribunal? ¿En qué medida incorporan argumentos sustantivos en defensa de la justificación de la sentencia? ¿Por qué considera que el tribunal prefiere hacer este tipo de citas en lugar de recurrir a los numerosos argumentos desarrollados desde el feminismo para defender el derecho a un

servicio de guarderías como instrumento para la promoción de la igualdad en la distribución de la carga de cuidado de niños entre varones y mujeres trabajadores y en el hogar?

5. ¿En qué medida una estrategia más articulada de litigio de impacto en los tribunales de su país podría contribuir a tornar exigibles los derechos de los y las trabajadoras a recibir servicios de guardería pagos a cargo del Estado o de sus empleadores? ¿Qué argumentos del estilo de los que se esgrimieron para negar otros derechos sociales se podrían dar para rechazar una judicialización de este tipo de reclamos? ¿Cuáles serían a su juicio los mejores argumentos para desarrollar un litigio de este tipo con probabilidades de éxito?

### III. MECANISMOS DE LA DOMINACIÓN

Las feministas marxistas y radicales han propuesto pensar el género y el trabajo en torno al eje de la dominación. Para las primeras, la opresión de las mujeres trabajadoras reside en que sufren la misma opresión que el resto de los miembros de la clase trabajadora. Además, las esposas sufren una doble opresión: la reciben de sus maridos tanto como de la exclusión de la vida pública. Al relegarlas a la esfera privada, la familia contribuye a la subordinación de las mujeres.<sup>89</sup> Las feministas radicales, en cambio, han preferido acentuar los mecanismos de la dominación emergentes de la expropiación de la sexualidad femenina de parte de los varones. Para ellas, la dominación de las mujeres se define fundamentalmente en la dimensión de la sexualidad.

En el plano del trabajo, estas visiones de la dominación han llevado a las feministas radicales a hacer grandes aportes a la conceptualización del acoso sexual y a la posterior promoción de políticas para combatirlo. Por ello elegí ilustrar en el primer problema de esta sección algunas de las ideas sobre dominación con los debates feministas sobre el acoso sexual y su interés para la regulación del tema en la región. Estas feministas, además, han hecho importantes contribuciones al debate sobre otros ámbitos de opresión en la sexualidad en la que la dimensión del trabajo de las mujeres también está presente. Me refiero a la discusión feminista sobre prostitución y pornografía.

Las feministas marxistas han hecho numerosas contribuciones en diversos planos del análisis de la explotación del trabajo de las mujeres, como el de la

<sup>89</sup> A. Jaggar, *Feminist Politics & Human Nature*, op. cit.; R. Tong, *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction*, op. cit.; Heydi Hartmann, "Capitalism, Patriarchy and Job Segregation by Sex", *1 Signs*, 1976, p. 193; Roslyn Feldberg, "Comparable Worth: Toward a Theory and Practice in the United States", *10 Signs*, 1984, p. 312; Heidi Hartmann, "Comparable Worth and Women's Economic Independence", en Christine Bose y Glenna Spitze, eds., *Ingredients for Women's Employment Policy*, SUNY Press, New York, 1987.

lucha por la igualdad salarial, que aborda la primera sección de este capítulo. El segundo problema de esta última parte propone la discusión de algunas de las temáticas planteadas por la regulación del empleo doméstico, ámbito en el que con frecuencia se generan condiciones de explotación sobre el que las feministas marxistas y, en particular, las latinoamericanas,<sup>90</sup> han llamado reiteradamente la atención. La relevancia de esta problemática para la región es indiscutida, ya que en muchos de los países del continente el trabajo en el servicio doméstico es una de las principales fuentes de ocupación de las mujeres.<sup>91</sup> Este tema, además, sirve para ilustrar las múltiples dimensiones de la opresión en las que insisten las feministas críticas, pues a la experiencia de la explotación laboral de muchas trabajadoras del servicio doméstico se suma en muchos casos la explotación de la condición étnica o la de migrante.<sup>92</sup>

El feminismo contemporáneo ha intentado evitar las dicotomías características de los debates de la segunda ola —este tema es desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo “Ciudadanía” de este libro—. Con ese fin proponen completar las visiones tradicionales de las feministas marxistas o radicales introduciendo una perspectiva interseccional que refleje el lugar del género junto a su interacción con otras categorías como la clase, la raza, las preferencias sexuales, la nacionalidad.<sup>93</sup> Es importante tener presente esta invitación a reflexionar sobre la forma en la que desde el derecho, en este caso el dedicado a la regulación del trabajo, se puede afectar de diferentes formas a las mujeres de la clase trabajadora y a aquellas de clase media, a las nativas y a las inmigrantes, a las de la raza dominante y a las de la raza minoritaria, entre otras. Para ilustrar estas visiones feministas sobre los múltiples mecanismos de la dominación propongo la revisión de algunas sentencias sobre el trabajo de mujeres inmigrantes.

Finalmente, es importante subrayar la crucial contribución de feministas de diversas corrientes al denunciar la violencia y la explotación de mujeres cuyo

<sup>90</sup> Ver, al respecto, las investigaciones pioneras compiladas en Elsa M. Chané y Mary García Castro, eds., *Muchacha, cachita, criada, empleada, empregadinha, sirvienta y... más nada: trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1993.

<sup>91</sup> Magdalena León, “El servicio doméstico: trabajo de la mayoría de las mujeres en América Latina”, en <http://idrinfo.idrc.ca/Archive/ReportsINTRA/pdfs/v13n2s/115033.pdf>.

<sup>92</sup> Ver al respecto “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, informe reciente de la CEPAL en [http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo\\_introduccion.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf).

<sup>93</sup> Kimberly Grenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *U. Chi. Legal Forum* 139, 1989; Elizabeth V. Spelman, *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon Press, Boston, 1988; Angela Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *42 Stan. L. Rev* 581, 1990; Sylvia A. Law, “Homosexuality and the Social Meaning of Gender”, *1988 Wis. L. Rev.* 187, 1995.

trabajo se desarrolla en condiciones inhumanas en talleres, fábricas o industrias insalubres. Experiencias como las de Ciudad Juárez, la de las trabajadoras del mercado de flores en Colombia, o la de las empleadas de talleres textiles en Argentina, reflejan algunas de las formas modernas de la explotación y ponen en evidencia la vigencia de categorías que, como la esclavitud, permiten entender ciertas experiencias del trabajo femenino.<sup>94</sup>

#### A. PRIMER PROBLEMA: ACOSO SEXUAL

El acoso sexual es un fenómeno tan antiguo como la historia del trabajo. Varones y mujeres, y fundamentalmente estas últimas, han sido y continúan siendo víctimas frecuentes de conductas que hoy se identifican como casos de acoso sexual en el trabajo y que impactan de diversas formas sus experiencias y carreras laborales. Sin embargo, los esfuerzos por nombrar el problema y desarrollar herramientas jurídicas, políticas y educativas para combatirlo son recientes.

Los aportes de las feministas radicales en Estados Unidos en la década del setenta fueron claves para iniciar este proceso. Las exitosas estrategias judiciales<sup>95</sup> y las reformas legales sirvieron de antecedentes a un movimiento global hacia la conceptualización, regulación y diseño de políticas institucionales sobre el acoso sexual.<sup>96</sup> El ímpetu reformista llegó también a Latinoamérica donde, a partir de la década del noventa, surgieron debates tendientes a problematizar conductas antes naturalizadas, se reformaron legislaciones y se experimentó un incremento relativo —aunque embrionario aún— de la jurisprudencia y de las políticas públicas para combatir viejas y nuevas formas de acoso sexual en el trabajo.<sup>97</sup>

Los avances, sin embargo, son dispares. Las investigaciones sobre acoso sexual en la región revelan que se trata de un fenómeno ubicuo en varios paí-

<sup>94</sup> Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, New Haven, 2004.

<sup>95</sup> El primer caso en el que la Corte Suprema estadounidense recibió el acoso sexual fue frente al caso *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 US 57 (1986).

<sup>96</sup> Anita Bernstein, “Law, Culture and Harassment”, *University of Pennsylvania Law Review* 142, 1994, pp. 1227-1311.

<sup>97</sup> Véase al respecto, “Informe de la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe”, México, D.F., 10 al 12 de junio de 2004, disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/15198/lcg2256e.pdf>; y el informe del Coloquio Judicial sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno, Santiago, Chile 25 al 27 de mayo del 2005, disponible en <http://www.eclac.org/mujer/noticias/paginas/8/29198/InformeColoquio.pdf>; ambos de la División para el Adelanto de la Mujer de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

ses.<sup>98</sup> Los informes disponibles dan cuenta de la falta de acuerdos sociales básicos sobre qué conductas constituyen acoso sexual, su carácter reprochable, su explicación y, más aún, sobre las estrategias legales y políticas para prevenirlo y sancionarlo.

Sobre ese trasfondo compartido es posible identificar países que han sido más activos en promover el debate, legislar e instituir políticas públicas sobre la materia. Otros, simplemente, han dado señales simbólicas al definir un nuevo tipo penal que no ha sido acompañado por campañas educativas y desarrollos en los ámbitos institucionales para procesar los reclamos que siguieron a la tipificación. Por otra parte, el rol desempeñado por los tribunales en la región en general es bastante marginal y son incipientes los desarrollos jurisprudenciales que discuten casos de acoso sexual.

Los extractos de legislación de sanción reciente y el caso que se incluye a continuación plantean algunos de los interrogantes que se presentan a la hora de regular y diseñar herramientas jurídicas para reclamar frente al acoso sexual. Éstas son algunas referencias a los valores en juego en las nuevas normativas:

#### **Artículo 2° del Código de trabajo de Chile**

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.<sup>99</sup>

#### **Artículo 1° de la Ley contra el hostigamiento o el acoso de Costa Rica**

##### *Principios regentes*

Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra

la mujer, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

#### **Artículo 2**

##### *Objetivo*

El objetivo de la presente Ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia.

#### **Artículo 4 de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual N° 27942 de Perú (febrero de 2003)**

##### *Concepto*

El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

#### **Artículo 1° de la ley 1010 de Colombia**

##### *Objeto de la ley y bienes protegidos por ella*

La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

La legislación uruguaya en su decreto 37/97 reglamentario de la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo de ese país establece también que el acoso sexual es “una forma grave de discriminación en el empleo”.

Un proyecto reciente en Argentina con miras a reformar el Código penal y clarificar así el tipo inclusivo del acoso sexual aprobado en el Senado argentino en el 2005, afirma en su exposición de motivos que:

No obstante las consecuencias que el acoso puede acarrear en el plano civil, administrativo y laboral, para enfrentar y reprimir el acoso sexual consideramos conveniente incorporarlo además, como tipo al Código penal. El efecto disuasorio de la amenaza de castigo penal puede contribuir a la disminución de los hechos, teniendo en cuenta particularmente el nivel de mayor responsabilidad que, por su jerarquía en la relación laboral, docente o de otra índole, ostentan quienes cometen el ilícito. Si bien el acoso es una forma del delito de coacción, contemplarlo especialmente favorecerá los efectos preventivos señalados anteriormente. Además, es conveniente establecer

<sup>98</sup> Vittorio Di Martino, “Violence at the Workplace: the Global Challenge”, disponible en <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.htm>; y Chappell, Duncan y Di Martino, Vittorio, *Violence at Work*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998 (cita información revelada en el 1996 *International Crime (Victim) Survey*, encuesta del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia. Síntesis en español disponible en [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Media\\_and\\_public\\_information/Press\\_releases/lang-es/WCMS\\_008502/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang-es/WCMS_008502/index.htm)

<sup>99</sup> Redacción conforme a la modificación introducida por la ley de Acoso sexual N° 2005 de Chile, marzo de 2005.

una escala penal más flexible que la prevista en el artículo 149 bis segundo párrafo del Código penal para la coacción, a fin de sancionar más adecuadamente las distintas hipótesis que se presenten.

El proyecto prevé la sanción penal de quien, valiéndose de una situación de superioridad jerárquica, laboral o docente, reclama favores sexuales para sí o para un tercero bajo la amenaza de perjudicarlo en el ámbito de dicha relación para el caso de no acceder. Como se advierte en el derecho comparado, es razonable establecer con amplitud la previsión respecto de toda relación jerárquica, no sólo laboral, como son por ejemplo las que existen en las organizaciones deportivas o sociales, sino también en el ámbito docente respecto del acoso que puede ejercer, por ejemplo, una autoridad del establecimiento o un maestro o profesor sobre sus alumnos. Por cierto, el tipo penal que proyectamos no requiere el éxito del acosador, de manera que la negativa de la víctima no es óbice para que se configure el delito.

Este proyecto se diferencia del abuso sexual coactivo o intimidatorio en función de una relación de dependencia, autoridad o poder prevista en el art. 119 del Código penal, pues en estos últimos casos el autor aprovecha la situación de poder y efectúa actos corporales o tocamientos de naturaleza sexual. En el acoso, en cambio, el delito se consuma con la sola amenaza del autor, con independencia de que la víctima acceda o no al requerimiento que se le formula. Ahora bien, a fin de armonizar la escala penal de delito que aquí se proyecta con el abuso sexual simple, proponemos aumentar levemente el máximo de la pena fijada para este último.

Por su parte, en el 2005, Chile sancionó su nueva legislación laboral para abordar el acoso sexual. Además de la tipificación del acoso mencionada más arriba, la ley 20005 establece para la investigación y sanción del acoso sexual:

#### **Artículo 211-A**

En caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo.

#### **Artículo 211-B**

Recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador.

#### **Artículo 211-C**

El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva.

En cualquier caso, la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días. Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva.

#### **Artículo 211-D**

Las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado.

#### **Artículo 211-E**

En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan.<sup>100</sup>

La jurisprudencia de la región también ha comenzado a abordar con frecuencia problemas de acoso sexual. A continuación veremos una sentencia argentina en la que una sala de la Cámara Nacional del Trabajo estimó que las conductas de hostigamiento sexual por parte de dos trabajadores hacia una empleada constituían conductas discriminatorias en razón del sexo y violatorias de la dignidad.

#### **Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires, Argentina**

#### **Sentencia 88311. Causa 6443/2004**

#### **E. V. P. contra Bandeira S.A. sobre despido**

#### **Problemas jurídicos**

¿Qué circunstancias fácticas definen un caso de acoso sexual por ambiente hostil?  
 ¿Cuáles son los fundamentos de la obligación de indemnizar una situación de acoso sexual? ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de un empleador frente al acoso sexual causado por un empleado? ¿Cómo y con qué alcance debe repararse el daño producido por el acoso sexual?

<sup>100</sup> Fuente: Diario Oficial del 18 de marzo de 2005. La ley 20005 está disponible, completa, en <http://www.consejonacionaldeseguridaddechile.cl/>.

### Hechos

La señorita Eliana trabajaba desde 1998 en la empresa Bandeira S.A.,<sup>101</sup> dedicada a la prestación del servicio de kiosco y comedor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. De acuerdo con los testimonios aportados, además de los cambios de categoría laboral, Eliana fue objeto de sanciones disciplinarias injustificadas por parte del gerente general, y del encargado de compras y de personal. Finalmente, Bandeira S.A. despidió a Eliana, justificando el despido en los incumplimientos y sanciones recibidas. Según las declaraciones de varias compañeras de Eliana, mientras duró la relación laboral los jefes la humillaban de modo sistemático y también a las testigos con gestos, conductas y dichos de carácter sexual.

### Decisión

La Cámara identifica las conductas que dan lugar a una de las formas de acoso sexual: el acoso sexual por ambiente hostil. El tribunal consideró, además, que el acoso sexual es una práctica discriminatoria en razón del sexo y ratificó la condena de la empresa empleadora a pagar una indemnización por despido discriminatorio ante el acoso sexual ambiental sufrido por la empleada. Al hacerlo, la Cámara definió el acoso sexual como una conducta ilícita y discriminatoria y revocó la sentencia de primera instancia que había considerado que la indemnización se debía hacer frente al acoso moral.

### Extractos

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar al reclamo de Eliana, y estimó que

[s]i bien estos elementos de juicio permitirían concluir que en el caso existió acoso moral, pues tales actos provocaban en la accionante una continua y creciente aflicción y parecían tener por finalidad hacer insostenible la continuidad de la relación laboral, coincido con la parte actora en que se ha configurado un supuesto de acoso sexual, aquel que parte de la doctrina denominada "ambiental", pues ha quedado acreditado en autos que la actora fue víctima de la conducta de quienes eran sus superiores, José Arango y Diego Affre, pues éstos de modo sistemático realizaban comentarios o protagonizaban situaciones de claro contenido sexual totalmente importunos que eran rechazados por la actora, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de la accionante o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso (Husbands, "Análisis internacional de

las leyes que sancionan el acoso sexual", *Revista Internacional del Trabajo*, 1993, vol. 112, N° 1, p. 115, citado por Julio Martínez Vivot en *Acoso sexual en las relaciones laborales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 22-23).

Asimismo, la Cámara estimó que "la gravedad y reiteración de tales conductas así como la idoneidad de éstas para afectar la dignidad de la trabajadora en su esfera más íntima", permitía afirmar que

[...] en el caso ha existido acoso sexual dado que los sujetos activos, los nombrados Arango y Affre, eran quienes ejercían funciones jerárquicas en el lugar de trabajo y justamente su proceder es una muestra del poder que está ínsito en los cargos que desempeñaban y a la vez de la desigualdad habida entre ellos y la actora pues por ser ésta una empleada dependiente estaba sometida al asedio y hostigamiento de los nombrados, pese a que las conductas y actitudes de aquéllos eran reprobadas por la accionante así como por el conjunto de las empleadas.

Por lo tanto, la Cámara ordenó la modificación del fallo de primera instancia para tener por configurada la existencia de acoso sexual hacia Eliana.

### Cuestiones a debatir

#### Primera cuestión a debatir: discriminación por sexo: sexualidad/desexualización/heteropatriarcado

Explicar una práctica compleja como el acoso sexual no es sencillo. Sin embargo, para diseñar y evaluar las herramientas jurídicas disponibles es crucial caracterizar el fenómeno. Las feministas estadounidenses, y luego las de otras latitudes, han ofrecido en los últimos treinta años diversas explicaciones sobre el acoso sexual. Éstas han ido recibiendo la aceptación de los tribunales y la legislación de varios países. Algunas de las ideas en juego son:

#### El paradigma de la discriminación y la igualdad en los debates del feminismo anglosajón

Dada la influencia que los desarrollos teóricos y jurisprudenciales estadounidenses tuvieron en las reformas jurídicas del resto del mundo, es útil revisar algunas de las explicaciones sobre acoso sexual esgrimidas en los debates de las feministas estadounidenses.

#### Las primeras ideas: el modelo sexual

El primer reconocimiento del acoso sexual como una práctica violatoria del Título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 en los Estados Unidos data de

<sup>101</sup> Su trabajo era de jornada completa. Además del acoso, en el juicio se consideró demostrado que Bandeira S.A.: (a) había registrado incorrectamente la fecha de la incorporación de Eliana a la empresa, (b) que le pagaba una parte del sueldo "en negro" o no registraba los pagos legalmente, y (c) que los recibos la reconocían como trabajadora "part time" cuando trabajaba la jornada completa y aún más.

mediados de la década del setenta, cuando los tribunales<sup>102</sup> aceptaron que los casos de acoso sexual de varones a mujeres eran una práctica discriminatoria en razón del sexo. Pero el Título VII no contenía ninguna referencia expresa al acoso sexual, y no había antecedentes legislativos que permitieran orientar las nuevas interpretaciones judiciales. Las contribuciones teóricas de feministas como Catharine MacKinnon ayudaron a desarrollar la definición jurisprudencial del acoso sexual como conducta discriminatoria motivada en el sexo.

En su litigio en representación de víctimas de acoso, y en una obra considerada hoy seminal, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*,<sup>103</sup> MacKinnon presentó sus argumentos en apoyo de la conceptualización del acoso sexual como una forma de discriminación contra las mujeres.<sup>104</sup> Es decir, para ella el acoso sexual funciona en un sistema de rela-

<sup>102</sup> La decisión en el caso *Barnes v. Train* (1974) es identificada como el primer caso de acoso sexual en los Estados Unidos, aunque allí no se utilice la expresión “acoso sexual”. En 1976, en el caso *Williams v. Saxbe*, se definió el acoso sexual como una forma de discriminación por sexo cuando los avances de un supervisor varón sobre una empleada fueron considerados barreras artificiales impuestas a un género pero no al otro.

<sup>103</sup> Catharine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven, 1979.

<sup>104</sup> En sus palabras, “las prácticas que expresan y refuerzan la desigualdad social de las mujeres frente a los hombres son casos claros de discriminación para el enfoque de la desigualdad” (*Ibid.*, p. 174). “[...] El acoso sexual es discriminación ‘en razón del sexo’ dentro del significado social del sexo, porque el concepto está encarnado socialmente en los roles sexuales. Estos roles rígidos son omnipresentes y ‘aceptados’, y no desempeñan ninguna función en la asignación de recursos sociales y económicos [...]” (*Ibid.*, p. 178). “[...] El acoso sexual perpetúa la estructura interrelacionada mediante la cual las mujeres han permanecido esclavizadas por los hombres y en el último peldaño del mercado de trabajo. Dos fuerzas de la sociedad americana convergen en este punto: el control de los hombres sobre la sexualidad de las mujeres y el control del capital sobre la vida laboral de sus empleados. Históricamente se les ha exigido a las mujeres que intercambien sus servicios sexuales, de una u otra forma, para sobrevivir desde el punto de vista material. La prostitución y el matrimonio, al igual que el acoso sexual, son los diferentes medios de institucionalización de este acuerdo [...]” (*Ibid.*, pp. 174-175). “[...] El ataque sexual, como se lo experimenta durante el acoso sexual, no es tanto un acto común de deseo sexual dirigido hacia la persona equivocada sino más bien una expresión de la dominación relacionada con el desprecio impersonal, el hábito de obtener lo que se quiere, y la percepción (usualmente correcta) de que la situación puede ser explotada con seguridad de esa manera —todo ello expresado sexualmente—. Es la dominación erotizada [...]” “[...] Las relaciones de trabajo son paralelas a las relaciones domésticas tradicionales entre esposos y esposas [...] de modo tal que [...] el trabajo de las mujeres fuera del hogar tiende a monetizar los roles y las tareas que las mujeres realizan tradicionalmente para los hombres en el hogar [...]” “[...] El acoso sexual de las mujeres puede ocurrir porque las mujeres ocupan posiciones de trabajo y roles laborales inferiores; y al mismo tiempo, el acoso sexual funciona para mantener a las mujeres en esas posiciones. El acoso sexual, por lo tanto, utiliza y contribuye a crear el estatus estructuralmente inferior de las mujeres” (*Ibid.*, p. 162). Traducción de las autoras.

ciones sociales en las que la fuerza de trabajo se organiza siguiendo roles de género que reproducen la desigualdad sexual característica de las relaciones matrimoniales. El acoso sexual es experimentado por las mujeres como grupo y no es un conjunto de anécdotas aisladas en la vida de algunas. Pero además de la versión del acoso sexual como discriminación por sexo hasta aquí descrita, MacKinnon proveyó una serie de argumentos más convencionales para apoyar la misma conclusión legal desde lo que ella denominó “el enfoque de la diferencia”. En sus palabras,

[...] la pregunta central que plantea el enfoque de la diferencia es: ¿cómo puedes demostrar que esto sucedió porque uno es una mujer, en lugar de haberle ocurrido a una persona, que además es mujer? La respuesta básica [...] es: un hombre en su lugar no sería, o no hubiera sido, tratado así.<sup>105</sup>

Este último conjunto de argumentos fue el que contribuyó a dar forma a la recepción jurisprudencial del acoso sexual como una práctica discriminatoria en razón del sexo.

#### *Una segunda generación de visiones sobre el acoso sexual: desexualización y heteropatriarcado*

Las ideas de MacKinnon, pero más especialmente la dogmática de la antidiscriminación elaborada por los tribunales y la Corte Suprema estadounidenses en la interpretación del acoso sexual como una forma de discriminación en razón del sexo, representaron un avance sin precedentes en la conformación del derecho como instrumento de cambio en la realidad laboral de las mujeres. Sin embargo, la conceptualización del acoso sexual subyacente a las sentencias de la primera década de recepción pronto resultó insuficiente para explicar y confrontar una práctica que se transformaba a la par de los desarrollos jurisprudenciales. En efecto, las primeras explicaciones sobre el acoso sexual y su recepción en los tribunales asumían el acoso sexual como una práctica social relativamente inmutable en la historia de la humanidad y presente en una diversidad de relaciones económicas heterosexuales que con pocas diferencias habían permanecido constantes tanto en las relaciones amos-esclavas como en el contexto más moderno de los vínculos empleadores-empleadas. Según Reva Siegel, el derecho de la antidiscriminación por sexo en la década del setenta describía la práctica del acoso sexual como la actuación del “deseo”, mientras que las críticas feministas lo caracterizaban como un problema de “poder” presente en todo el orden social. Ambos enfoques compartían una visión del acosador

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 192. Traducción de las autoras.

como el que se aprovecha de su autoridad y de sus recursos para asegurarse el acceso sexual a mujeres a las que de otra forma no accedería.<sup>106</sup> No obstante, la concepción jurisprudencial de la discriminación por sexo fallaba en proveer “una visión sistemática del orden social sostenido por la ‘discriminación’ sobre la base de características fisiológicas inmutables (como la raza o el sexo)”.<sup>107</sup>

Las profundas transformaciones experimentadas a partir de la misma década del setenta en la segregación vertical y horizontal por sexo de la fuerza de trabajo femenina no tardaron en reconfigurar el escenario de las prácticas de acoso sexual, exponiendo la insuficiencia del paradigma argumentativo de la primera época. A su vez, su inadecuación fue aún más patente cuando la política de la identidad sexual entró en juego, y, como consecuencia de ello, aparecieron los reclamos de víctimas acosadas por personas de su mismo sexo.

Surgieron así nuevas propuestas para explicar el acoso sexual. Entre ellas, la de Vicki Schultz, quien en *Reconceptualizing Sexual Harassment*<sup>108</sup> defiende las ventajas de reemplazar el “modelo sexual” del acoso típico de la primera época —conceptualizado a partir de la identificación de la explotación sexual con la discriminación sexual—, por el “modelo de la competencia”. Este modelo, según la autora, además de explicar mejor el fenómeno del acoso sexual hacia las mujeres en ámbitos de trabajo no tradicionales o con predominancia masculina, permite subsanar los problemas de “sub-inclusión” del modelo sexual así: las conductas no sexuales también pueden generar el acoso sexual por ambiente hostil, y se incluyen los casos de acoso de un subordinado hacia su jefa, e incluso aquéllos entre personas del mismo sexo. El modelo que Schultz denomina “de la competencia” reduciría también los problemas de “sobre-inclusión” del modelo sexual, pues evitaría que los tribunales y las empresas caractericen ciertas formas benignas de expresión sexual como variantes de acoso por ambiente laboral hostil, consecuencia no deseada del modelo sexual.

En su trabajo más reciente, Schultz intenta mostrar cómo la regulación del acoso sexual, tal como fue prevista por reformistas feministas e implementada por muchos gerentes de recursos humanos, se ha transformado en una importante justificación para el proyecto neo-taylorista de suprimir la sexualidad y la intimidad en el lugar de trabajo.

<sup>106</sup> Reva B. Siegel, en Catharine A. MacKinnon y Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, op. cit., p. 19.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>108</sup> Vicki Schultz, “Una explicación alternativa del acoso por un ambiente laboral hostil: un paradigma basado en la competencia”, en R. Gargarella, *Derecho y grupos desventajados*, op. cit., pp. 103-136.

Para ser claros, ahora, las políticas relativas al acoso sexual incentivan y legitiman a la dirigencia empresaria para controlar y disciplinar un comportamiento sexual relativamente inofensivo, sin siquiera indagar sobre si dicho comportamiento socava la igualdad de género en el trabajo.<sup>109</sup>

Otras autoras, como Katherine Franke, han señalado diversas limitaciones de las primeras concepciones del acoso sexual, como por ejemplo el fracaso para dar soluciones consistentes al problema de acoso entre personas del mismo sexo. Las teorías más aceptadas sobre acoso sexual, según Franke, consideran que éste es una forma de discriminación por sexo. Ofrecen tres tipos de argumentos:

(1) el principio de la igualdad: la conducta no hubiera sido llevada a cabo si no fuera por el sexo del demandante; (2) el principio anti-sexo: la conducta fue discriminatoria precisamente porque fue sexual; y (3) el principio anti-subordinación: la conducta produjo la subordinación de las mujeres a los hombres.<sup>110</sup>

Para Franke, a la hora de explicar el acoso entre personas del mismo sexo, los tres principios fracasan. Fracasa en particular el paradigma del principio anti-sexo y el principio anti-subordinación —defendido en la obra de feministas como MacKinnon, según Franke—,<sup>111</sup> pues el “impulso por colapsar el sexismo

<sup>109</sup> Vicki Schultz, “Un lugar de trabajo higienizado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, 2005, p. 102.

<sup>110</sup> Katherine Franke, “What’s Wrong with Sexual Harassment”, *49 Stanford Law Review*, 1997, p. 691.

<sup>111</sup> “De acuerdo con la teoría que desarrollo [...], el acoso sexual hacia una mujer de parte de un hombre es una instancia de sexismo precisamente porque el acto corporiza estereotipos de género fundamentales: los hombres como conquistadores sexuales y las mujeres como sexualmente conquistadas, los hombres como sujetos sexuales masculinos y las mujeres como objetos sexuales femeninos [...]. El acoso sexual es una tecnología del sexismo. Es una práctica disciplinadora que inscribe, hace exigible, y controla las identidades tanto del acosador como de la víctima de acuerdo a un sistema de normas de género que define a las mujeres como objetos femeninos, (hetero)sexuales, y a los hombres como sujetos (hetero)sexuales masculinos. En mi explicación, el acoso sexual —entre dos personas cualesquiera de cualquier sexo— es una forma de discriminación sexual cuando refleja o perpetúa estereotipos de género en el ámbito de trabajo. Sugiero una reconceptualización del acoso sexual como acoso de género. Entendido de esta forma, el acoso sexual es una forma de diseminación por sexo no porque la conducta no hubiera sido realizada si la víctima hubiera tenido otro sexo, no porque es sexual, y no porque los hombres se lo hacen a las mujeres, sino precisamente porque es la tecnología del sexismo. Es decir, perpetúa, torna exigible, y controla un conjunto de normas de género que buscan feminizar a las mujeres y masculinizar a los varones [...] De forma similar, el acoso sexual opera como un instrumento para el control de normas de género tradicionales en el contexto del acoso entre personas del mismo sexo cuando un hombre que fracasa en vivir a la altura de las normas sociales de masculinidad es castigado por sus compañeros de trabajo con medios sexuales”. *Ibid.*, pp. 691, 693 y 696.

con el sexo” reduce la sexualidad femenina a una victimización pasiva, a algo que los hombres hacen a las mujeres, y omite el reconocimiento del proceso opresivo de creación y refuerzo de los roles de género que surgen del acoso sexual.<sup>112</sup>

### Segunda cuestión a debatir: discriminación versus dignidad

#### *Dignidad, libertad, privacidad, intimidación e igualdad en debates de otras regiones*

Las conceptualizaciones feministas sobre el acoso sexual en algunos países de Europa o en Israel han desplazado la centralidad de las explicaciones del acoso como forma de discriminación en razón del sexo para proponer legislaciones que giran en torno a otros valores como la dignidad, la libertad o la igualdad —diferenciada del principio de no discriminación—. En este sentido, lo explica Orit Kamir,<sup>113</sup> la coalición de feministas, legisladores y juristas que desarrolló la nueva legislación de Israel<sup>114</sup> se preocupó especialmente por combinar el modelo estadounidense de la discriminación en razón del sexo con otros valores. Así, la Ley para la prevención del acoso sexual, de 1998, en Israel, tiene como objeto “prohibir el acoso sexual para proteger la dignidad humana, la libertad y la privacidad, y la promoción de la igualdad entre los sexos”. En esa línea, las notas oficiales explicativas de la ley acentúan este aspecto ideológico al condenar el acoso sexual como “un fenómeno social extendido que produce daños a muchos, y a las mujeres en particular” y, que entre otras, “humilla a sus víctimas, las degrada, e invade su privacidad; socava el derecho de las víctimas a la autodeterminación, a su autonomía, y al control sobre su persona y sexualidad”.<sup>115</sup>

La legislación en Francia, por su parte, prioriza una visión del acoso sexual desvinculada del concepto de discriminación. En las reformas al Código penal francés, aprobadas en 1992, el acoso sexual aparece regulado en la sección “Violencia sexual distinta de la violación”. En “el derecho penal francés —según Abigail Saguy— los acosadores —y no sus empleadores— son condenados por acoso sexual, porque son ellos quienes abusan individualmente de su autoridad

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 696.

<sup>113</sup> Orit Kamir, “Dignity, Respect and Equality in Israel’s Sexual Harassment Law”, en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, *op. cit.*, p. 561.

<sup>114</sup> La primera referencia al acoso sexual en la legislación israelí se remonta a 1988, y aparece en la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo, que criminalizaba el acoso sexual en su modalidad *quid pro quo*. Sin embargo, un número muy escaso de denuncias había sido presentado conforme a esta Ley, y sólo un caso había alcanzado resonancia. O. Kamir, “Dignity, Respect and Equality in Israel’s Sexual Harassment Law”, *op. cit.* p. 562.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 569.

para requerir ‘favores sexuales’ de una persona bajo su mando”.<sup>116</sup> Sustenta su conclusión con la idea de que “el delito de acoso sexual no parece ser discriminatorio porque existe independientemente del sexo de la víctima o el del perpetrador. En la realidad, está mucho más cerca de la violencia sexual”.<sup>117</sup> Por lo tanto, “el acoso sexual es legalmente categorizado en primer lugar como un ataque individual desviado que resulta física, psicológica o moralmente dañino y que viola la libertad de la víctima, en lugar de como una forma de discriminación de grupo”.<sup>118</sup> Por su parte, el modelo alemán y el de la Unión Europea, hasta las nuevas directivas del año 2000, se centran en una concepción de la dignidad de la persona.

### Tercera cuestión a debatir: definiciones y tipificación del acoso sexual

Definir legalmente el acoso sexual es una tarea compleja y las legislaciones y la jurisprudencia latinoamericanas han optado por diversas formas a la hora de determinar las conductas a tipificar. Para empezar, las divergencias saltan a la vista en la definición del problema: se utilizan expresiones diversas como hostigamiento, abuso o asedio, que se incorporan o se distinguen del concepto de acoso sexual para marcar diferencias en el abordaje de la cuestión. Sin embargo, a pesar de la diversidad, en general las definiciones adoptadas en la región suelen contener tres tipos de requisitos: (a) una conducta de carácter sexual, (b) una conducta no bienvenida o no deseada, y (c) una afectación en el empleo de la persona acosada. A la hora de fijar el alcance de estos elementos, las opciones son variadas. A continuación algunas opciones posibles, y ejemplos de las disidencias que se observan al comparar legislaciones que definen el acoso sexual:

(a) *El requisito de la jerarquía.* Muchos países definen el acoso sexual como el que ocurre entre personas que tienen distintas jerarquías laborales; el acosador, frente a la víctima, está siempre en una posición superior o de dominación. Esta tipificación de las conductas que pueden configurar acoso se denomina acoso sexual vertical. Otros ordenamientos rechazan el requisito de verticalidad; al

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 604-606.

<sup>117</sup> Sylvie Cromer, “Histoire d’une loi: La pénalisation du harcèlement sexuel dans le nouveau code pénal”, *Projets féministes* 1, 1992, p. 108, citado en Abigail C. Saguy, “French and American Lawyers Define Sexual Harassment”, en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, *op. cit.*, p. 606.

<sup>118</sup> Según Abigail Saguy, la legislación penal se complementa en Francia con las normas del Código laboral, que prohíben la represalia de los trabajadores víctimas de acoso sexual en el trabajo, y otras dos leyes que prevén —pero no ordenan— la posibilidad de que los empleadores tomen medidas disciplinarias frente al acoso sexual y les exigen que éste sea incluido en la reglamentación interna de los ámbitos de trabajo.

hacerlo incorporan la regulación del “acoso sexual horizontal”, e incluso el que ejerce un acosador ubicado en un escalafón inferior contra una víctima de jerarquía laboral superior.

(b) *El sexo del autor y la víctima.* En general, las referencias de las legislaciones al sexo del autor o a la víctima del acoso son neutras: es aceptado que, no obstante la gran mayoría de víctimas de acoso sexual son mujeres, la protección debe alcanzar a varones y mujeres por igual. Sin embargo, los tribunales han sido más reticentes a aceptar que el acoso sexual se pueda presentar entre personas del mismo sexo.

(c) *La caracterización del favor sexual.* Según la perspectiva de cada sistema jurídico frente al debate de las causas y modalidades del acoso sexual revisado más arriba, surgirán las divergencias en la forma de definir el tipo de conducta que permitirá caracterizar una práctica como “acoso sexual” y diferenciarla así del mero “acoso”, que suele definirse como acoso moral o como formas de “violencia laboral”, y que está presente en todos los ámbitos del trabajo. Aquí la discusión debe tener en cuenta, entonces, si se penaliza el acoso sexual, por ejemplo, como un mecanismo que propicia (a) la vulneración de la dignidad de las personas independientemente del sexo del acosador y de la víctima, (b) la discriminación entre los sexos que se construye sobre la dominación sexual de uno hacia el otro, o (c) la preservación de espacios masculinos contra la embestida de las mujeres o de personas con preferencias sexuales que rechazan las imposiciones del modelo heterosexual. Según como se ubiquen las propuestas legislativas frente a este debate, habrá diferencias en la definición del favor sexual como un requisito más o menos central para la configuración del acoso. Así, mientras unas legislaciones sólo se refieren a la exigencia de intercambios de “favores sexuales”, otras aluden más ampliamente a “conductas de carácter o connotación sexual” que “pueden ser físic[a]s, verbales, escrit[a]s o de similar naturaleza”.<sup>119</sup>

### **Tipos de acoso sexual**

Los ordenamientos jurídicos y los desarrollos jurisprudenciales reconocen, en general, dos modalidades de acoso sexual. La primera, conocida como acoso sexual *quid pro quo* o por chantaje, es aquella en la cual un contacto o favor sexual es requerido a cambio de una oferta de empleo o de una mejora en las condiciones laborales. Ésta es la versión clásica del acoso sexual y, para muchas feministas, la que el modelo conceptual de autoras como Catharine MacKinnon explica mejor. El segundo tipo de acoso sexual es el que se conoce como “acoso sexual por ambiente hostil”, y surge cuando existen conductas de carácter

<sup>119</sup> Es el caso del artículo 5 de la Ley de hostigamiento sexual del Perú.

sexual que crean un ambiente de trabajo “intimidatorio, hostil, u ofensivo”,<sup>120</sup> interfiriendo así con el trabajo de una persona. Las propuestas de Vicki Schultz y Catherine Franke, introducidas arriba, son las mejores herramientas para capturar las especificidades de este último tipo.

### **Cuarta cuestión a debatir: estrategias para abordar el acoso sexual**

La problemática del acoso sexual debe ser abordada desde el plano de las políticas públicas y las instituciones privadas. Se suele afirmar que se requieren políticas que contemplen estrategias educativas y laborales para prevenirlo y para generar condiciones de igualdad entre varones y mujeres en el empleo.<sup>121</sup> También es frecuente que se acepte la necesidad de generar mecanismos para procesar y sancionar los casos que no se evitaron previamente. Las recientes reformas legales implementadas en algunos países de la región, o aún en debate, dan cuenta de la diversidad de estrategias disponibles.

Los ordenamientos latinoamericanos han optado en sus recientes reformas legales por diferentes alternativas regulatorias. En algunos países se ha puesto a disposición de las víctimas herramientas entre las que cabe citar: (a) normas administrativas que prevén sanciones disciplinarias para el acoso sexual en el empleo público;<sup>122</sup> (b) normas laborales y civiles que establecen procedimientos específicos y remedios ad hoc, como indemnizaciones agravadas<sup>123</sup> o la recontratación de la trabajadora acosada; y (c) normas penales que tipifican el acoso como un delito en particular.<sup>124</sup> En algunos otros países de la región no existen regulaciones específicas y las víctimas de acoso sexual tienen a su disposición, según surge de la escasa jurisprudencia en la materia, las normas constitucionales y de derechos humanos, por un lado, y las herramientas genéricas del derecho laboral, que prevén violaciones a la regulación del contrato de trabajo, bien por despido discriminatorio, bien por daños específicos contemplados en la legislación civil. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, además, cuando la conducta del acosador se encuadra en la definición de delitos como la coacción, o en formas de violencia sexual tipificadas penalmente, las víctimas cuentan también con el recurso de la denuncia penal. Más reciente-

<sup>120</sup> Según la definición de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Meritor Savings Bank v. Vinson* citado supra.

<sup>121</sup> “La lucha contra el acoso sexual en el trabajo”, OIT, Ginebra, 1994. Disponible en [http://www.mtas.es/insht/information/otros/ct\\_007.htm](http://www.mtas.es/insht/information/otros/ct_007.htm).

<sup>122</sup> Es el caso de Argentina, por ejemplo.

<sup>123</sup> En este sentido, Costa Rica, Perú y Chile reformaron recientemente sus legislaciones.

<sup>124</sup> Ejemplos de la opción criminalizadora son los de Brasil, Ecuador, Honduras, México D.F., Venezuela y República Dominicana.

mente, algunos países<sup>125</sup> han optado por incluir el acoso sexual en las nuevas leyes de violencia laboral: desde esta perspectiva el acoso sexual sería sólo una de las formas que adopta la violencia en el ámbito de trabajo. Finalmente, es importante señalar que en muchas de las legislaciones conviven aspectos de los distintos modelos regulatorios.

Puesto que la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas reconoce la importancia del derecho internacional, éste también se ha convertido en fuente de instrumentos jurídicos tradicionales y de disposiciones más modernas para tipificar y reclamar frente al acoso sexual en la región. Por un lado, se encuentran las normas que definen conceptos como el de libertad y dignidad humana, y prohíben la discriminación en los tratados de derechos humanos de los sistemas universal y americano de protección de derechos humanos y las decisiones de sus órganos de monitoreo.<sup>126</sup> Por otro lado está la producción en la materia de la Organización Internacional del Trabajo, que en varios documentos que tienen vigencia en la región ha ofrecido recomendaciones y pautas interpretativas para enfrentar el acoso sexual.<sup>127</sup>

### Preguntas

1. Una primera gran distinción entre las caracterizaciones feministas del acoso se puede establecer entre quienes lo conciben como un problema de discriminación por sexo y quienes lo abordan como una práctica que violenta la dignidad de las personas. Esta distinción suele coincidir con las diferencias en los argumentos que imperan en Estados Unidos y en el debate europeo. ¿Cuál de estas dos caracterizaciones le parece que explica mejor el fenómeno del acoso sexual? ¿Es posible que ambas tengan la misma capacidad para caracterizar la experiencia de una mujer o un ser humano acosado sexualmente? ¿A qué atribuye las diferencias en las explicaciones?

2. Al confrontar los modelos estadounidense y alemán-europeo hasta las directivas del año 2000, Baer afirma:

<sup>125</sup> Es el caso de Colombia (2006) y de algunas jurisdicciones provinciales de la Argentina.

<sup>126</sup> Recomendación General 19. Artículo 11 de la CEDAW/1992/L.1/Add.15. Ver, asimismo, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres A/RES/48/104 (1994), la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Declaración y la Plataforma de Acción. A/CONF.177/20(1995). Para. 73, 163 y 180.

<sup>127</sup> Ver, por ejemplo, Secretaría Confederal de la Mujer de CC.OO., "Guía sindical para abordar el acoso sexual en el trabajo", OIT, Madrid, marzo de 2003. Disponible en [www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/gestion/accsindi/ac\\_sex.htm](http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/gestion/accsindi/ac_sex.htm).

Los detalles doctrinales revelan que, en síntesis, el enfoque basado en la dignidad [...] tiende a la conducta individualizada, privilegia la perspectiva del perpetrador, conceptualiza a los seres humanos como sujetos autónomos sin considerar las jerarquías sociales que operan en la cuestión, e ignora la función de la sexualidad en la discriminación por género. Un enfoque basado sistemáticamente en la igualdad, en contraste, reconocerá el daño de la discriminación en su contexto social, acepta[rá] la sexualización como un medio de discriminación por sexo, y utiliza[rá] un estándar objetivo pero sensible a la víctima en lugar de seguir el punto de vista del perpetrador.<sup>128</sup>

Analice estas afirmaciones a la luz de las críticas que hacen Schultz y Franke al modelo sexual del acoso expuesto por MacKinnon.

3. MacKinnon, Schultz y Franke exponen sus disidencias en el contexto de una tradición jurisprudencial que define el acoso sexual como una forma de discriminación por sexo. Las autoras ofrecen, a su turno, lo que consideran una mejor conceptualización/reconceptualización del acoso como discriminación por sexo. ¿Cuál de estas caracterizaciones le parece más acertada?

4. ¿Es posible combinar explicaciones en términos de discriminación por sexo con ideas centradas en la dignidad y la libertad de las personas? ¿Es mejor la estrategia argumentativa centrada en la dignidad, en la medida en que se presenta como una idea neutral frente al sexo de acosadores y víctimas? ¿O enfrentamos más bien paradigmas argumentales excluyentes? Véase, en ese sentido, la fundamentación de la legislación de Costa Rica o la definición del acoso sexual de la ley peruana. Contraste los argumentos de la legislación costarricense con la chilena y con las citas del tribunal argentino.

5. En un intento por explicar las diferentes experiencias de argumentación de Alemania y Estados Unidos, Baer afirma:

En los Estados Unidos, el derecho contra el acoso sexual fue luchado por mujeres que se veían a sí mismas como objetivos de la discriminación, violadas no sólo en sus derechos a la integridad física y psicológica, sino como mujeres y por su género. Como una cultura del *common law*, el sistema estadounidense favorece la versión del desarrollo jurídico en la cual la doctrina es moldeada en los tribunales. En Europa y en Alemania, el derecho contra el acoso sexual se desarrolló de otra manera. Fue legislado por cuerpos de gobierno, la Comisión en Europa, y el gobierno federal en Alemania.

<sup>128</sup> Susanne Baer, "Dignity or Equality? Responses to Sexual Harassment in European, German and U.S. Law", en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, op. cit., p. 593.

Las leyes europeas fueron defendidas por mujeres también, pero en un proceso legislativo es probable que las demandas feministas sean más diluidas frente a declaraciones neutrales frente al sexo. En los cuerpos legislativos, no es usual que sea la mujer víctima del acoso la que defiende la legislación, mientras que en los tribunales, son exactamente esas mujeres las que le dan forma a la comprensión legal del acoso sexual. La legislación debe establecer la cuestión con más seguridad, pero es la jurisprudencia la que toma forma más cerca de las realidades.<sup>129</sup>

¿En qué medida las afirmaciones de Baer le parecen extrapolables a la experiencia latinoamericana? ¿Es posible que las diferencias entre la forma de producción de derecho del *common law*, más particularista, y la del *civil law*, más genérica, se vean reflejadas en estrategias de argumentación que priorizan la discriminación sobre la dignidad o viceversa? La comparación del discurso “neutral” de la ley chilena y el extracto de la sentencia argentina parecieran apoyar la hipótesis de Baer. Pero, ¿cómo se explica la norma uruguaya? ¿Es posible aventurar alguna relación entre la neutralidad del lenguaje de la ley chilena frente al sexo y el hecho de que la producción parlamentaria deba ser negociada mayoritariamente con varones que rechazan los argumentos en términos de discriminación sexual?

6. En la sentencia argentina transcrita, el tribunal de primera instancia consideró que se trataba de una situación de acoso moral. ¿Está de acuerdo la Cámara con esta caracterización del problema de la demandante? ¿Qué distinciones establece el tribunal entre el acoso moral y el acoso sexual? ¿Por qué puede ser relevante distinguir una situación de acoso moral de una de acoso sexual?

7. ¿Cuáles son las normas del derecho argentino aplicadas al caso? ¿Establecen estas normas una definición específica del acoso sexual? ¿Qué requisitos de la conducta de los demandados observa el tribunal para considerar configurada una situación de acoso sexual? Reconstruya la definición del acoso sexual implícita en la sentencia. ¿Qué normas del sistema jurídico argentino cita el tribunal para enmarcar su definición del acoso sexual? ¿Cuán específicas son estas normas respecto de la definición del acoso sexual? ¿De qué norma o antecedente jurídico toma el tribunal su definición del acoso sexual?

8. ¿Cuál es el concepto de daño que tiene el tribunal? ¿Exige la Cámara la existencia de una relación jerárquica entre acosador y acosada? ¿Hay algún requerimiento de carácter sexual respecto de la conducta de los acosadores? ¿Cuáles son las acciones que configuran el carácter sexual de los actos de los acosadores en este caso?

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 595.

9. Evalúe los estándares de prueba aplicados en la sentencia para dar por probados cada uno de los requisitos que el tribunal analizó para definir el acoso sexual. En particular, observe la consideración del requisito de que las conductas de los acosadores no fueran bienvenidas o deseadas por parte de la demandante. Éste ha sido uno de los aspectos más controvertidos respecto de su prueba en la jurisprudencia de otros países. ¿Cuál es su opinión sobre la forma en la que el tribunal aborda la cuestión? ¿Cómo demostró Eliana que las conductas de sus jefes no eran bienvenidas? ¿Hubiera sido suficiente un simple comentario o manifestación de rechazo, o se requiere una conducta más activa? ¿Si Eliana hubiera mantenido una relación sentimental con alguno de sus acosadores durante algún tiempo, y las conductas estudiadas por el tribunal hubieran ocurrido luego de la terminación de esa relación, esa situación previa habría alterado en algún sentido la decisión del tribunal?

10. La legislación chilena y el proyecto sancionado por el Senado, y pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados argentina, reflejan dos opciones regulatorias distintas: la elección entre la respuesta laboral, por un lado, y la penal por el otro. El modelo chileno ofrece además un ejemplo procedimental alternativo al recurso inmediato al poder Judicial, al estipular un trámite en las instituciones públicas y privadas y luego un reclamo en la sede administrativa en la Dirección del Trabajo. Compare el modelo chileno y la propuesta argentina. ¿Qué ventajas y desventajas encuentra en ambas alternativas desde el punto de vista procedimental? ¿Cómo podría funcionar la prueba del acoso sexual en el modelo que prioriza la alternativa penal? ¿Qué beneficios puede tener la regulación de un procedimiento administrativo previo a la judicialización?

## B. SEGUNDO PROBLEMA: LA DESPROTECCIÓN DEL TRABAJO EN EL EMPLEO DOMÉSTICO

Una proporción importante de mujeres latinoamericanas se ocupa en la prestación de servicios domésticos como la limpieza, el cuidado de niños o adultos, o la cocina.<sup>130</sup> En general estas mujeres reciben salarios magros y sus condiciones de trabajo son, a menudo, precarias e informales. El trabajo en el servicio doméstico recibe, en la mayoría de las legislaciones de la región, un tratamiento excepcional, con estándares muy inferiores a la protección del “trabajo” en general. Las trabajadoras del servicio doméstico suelen quedar excluidas de la aplicación de regulaciones protectoras que comprenden beneficios como la limitación de la

<sup>130</sup> Ver, al respecto, el informe de la CEPAL citado más arriba: “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, disponible en [www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo\\_introduccion.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf).

extensión de la jornada laborable, las vacaciones pagas, las licencias por enfermedad o los permisos maternales. En ocasiones, el régimen de indemnización en el caso de despido sin causa prevé una reducción del monto a indemnizar.<sup>131</sup> En los casos del servicio doméstico sin retiro o de “puertas adentro”, la jornada de trabajo suele ser particularmente extensa; por su prolongación y la ausencia de períodos de descanso mínimos, raya en formas de esclavitud. Más aún, algunas legislaciones equiparan el trabajo en el servicio doméstico sin retiro a ciertas formas legales de servidumbre, cuando autorizan la paga con el solo alojamiento y la alimentación de la empleada. En otros ordenamientos jurídicos, la diferencia de estándares de protección se evidencia en la aceptación de un ámbito jurisdiccional distinto al judicial con estándares también más flexibles e informales.<sup>132</sup> Por otra parte, es usual que este tipo de trabajo lo desempeñen inmigrantes indocumentadas o mujeres de minorías étnicas.<sup>133</sup>

Los extractos de la siguiente sentencia de la Corte Constitucional colombiana reflejan la discusión planteada ante el tribunal. Se cuestiona el trato diferencial dispensado a los trabajadores del servicio doméstico respecto de ciertas protecciones del trabajo.

#### Corte Constitucional de Colombia

##### Sentencia C-372 de 1998

#### Problema jurídico

¿Es constitucional la dispensa de un trato específico para los empleados del servicio doméstico en las normas 162 y 267 del estatuto laboral colombiano?

#### Hechos

Se presenta una demanda en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, y se solicita que sean declarados inexecutable varios artículos del estatuto laboral colombiano:

Artículo 162: Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo, b) Los del servicio doméstico, ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo, c) Los que ejerciten actividades discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo.

<sup>131</sup> Así lo prevé la regulación del trabajo en el servicio doméstico en Argentina.

<sup>132</sup> Es el caso, por ejemplo, de los tribunales del servicio doméstico en Buenos Aires y México.

<sup>133</sup> Ver al respecto el estudio de la CEPAL citado más arriba: “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, disponible en [www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo\\_introduccion.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf).

#### Decisión

La Corte considera inexecutable los artículos demandados.

#### Extractos

[...] En lo referente al artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que determina las exclusiones de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, el actor demanda los literales relativos a los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo y a los del servicio doméstico, ya se trate de labores en centros urbanos o en el campo.

Contrario a lo planteado por el Procurador, la Corte considera que el actor presentó un cargo consistente en que [...] la preceptiva demandada consagra una discriminación en contra de los trabajadores exceptuados y a la vez les desconoce el derecho a laborar en condiciones dignas y justas, ya que, a juicio del actor, el empleador debe pagarles su “especialidad” y si no lo hace quebranta el principio a trabajo igual salario igual, así como el derecho a la igualdad de oportunidades, “respecto a los demás trabajadores”.

Dentro de su análisis, cita jurisprudencia anterior en la que se ha estimado que “la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono” (sentencia C-024-1998), por lo que, adicionalmente es claro que debe haber un descanso que es un derecho y que tiene como fines, entre otros, permitirle al trabajador “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona” (Sentencia C-710-1996).

Aclara empero, que según la naturaleza de ciertas actividades, es necesario para un empleador que determinados trabajadores tengan una mayor disponibilidad, sin perjuicio del derecho al descanso. Esta posibilidad es siempre vista como excepcional y, volviendo a citar fallos anteriores hace énfasis en que “la presencia del trabajador en días y horas distintos a los de la jornada normal no deben quedar al capricho del empleador, sino que han de venir previamente definidas en la ley y obedecer a circunstancias objetivas y razonables”.

Centrando su análisis en los dos supuestos objeto de estudio, como son por un lado los denominados empleados de dirección, confianza y manejo, precisa la Corte que

Centrando su análisis en los dos supuestos objeto de estudio, como son por un lado los denominados empleados de dirección, confianza y manejo, precisa la Corte que

Centrando su análisis en los dos supuestos objeto de estudio, como son por un lado los denominados empleados de dirección, confianza y manejo, precisa la Corte que

[...] revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.

Fundamenta su argumento en un fallo de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 23 de 1959) que si bien es bajo el orden de la Constitución anterior, considera pertinente para ilustrar su actual posición, ya que precisa qué actividad implica el desempeño de un cargo de “dirección, confianza o manejo”, concluyendo que “debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa, cuestión que corresponde al juzgador pues el derecho del trabajo no abandona a la voluntad de los particulares la fijación de sus conceptos”. Al finalizar el punto con este análisis, la Corte Constitucional desestima el cargo formulado en este aspecto.

Por otro lado, en lo referente al servicio doméstico, la opinión de la Corte comienza (sic) [por] reconocer que la excepción a la jornada máxima fue considerada tal por el legislador de entonces, al tener en cuenta las diferencias entre la familia y una empresa corriente, ya que por las características particulares relativas a las actividades familiares, la disponibilidad horaria difícilmente puede ser asimilada a otros ámbitos del trabajo económico y social.

Hace aquí una importante aclaración el colegiado, ya que en la sentencia C-051 de 1995, había estimado que “por las características propias de esta modalidad de trabajo” es “razonable la disposición del literal b) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye de la regulación sobre jornada máxima legal a los trabajadores del servicio doméstico”. Pero ahora precisa que “si bien es cierto que la familia tiene características singulares que no la asimilan a un patrono corriente, la Corte estima pertinente conciliar la protección que la Constitución brinda al núcleo familiar con las condiciones dignas y justas en que, de conformidad con la misma Carta Política, debe desarrollarse la actividad doméstica”.

En este orden de ideas, a juicio de la Corte,

[...] una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las garantías mínimas del trabajador.

Sólo en las anteriores condiciones la norma acusada puede ser exequible, de modo que aun cuando sea posible la exigencia de laborar durante un período de tiempo superior a la jornada máxima fijada legalmente, para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral.

A pesar de que la reflexión apunta a declarar la inexecutable del literal B del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, por una cuestión de conveniencia, la Corte estima que condicionarlo en ciertos términos específicos, es la alternativa más razonable, ya que “si llegara a declararse la inexecutable, bajo estrictas condiciones de solidaridad y dignidad del trabajador, no hay duda acerca de que ello tendría un efecto perverso, generando desempleo y, eventualmente, la desaparición del trabajo doméstico”.

Los términos en los que se condiciona la executable de la norma son, por un lado el máximo de diez horas diarias como ya se mencionó que “en lo que toca con los trabajadores del servicio doméstico que no viven con el patrono en forma permanente, la Corte estima que para ellos rigen las normas ordinarias en materia de garantías salariales y prestaciones sociales”.

Y por el otro, en lo referente al descanso compensatorio, la mayor disponibilidad no puede de ninguna manera renunciar a este beneficio. Por lo expuesto, la Corte declara inexecutable la frase “sin derecho al descanso compensatorio” del artículo 182.

#### Salvamento de voto

El magistrado José Gregorio Hernández Galindo salva su voto en el punto específico de la jornada laboral del servicio doméstico; porque a pesar de estar de acuerdo con la filosofía que inspira la sentencia, cree que cuando

[...] la Constitución Política reconoce expresamente la dignidad de la persona humana (arts. 1 y 5); proclama la igualdad y proscribida toda clase de discriminaciones (art. 13 C.P.); prohíbe toda forma de esclavitud o de servidumbre (art. 17 C.P.); establece la garantía de protección especial para todas las modalidades del trabajo (art. 25 C.P.); consagra como derecho fundamental el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 C.P.); estipula como fundamento básico del ordenamiento en materia laboral y como derecho mínimo de los trabajadores el que tienen al descanso necesario (art. 53 C.P.); y declara sin rodeos que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (art. 53 C.P.).

No puede excluir de estos principios una norma legal en la que todo un sector de trabajadores “está excluido de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, lo cual implica que estará expuesto de manera ‘lícita’ a que se le exija laborar en forma continua durante veinticuatro horas al día”; considerándola entonces totalmente inconstitucional.

Su salvamento de voto va dirigido entonces a la “condicionalidad de exequibilidad” impuesta por la mayoría del colegiado, ya que, en su entender, la sentencia, a pesar de reconocer en la parte motiva del fallo que el límite al período de trabajo que exceda la jornada máxima ordinaria “quebranta las garantías mínimas del trabajador”, por un supuesto tema de conveniencia, lo mantiene como exequible. Conveniencia que, para el entender del magistrado Hernández es

[...] ajena a la función de defensa de la Carta que a esta Corporación corresponde.

[...] Además de la falta de argumentos para sostener ese peculiar fundamento de la exequibilidad, me parece preocupante que la Corte no busque realizar el principio constitucional de la solidaridad ni la dignidad del trabajador “bajo estrictas condiciones”. Debería hacerlo así: no olvidemos que el trabajo, la solidaridad de las personas que integran el conglomerado sujeto al orden jurídico y la dignidad de la persona humana son fundamentos del Estado social de derecho y del sistema que la Constitución instaure, como con claridad lo proclama su artículo primero.

Finaliza el salvamento de voto con la opinión de que la sentencia es contradictoria ya que, por una parte:

[...] declara la exequibilidad del precepto que excluye al aludido sector de trabajadores de la jornada máxima laboral, pero a renglón seguido la condiciona “en el sentido de que los trabajadores domésticos que residan en la casa del patrono no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias”.

### *Cuestiones a debatir*

La lógica estructurante de las relaciones con las prestadoras del servicio doméstico se suele describir como la lógica de un intercambio social, “la de un ajuste flexible entre las expectativas y las aportaciones recíprocas, basado en un sentimiento de confianza mutua, más desarrollado cuanto más prevalece la personalización de las relaciones sobre las condiciones estipuladas por el contrato social”.<sup>134</sup>

<sup>134</sup> Michel Lallement, “Familia y empleos de servicio”, en Margaret Maurani, Chantal Rogera,

También es usual identificar el conflicto entre mujeres de diversa clase que se patentiza en este tipo de contrataciones. En ese sentido, feministas y críticos de la regulación del empleo doméstico han señalado las complejidades del abordaje de este tipo de trabajo. Se preguntan si estos empleos no

[...] se nutren tal vez de una remultiplicación de las desigualdades sociales y de unas diferenciaciones salariales que estaríamos autorizados a discutir? ¿Vender una parte del propio tiempo a otra persona no presupone acaso, en efecto, que ésta tenga la oportunidad de obtener gracias al ejercicio de otra actividad, una remuneración más elevada, en lugar de realizar personalmente dicho servicio?<sup>135</sup>

No todas las feministas coinciden en la crítica a todo tipo de servicio doméstico. Algunas proponen diferenciar las formas de contratación del servicio doméstico y contemplar el hecho de que no todas las relaciones que de éstas surgen implican formas de explotación de una clase de mujeres hacia otra, o requieren de la dispensa de estándares inferiores de protección. Es importante tomar en cuenta las diferencias que existen en las prácticas de contratación y formas de trato del personal doméstico, ya que los datos sociológicos dan cuenta de que tanto para las trabajadoras como para las familias o personas individuales que contratan los servicios domésticos, cuando se respetan los estándares tradicionales de protección del trabajo, se trata de formas dignas de trabajo, e incluso para algunas mujeres, entre ellas las inmigrantes, estas ocupaciones pueden ser mecanismos efectivos de inclusión.<sup>136</sup> Este grupo de feministas promueve la regulación del trabajo en el servicio doméstico con los mismos estándares de protección del trabajo en general y proponen la eliminación de todas las cláusulas y regulaciones que fomentan el trato específico de las trabajadoras del servicio doméstico.

Por último, las feministas también han hecho notar que las condiciones de aislamiento del trabajo en el servicio doméstico dificultan la acción colectiva para el reclamo de derechos laborales y la exigibilidad de las normas aplicables. La exigibilidad se dificulta aún más cuando las trabajadoras son migrantes sin documentos.<sup>137</sup>

Teresa Torres, comps., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, Icaria, Barcelona, 2004, p. 237.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>136</sup> M. Lallement, “Familia y empleos de servicio”, *op. cit.*, p. 245.

<sup>137</sup> Ver, en general, Peggy R. Smith, “Regulating Paid Household Work: Class, Gender, Race and Agendas of Reform”, *American University Law Review* 48, 1999, p. 851.

## Preguntas

1. Identifique los argumentos que brinda la Corte colombiana para fundar la inexequibilidad de los artículos referidos al servicio doméstico. ¿Se refiere la Corte a las desigualdades de género implícitas en el debate sobre el servicio doméstico? ¿Entre las razones dadas por la Corte para fundar su decisión, encuentra algún argumento que se pueda calificar como feminista? ¿Qué opina de los argumentos de la Corte sobre las diferencias entre los empleadores familiares y las empresas?

2. ¿Puede identificar algún argumento feminista para justificar una decisión contraria a la que toma la Corte colombiana? ¿Cuál sería?

3. ¿Qué mecanismos de supervisión podrían velar por el respeto de las normas que exigen trato igualitario en ciertas condiciones de trabajo en el servicio doméstico?

### C. TERCER PROBLEMA: LOS MÚLTIPLES MECANISMOS DE LA DOMINACIÓN. EL TRABAJO DE LAS MUJERES MIGRANTES

La pauperización extrema de las condiciones de trabajo y el desconocimiento de los derechos laborales más básicos es una manifestación de las formas de explotación que se registran actualmente en el ámbito del empleo. En ocasiones estas situaciones de explotación se agudizan ante la presencia de trabajadores migrantes, cuya condición de extrema vulnerabilidad y frecuente ilegalidad favorecen la explotación —las víctimas de ese trato no cuentan con recursos o instancias que les permita presentar la debida denuncia—.<sup>138</sup>

Los trabajadores migrantes en América Latina son, en general, objeto de múltiples discriminaciones. La precariedad es una característica importante, aunque la realidad y las experiencias varían significativamente de país a país.<sup>139</sup> De acuerdo con datos de las Naciones Unidas, en el año 2005 vivían aproximadamente 6.600.000 migrantes internacionales en América Latina, el 1,2% de la población de los países de la región; el 50,3% son mujeres.<sup>140</sup> Entre 1965 y 1990, según datos publicados por la División de Población de las Naciones

<sup>138</sup> La trata de seres humanos es un fenómeno que afecta principalmente a mujeres y niños y que desemboca en las peores formas de trabajo infantil y explotación. Ver “La hora de la igualdad en el trabajo”, OIT, Ginebra, 2003 (párrafos 267 y siguientes).

<sup>139</sup> Ver Alejandro Grimson y Elizabeth Jelin, comps., *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2006.

<sup>140</sup> Ver “World Migrant Stock: The 2005 Revision Population Database”, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>.

Unidas, obtenidos por medio de censos demográficos que incluyen migrantes documentados e indocumentados, en la mayor parte del mundo la población de trabajadoras migrantes aumentó más rápidamente que la de los migrantes varones. El porcentaje de mujeres migrantes superó el de los hombres en los principales países de destino, ya sea industrializados o en vías de desarrollo.<sup>141</sup> Sin embargo, dado que las áreas de la economía y del empleo donde se concentra la contratación legal de migrantes son aquéllas tradicionalmente vinculadas con la ocupación masculina, este estudio concluye que las posibilidades de las mujeres de migrar legalmente a los países receptores de mano de obra extranjera son bajas.

La feminización de las corrientes migratorias se ha convertido en sinónimo de precarización. Las trabajadoras migrantes no sólo son más vulnerables a la discriminación, la explotación, el abuso y la violencia que los trabajadores migrantes, sino que también lo son en mayor proporción que las mujeres locales del país receptor.<sup>142</sup>

Esta vulnerabilidad ha sido abordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en 1990 aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.<sup>143</sup> La Convención define al “trabajador migrante” como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.<sup>144</sup> A partir de preocupaciones similares, el Programa

<sup>141</sup> Ver Gloria Moreno Fontes Chammartin, “Feminización de la migración”, Programa de Migraciones Internacionales, OIT, Ginebra. Disponible en [www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/publ/129/7.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/publ/129/7.pdf).

<sup>142</sup> De acuerdo con el estudio de la OIT citado en la nota anterior, “[...] muchas de las jóvenes trabajadoras o niñas que acaban siendo objeto de distintas formas de coacción, raptos, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, pertenecen indudablemente a la categoría de víctimas de trata de personas. Entre las distintas formas de explotación de que son objeto estas mujeres, jóvenes o niñas, cabe mencionar el trabajo en el sector de la construcción, en pequeños comercios, la pesca, la fabricación de calzado, el trabajo agrícola en plantaciones y el trabajo doméstico. Sin embargo, la mayoría de las víctimas de la trata son llevadas a otros países o lugares distantes con el fin de ser sometidas a la explotación sexual”. *Ibid.*, p. 50.

<sup>143</sup> Aprobada el 18 de diciembre de 1990 mediante la resolución 45/158, y pendiente de ratificación por el número de países necesarios para su entrada en vigencia.

<sup>144</sup> En términos generales, la Convención reconoce los siguientes derechos vinculados con el empleo: Artículo 25. 1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y las prácticas nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a

de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, indicó que:

Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados.<sup>145</sup>

En esta sección se presentan dos casos resueltos por los tribunales de justicia de países de la región en los que se analiza la vinculación entre los derechos laborales y la situación de los migrantes de distinto estrato social. En el primer caso, resuelto por la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, se analiza la facultad de un Estado de establecer condiciones de contratación discriminatorias entre nacionales y extranjeros. En el caso de la republica Argentina, por el contrario, el análisis de la aplicación de las normas laborales se refiere al caso de trabajadores migrantes indocumentados. Finalmente, la opinión consultiva solicitada por México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de la trascendencia que tiene para la región la situación de los migrantes indocumentados y el eventual reconocimiento de sus derechos.

#### Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

##### Sala Constitucional<sup>146</sup>

19 de mayo de 1993

#### Problema jurídico

¿Es discriminatoria la norma que limita el ejercicio del notariado en Costa Rica a los nacionales del país?

la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo. 2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo. 3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

<sup>145</sup> Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10.1.

<sup>146</sup> Voto 02093-1993, expediente 2486-92, 19 de mayo de 1993.

#### Hechos

Una ciudadana extranjera promovió una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley Orgánica del Notariado que, para el ejercicio de esa profesión exige, entre otros requisitos, ser costarricense.

#### Decisión

La Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pues suponía una discriminación irrazonable en perjuicio de los extranjeros al violar su derecho a la igualdad y al trabajo.

#### Extractos

[...] En esta acción se discute en el fondo si la distinción que hizo el legislador, contenida en el artículo 3° de la Ley Orgánica de Notariado, es razonable, o si por el contrario es discriminatoria y por ende inconstitucional. El texto de la norma dice:

Para optar el título de Notario se necesita ser costarricense por nacimiento o por naturalización pero de origen centroamericano y en este último caso graduado mediante examen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; del Estado seglar, mayor de edad, abogado de los Tribunales de la República, notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados, y no tener motivo legal de incapacidad para el ejercicio del cargo. Los naturalizados deberán acreditar, además, que en su país de origen se concede reciprocidad.

[...] Nuestra Constitución Política reconoce la igualdad entre nacionales y extranjeros, en cuanto a deberes y derechos, “con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen”. Dentro de las excepciones de constitucionalidad están, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país (art. 19) y la de ocupar ciertos cargos públicos (arts. 108 para diputados, 115 para el presidente de la Asamblea Legislativa, 131 para presidente y vicepresidente de la República, 142 para los ministros, y 159 para los magistrados). Como excepciones a este principio, pero de rango legal, existen muchas más como las que regulan y restringen la entrada y salida de extranjeros y las contenidas en la legislación laboral para garantizar a los costarricenses el acceso al trabajo con prioridad en determinadas circunstancias (art. 13 Código de trabajo). Sobre este tema, la Sala ha señalado ya que la frase “con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establezcan” no contiene una autorización ilimitada, sino que permite al legislador establecer excepciones lógicas, derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías —nacionales y extranjeros—, de tal forma que

no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización del principio de igualdad. En lo que interesa dice el voto 1440-92 de las quince horas treinta minutos del dos de junio del año pasado:

Tampoco viola la norma cuestionada lo dispuesto en el artículo 33 de nuestra Constitución, pues lo que establece el principio de igualdad es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que a ellas corresponda, evitando distinciones arbitrarias, lo cual sólo puede hacerse con la aplicación de criterios de razonabilidad. De esta forma, las únicas desigualdades inconstitucionales serán aquellas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución.

En el caso concreto tenemos que nuestra Constitución permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros [...] por supuesto que esas excepciones han de ser lógicas y derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización de la igualdad, como lo sería el decir en una ley que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho fundamental, pues éstas serían irracionales. Las únicas posibles son [...] las que lógicamente deban hacerse por la natural diferencia que existe entre estas condiciones (nacionales y extranjeros) como lo es, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos, del país.

[...] Esta Sala ha admitido ya que la función notarial es pública, pero no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. La ley puede establecerlo así, pero el fundamento para proceder de ese modo debe ser manifiestamente lógico y razonable: no puede fundamentarse simplemente en que así lo quiere la ley. Es decir, la naturaleza de la función —pública o privada— no constituye sin más, a priori, una razón suficiente para normar un trato jurídico distinto, mucho menos cuando se alcanza a ver, como en el caso de los notarios, que el ejercicio de esa función, eminentemente técnica, todo lo que razonablemente exige es competencia técnica o profesional —lo cual lo prevé el requisito de que el notario ha de ser abogado, condición ésta que no excluye al extranjero— e idoneidad ética o moral —calidad que no sólo satisfacen los que ostentan una nacionalidad determinada—. Si el extranjero que tiene la calidad de abogado incorporado al respectivo Colegio, puede ejercer su profesión en Costa Rica, no hay razón suficiente, evidentemente, para explicar

por qué no ha de acceder a la función notarial. Si tal razón suficiente y evidente no existe, hay que presumir que la diferencia se base en la pura nacionalidad, lo cual es una discriminación contraria al principio de igualdad.

[...] Al violarse el derecho a la igualdad en los términos expuestos, es lógico que por tratarse de una función laboral se afecte también el derecho al trabajo, porque éste debe comprenderse en armonía con el principio de igualdad, de tal forma que si no es legítima la excepción contenida en la norma, tampoco es legítima la limitación de trabajo que establece. Sólo sería válida la limitación a la libertad de trabajo, si existiera una norma racional que la impusiera, y como ya se explicó, la limitación contenida en el artículo 3° de la ley de notariado vigente no es legítima por no ser racional. Se declara con lugar la acción, por violación a los derechos de igualdad y de trabajo.

#### Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Argentina

Ricardo Hans O. Nauroth y Echeagaray y otra contra Nicolás O. D'Onofrio  
7 de septiembre de 1973<sup>147</sup>

#### Problema jurídico

¿Es válido el contrato de trabajo celebrado por una trabajadora extranjera que reside en el país en infracción de la ley de inmigración?

#### Antecedentes

Ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se convoca a las salas a emitir un fallo plenario que unifique la posición sobre la pregunta jurídica planteada.

<sup>147</sup> Fallo del 7 de septiembre de 1973, publicado en DT 1973, 703. A la fecha de este fallo plenario regía en Argentina la ley 17294 que, en el artículo 1° disponía: "Los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país y los que hubieren ingresado y permanezcan en calidad de residentes temporarios, no podrán desarrollar tareas o actividades remuneradas en todo el territorio de la República ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia [...]". Si bien esta ley no se encuentra vigente, la actual normativa sobre migraciones, ley 25871, contiene disposiciones de un alcance similar a lo resuelto en este fallo plenario: "Artículo 16. La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo". "Artículo 55. [...] ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente". "Artículo 56. La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria".

**Decisión**

Se resuelve que, aun cuando el contrato de trabajo haya sido celebrado con un ciudadano extranjero en violación de las normas de inmigración, el empleador no podrá beneficiarse de la ilicitud de la contratación sino que deberá pagar la retribución pactada por el trabajo cumplido.

**Extractos**

[...] El contrato de trabajo celebrado por un inmigrante clandestino o temporario, respecto del cual no se dieron cumplimiento a las disposiciones de la ley 17294 debe ser considerado válido a los efectos de las disposiciones del derecho laboral, particularmente en materia salarial y de protección del despido injustificado, no pudiendo el empleado ampararse en la norma del artículo 1° de la citada ley (del dictamen del subprocurador del Trabajo).

[...] No podemos de ningún modo cerrar los ojos a la realidad afirmando que el supuesto que nos ocupa, de trabajo de inmigrantes clandestinos, sea una excepción. Muchos cientos están en esas condiciones, cientos de trabajadores que se suman a los que de algún modo, desde los más variados ángulos, integran el montón heroico y anónimo que con su trabajo hacen algo eficiente o útil para el país y cuyos derechos emergentes de un contrato de trabajo no pueden serles retaceados o desconocidos, dejando a salvo, desde ya, las sanciones que puedan aplicárseles en la esfera administrativa —de policía migratoria— en salvaguardia del orden público interno y de nuestra soberanía.

Invalidar un contrato de este tipo [celebrado con un extranjero que reside en forma ilegal en el país], aparte de favorecer al dador de trabajo que es en tal supuesto el infractor de la ley, perjudica a quien desde el punto de vista económico es el más débil y permite a aquél escudarse en su propia torpeza (art. 929 Cód. civil y concordantes) o inexcusable ignorancia de sus obligaciones, prevaleciéndose así de su infracción para privar de los beneficios legales al que le prestó servicios. Habría en ello un enriquecimiento sin causa por parte del empleador y se volvería la ley contra sí misma, pues de este modo se estimularía a los empleadores a desoír sus dictados y beneficiarse —en contra de los trabajadores argentinos y de los extranjeros con residencia legal— con una mano de obra que resultaría, en definitiva, menos onerosa.

[...] En mi opinión, si un empleador [que no cumple] con las disposiciones de la ley 17294, da trabajo a un extranjero que no acredita ante él su entrada legal al país y la habilitación para efectuar tareas remuneradas, ese contrato de trabajo ha de considerarse válido a los efectos de las disposiciones del derecho laboral, y surgen de él todos los efectos legales sin distinciones que por otra parte la ley no hace; es decir el

principal, en este caso, está obligado a abonar los salarios devengados por el trabajador por sus servicios y prestaciones complementarias y eventualmente, producido el despido no puede el empleador ampararse en la norma del art. 1° de la ley 17294, que él mismo violó, para considerar como justificado tal despido y liberarse así de la obligación de indemnizar que imponen las leyes generales.

Debo señalar, pues, que la existencia de nulidad, cuando se trata de violación de lo previsto en leyes de orden público, adquiere en el campo del derecho del trabajo peculiaridades que responden a los principios en que se sustenta, de los cuales es imposible excluir el de tutela y protección del trabajo humano subordinado.

La tutela y protección del trabajo, como expresiones de política social, no sólo juegan dentro del campo del derecho privado o individual, sino que es preciso contemplarlas dentro del campo administrativo y eventualmente del derecho colectivo, dentro de los cuales es pertinente advertir diferencias en el reconocimiento de derechos a los trabajadores extranjeros, cuando en ello está en tela de juicio el bienestar y seguridad de los nacionales, dentro de cuyo régimen se integran aquéllos en tanto se sometan sin reparos a las leyes de la República. Ello no resulta caprichoso, en tanto responde al orden necesario dentro del Estado y la jerarquía que cabe dotar a sus instituciones, las cuales conforman un criterio de justicia que cubre a todos en tanto se integran dentro de una comunidad jurídica y políticamente organizada.

De allí que siendo potestad de la autoridad referida, establecer las normas a las que deberán ajustarse las condiciones de admisibilidad de los residentes temporarios y los eventualmente ingresados ilegalmente, porque lo han hecho violando las leyes de la Nación, resulta obvio la adopción de medidas destinadas a impedir que se proceda a crear conflictos internos indiferentemente de su calidad y naturaleza por la presencia de esas personas que reclaman derechos que exceden a los que les han sido reconocidos en el primer caso, o que tras violar la ley, reclaman posteriormente su amparo en el segundo.

Además, no debo silenciar que dentro de la función que incumbe al Estado, como coordinador y control de la prestación laboral dependiente, cuya tutela jurídica es innegable, está la de resguardar la ocupación plena de los habitantes genuinos del país, y es entonces coherente que se prive de dicho beneficio a los que no cumplen los recaudos mínimos exigidos para el afincamiento definitivo.

Conforme lo establece la ley vigente, que motiva la convocatoria (art. 1° ley 17294), encuentro inequívoco que los extranjeros ingresados ilegalmente al país, o quienes lo hayan hecho permaneciendo como residentes temporarios, no pueden desarrollar tareas ni actividad remunerada, ya sea por cuenta propia o ajena, en todo el territorio nacional. Esa limitación importa, como es obvio, que el contrato de trabajo habido entre trabajadores sin radicación otorgada en legal forma y sus empleadores, deba calificarse "*contra legem*" y por lo tanto insusceptible de contar con efectos jurídicos en tanto se configura con él la obligación de prestar un servicio contrariando lo

ordenado por una ley de orden público (art. 21 Cód. civil), careciendo por lo tanto del amparo de las leyes que contemplan las relaciones concertadas entre quienes comprometen sus servicios ajustándose a las normas básicas que regulan el ejercicio de su actividad.

Por lo tanto, el contrato de trabajo realizado violando la ley no es pasible (sic) de tutela legal; pero sin embargo, los efectos de la nulidad emergentes de ésta no alcanzan a la integralidad de las prestaciones porque, siendo las emergentes de la relación laboral, de tracto sucesivo, y por lo tanto de ejecución continuada, la nulidad sólo es para el futuro y alcanza sólo a los créditos que tendrían vigencia posteriormente a la exteriorización de la nulidad del acto. Por eso debo considerar viable, incluso sobre la base del principio del enriquecimiento sin causa, que los salarios recibidos y las eventuales diferencias que podrían emerger, resultan créditos admisibles, porque también se encuentran amparados por el orden público y la tutela que cabe al trabajo humano subordinado, dada su conexidad con las contraprestaciones que realmente se hicieran entrega las partes en la relación, como consecuencia de su ejecución.

#### Corte Interamericana de Derechos Humanos

##### Opinión consultiva OC-18/03

#### Problema jurídico

¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

#### Hechos

El 10 de mayo de 2002, el Estado de los Estados Unidos Mexicanos solicitó la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la

[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos [...].

#### Decisión

La Corte resolvió que la aplicación y vigencia de los derechos humanos, entre ellos los derechos de carácter laboral, no puede estar subordinada a la situación migratoria de una persona. Esa calidad migratoria no puede constituir una justificación para

privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere unos derechos como trabajador que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado donde ejerce ese empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales de los demás trabajadores del Estado, y éste debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

#### Extractos

[...]  
Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

[...]  
Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

[...]  
Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

[...]  
Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea

razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

[...]  
La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

[...]  
Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

[...]  
Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el preámbulo de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares consideró "la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo".

[...]  
Hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes "no han sido debidamente reconocidos en todas partes" e incluso los trabajadores indocumentados "son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y [...] para determinadas empresas [, lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal".

[...]  
Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relacio-

nes laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

[...]  
De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

[...]  
Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

[...]  
Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

[...]  
El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

[...]  
En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a

los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

[...]  
 Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

[...]  
 En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

[...]  
 La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

[...]  
 Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.

### *Cuestión a debatir: la vinculación entre el estatus de los migrantes, los derechos laborales y el género*

Dos argumentos posibles vinculan el estatus de los migrantes con el reconocimiento y ejercicio de los derechos laborales. Por un lado, se argumenta a favor de la protección de la parte evidentemente más débil de la relación laboral —el trabajador indocumentado— y la necesidad de resguardar el pleno ejercicio de sus derechos laborales: lo contrario significaría beneficiar ilegítimamente a quien se sirvió del trabajo ajeno sin pagar una debida retribución. Esta posición se sustenta en los principios del derecho laboral, así como en las normas internacionales y constitucionales que establecen el derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros.

Por otra parte, se debate acerca de la forma en la que deben interactuar el derecho laboral y las normas migratorias, de modo que uno y otro no desnaturalicen los fines de cada cual. Si uno de los propósitos de las normas de inmigración es disminuir el ingreso y permanencia de personas en situación de ilegalidad, entonces se argumenta que permitir a un empleador burlar el contenido y las consecuencias de las normas laborales con trabajadores ilegales no hace sino promover la inmigración ilegal.<sup>148</sup>

Las feministas han denunciado la larga invisibilidad de las extranjeras en el discurso científico y el debate público sobre la inmigración, tradicionalmente moldeados por la perspectiva del inmigrante varón.<sup>149</sup> Si bien los casos transcritos son argumentados en términos neutros frente al género del inmigrante, muestran en qué medida el debate sobre el estatus legal de los inmigrantes trabajadores refleja la invisibilización del fenómeno de las mujeres inmigrantes que reclaman las feministas. Por otra parte, estas discusiones son relevantes para la defensa de los derechos de las migrantes trabajadoras, a pesar de su pretendida neutralidad.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> En ese sentido, el National Labor Relations Board sugería que se otorgara la indemnización especial por despido al trabajador indocumentado, como un mecanismo efectivo para desalentar a los empleadores a contratar personas indocumentadas.

<sup>149</sup> Françoise Gaspard, “Invisibles, demonizadas, instrumentalizadas: las figuras de las inmigrantes y sus hijas”, en Margaret Maurani, Chantal Rogera, Teresa Torres, comps., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 270.

<sup>150</sup> Sobre este tema en el contexto estadounidense, ver en general, Linda Nelly, “The Fantastic Adventure of Supermom and the Alien: Educating Immigration Policy on the Facts of Life”, *Connecticut Law Review* 31, 1999, p. 1045; Melanie Ryan, “Swept Under the Carpet: Lack of Legal Protection for Household Workers: A Call for Justice”, *Women’s Law Review* 20, 1999, p. 159; Debra Cohen-Whelan, “Protecting the Hand that Rocks the Cradle: Ensuring the Delivery of Work Related Benefits to Child Care Workers”, *Indiana Law Review* 32, 1999,

## Preguntas

1. ¿Cuál es la relación entre la situación migratoria y la aplicación de la legislación laboral en general?
2. ¿Qué garantías deben contemplar las normas migratorias para que las posibilidades de reclamo de la aplicación de los derechos laborales sean reales? ¿Qué vinculación hay o debería haber con las normas sobre expulsión y deportación de personas que residan de manera ilegal?
3. Las sentencias y la opinión consultiva transcrita no hacen referencia al género como una categoría de relevancia para el análisis de la coordinación de la regulación migratoria y la protección de los trabajadores. ¿Considera que algún argumento feminista o alguna consideración sobre el género de los inmigrantes podría contribuir a mejorar los fundamentos de estos extractos? En caso afirmativo, ¿cuáles serían esos argumentos? ¿Cuáles serían las ventajas de introducir una perspectiva de género en los argumentos de estos casos?
4. En las referencias a las mujeres empleadas en el servicio doméstico es frecuente encontrar una presencia importante de mujeres migrantes. ¿Considera que los argumentos de las sentencias y la opinión consultiva transcrita serían aplicables sin inconvenientes al caso de las mujeres migrantes empleadas en el servicio doméstico? Como lo mostró la exposición del problema anterior, el empleo en el servicio doméstico suele caracterizarse por estándares regulativos diferenciados y de menos protección para las empleadas. ¿Estima que los argumentos que promueven un trato no discriminatorio entre empleados nacionales y migrantes serían aceptados para la defensa de una trabajadora migrante en el servicio doméstico?
5. ¿Considera que la integración de una perspectiva de género que dé cuenta de las diferencias entre migrantes de distinto sexo en las líneas argumentales de los extractos de sentencias y opinión consultiva transcritos podría perjudicar en algún sentido la defensa de los derechos de los inmigrantes como grupo?

p. 1187; Mary Romero, "Immigration, the Servant Problem, and the Legacy of the Domestic Labor Debate", *University of Miami Law Review* 53, 1999, p. 1045.

## Capítulo tres FAMILIA

Isabel Cristina Jaramillo<sup>1</sup>

### LA FAMILIA NUCLEAR COMO IDEAL

La estrecha relación de la familia con los discursos dominantes sobre la sexualidad, la reproducción, la producción y la violencia la ha convertido en centro de múltiples debates feministas. El objeto de la crítica de las feministas del siglo XX ha sido la concepción, dominante desde el siglo XIX, de la familia nuclear como un "orden natural" que articula una sexualidad "natural" —la heterosexual y monógama—, una reproducción "natural" —la heterosexual y con la crianza a cargo de la madre—, una producción "natural" —por fuera del hogar y a cargo de los hombres—, y una disciplina "natural" —la de los hombres sobre las mujeres y los niños y de las mujeres sobre los niños—.

La familia como categoría de análisis, en efecto, puede incluir y ha incluido agrupaciones de muy diversos tipos; por esto afirmar que aparece en el siglo XIX puede no tener sentido en muchos contextos argumentativos. Sin embargo, las ideas sobre la familia y las prácticas dominantes hoy sí hunden sus raíces en debates particulares que se iniciaron en ese siglo y que aún tienen vigencia.<sup>2</sup>

El ideal de la familia nuclear que se consolidó en el siglo XIX enfatizó cuatro ideas. Primera: que la familia debía ser el lugar principal para el despliegue

<sup>1</sup> Profesora de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

<sup>2</sup> Ver Lawrence Stone, *The Family, Sex and Marriage in England, 1500-1850*, Harper, New York, 1979; Jacques Donzelot, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1998; Philippe Ariès, *Centuries of Childhood*, Vintage Books, New York, 1962; Edward Shorter, *The Making of the Modern Family*, Basic Books, New York, 1977.