

## **Discriminación inversa.**

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 como **discriminación inversa**. Se intenta corregir una **desigualdad de la realidad** a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester **discriminar para igualar**, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas. Se deja atrás el viejo concepto de **igualdad formal** y se avanza hacia una **igualdad real**, hacia una igualdad de oportunidades (ver Jimenez, E.P., "Los derechos humanos de la Tercera Generación", Bs. As., 1997, ps.- 75/6).- Todo ello con fundamento en que **no son suficientes las medidas de protección**, sino que es necesario una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes. Es necesario, además de "**facilitar**" el disfrute de un derecho, "**hacer efectivo**" directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (Gialdino, R. "Observaciones y Recomendaciones Generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos", Rev.- Investigaciones, 1/2, 2001, p. 159).- En tal sentido, **no basta con el reconocimiento de los derechos** sino que es necesario, también, **promoverlos y garantizarlos** para que sean efectivos.- Las garantías son diversas: **a)** nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; **b)** recursos adecuados ante los tribunales; **c)** imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos; etc. No obstante, **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 trabee la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; impedir el corporativismo (Vittadini Andrés, S., "Los límites del principio de igualdad ante la ley", ED, 173-795).- **La discriminación inversa por razones de sexo**. En cuanto a la discriminación por razones de sexo, cabe señalar que si bien **no subsisten discriminaciones legales**, en los hechos suele ocurrir que las mujeres perciben salarios menores a los de los hombres, o que no puedan acceder a determinados puestos de importancia. Ello ocurre en nuestro país y también en el resto del mundo, según se desprende de los datos consignados en el informe del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional.- En tal contexto, **debe asegurarse** a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también **debe garantizarse** que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar (Kiper, C., "Derechos de las minorías ante la discriminación", p. 309). Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la **discriminación indirecta** en razón del sexo es que el empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están **objetivamente justificadas**, lo que debe ser valorado por los jueces. Los tribunales deben ser rigurosos, ya que las normas que protegen frente a las discriminaciones indirectas tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que tienen un efecto discriminatorio sobre las mujeres (McGlynn, C. y Farrelly, C., "Equal Pay and the >Protection of Women within family life=", European Law Review, vol.- 24, n° 2, abril de 1999, p. 202).- Señala M.- Ackerman que "Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale **tanto para los hombres como para las mujeres**. Por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y

necesario en los trabajos de enfermería -actividad en que la población laboral suele ser predominantemente femenina- normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad. Por último, si la explicación se reduce a que la prohibición legal debe entenderse justificada para aquellos trabajos que pudieren poner en peligro la capacidad de gestación -que no es en estos términos como aparece reseñada en la legislación argentina- igual restricción debería corresponder para los que, de igual forma o en términos similares, afectaran a los hombres" ("La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina", Ed. Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Bs. As., 2000).- Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, **se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades**, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un **inequívoco contenido discriminatorio**.- Por último, si bien es cierto que las Constituciones Nacionales garantizan la **libertad de contratar**, también lo es que los derechos que reconoce dichas Constituciones no son absolutos sino que están **sujetos a las leyes que los reglamenten**. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las **discriminaciones directas**-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas **discriminaciones indirectas** o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. del 22/3/99, nº 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485).-En las próximas ediciones del newsletter analizaremos la **normativa y jurisprudencia internacional** vinculado con la discriminación inversa. **Fuente:** Causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo" - Cámara Nacional en lo Civil - SALA H - 16/12/2002.

### **3. Discriminación Inversa (4ta parte)**

En la edición correspondiente al mes de Enero iniciamos una serie de artículos vinculados con la **"Discriminación Inversa"**. A través de las sucesivas ediciones analizamos el alcance del **concepto** y su incidencia en el **ámbito laboral** (Edición Nº 19), la **normativa internacional** (Edición Nº 20) y la **jurisprudencia internacional** (Edición Nº 21). Quienes no hayan leído tales artículos, pueden acceder a ellos consultando las mencionadas ediciones en nuestra página web <[www.EncuentroJuridico.com.ar](http://www.EncuentroJuridico.com.ar)> Con la presente edición, culminamos esta serie de artículos analizando el reciente fallo judicial dictado en la denominada **"Causa Freddo"**. Cabe aclarar que "Freddo" es una cadena de heladerías que se ha caracterizado por contratar personal masculino para el desarrollo de sus actividades. La **Fundación Mujeres en Igualdad** inició un **amparo colectivo** contra la empresa Freddo S.A., alegando que ésta realiza **prácticas discriminatorias** contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, la demandada rechaza la contratación de personal femenino.

La justicia entendió que en el caso sometido a consideración, 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 el margen de discrecionalidad que

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

De las constancias agregadas en el expediente surge que el 24 de diciembre de 1999 se presentó ante un notario el coordinador y docente de la **Clínica Jurídica de Interés Público** que funciona en la Universidad de Palermo. El escribano concurrió a diversas heladerías (no pertenecientes a la cadena Freddo) y constató que había **mujeres** atendiendo al público. El 23 de octubre de 2000, otra escribana, también a pedido de la referida clínica, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo, y constató que eran **hombres** los que atendían al público.-

También se agregó al expediente judicial la copia de un aviso aparecido en un diario, en el que Freddo solicita "100 empleados de atención al cliente", "70 repartidores", y "20 caminantes" y, **entre los requisitos exigidos se menciona el "sexo masculino"**. En otro aviso, en el que se solicitaron "50 empleados de atención al cliente" dirigido a "quienes posean muy buena capacidad de relacionamiento y disposición para la atención de clientes", también se exigió como requisito el "sexo masculino". Lo mismo sucedió con el aviso en el que se requirieron 100 empleados de atención al cliente y 100 repartidores. La situación se repite con los avisos para "refuerzo de fin de semana". La excepción la constituye el pedido de "telemarketers", en el que se aclara que está dirigido jóvenes de ambos sexos. En otros avisos, si bien no exigen expresamente el sexo masculino, se utilizan las palabras "empleado", "repartidores", con cierta alusión al sexo masculino.-

Los referidos avisos periodísticos motivaron que la ciudadana Mariana Alvarez se presentara ante la **Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires**. Se labraron actuaciones de la que surge que, según lo informado por el ANSES, en diciembre de 1999, la empresa tenía una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres, y sólo 35 mujeres.- También surge de dicho expediente que la representante de Freddo, tras explicar el perfil del empleado destinado a la atención del cliente, señaló que los requisitos exigidos son una edad entre 18 y 25 años, y el sexo masculino. Informó también que durante 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, lo que mejoró en 1999, ya que ingresaron 297 empleados, de los cuales 33 fueron mujeres. Cabe también señalar que Freddo ofreció un peritaje contable, pero fue declarada negligente en la producción de esta prueba.-

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", expresa.

La Cámara de Apelación entendió que la justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, ya que **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 -sostiene el Tribunal- 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. En lo que aquí interesa, el Tribunal expresó que es **su propia actuación** la que puede garantizar, en el caso concreto, que se haga efectivo el derecho invocado por la entidad actora en beneficio de las mujeres, a las que representa en forma colectiva, ya que como escribiera Bobbio, "el

problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino **protegerlos y comprometerse con ellos**. No es un problema filosófico, sino político y ético" ("El tiempo de los derechos", 1991, Madrid, p.- 21).-

El Tribunal agregó, que si bien es cierto que los directivos de una empresa suelen hacer prevalecer **criterios económicos por encima de los jurídicos** en la conducción de la actividad empresarial, la verdad es que estas situaciones tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una **división social y cultural del trabajo**. -

Por ende, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber justificado con argumentos razonables la demandada su conducta, el Tribunal resolvió hacer lugar al amparo y 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, se la obligó a presentar a la actora un informe anual, y permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo dispuesto sería sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijan en la etapa de ejecución.

**Fuente:** Causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ amparo"; Cámara Nacional en lo Civil - Sala H -16/12/2002.

Si desea hacernos llegar sus **comentarios u opiniones** sobre este tema, puede hacerlo remitiendo su mensaje a [rgn@ciudad.com.ar](mailto:rgn@ciudad.com.ar)