

Mar del Plata, 4 de junio de 2010.-

VISTO

La denuncia presentada por la Sra. G. A respecto del I.P. L .C .B .A, en los términos del Art. 1° del Dec. 352/07,

CONSIDERANDO

Que a fs. 1 se presenta la Sra. G.A quien refiere que siendo empleada temporaria de la institución denunciada durante 5 años , en el mes de noviembre de 2009, no fue llamada a prestar servicios debido a su estado de gravidez del cual el empleador se encontraba debidamente informado atento el certificado médico presentado por el Sr. P B, quien resulta su esposo, y también se encuentra contratado por el I .P. L .C .B .A. Asimismo, refiere que realizó reclamos en forma verbal, y posteriormente en forma escrita. Que ante la primer nota remitida, en la pertinente respuesta se le solicita que pruebe su embarazo. Que en respuesta envía nota adjuntando certificado medico, la cual nunca fue contestada.

Que acompaña en carácter de prueba documental, copia de carnet expedido por el I .P. L .C .B .A (fs. 3), copia de recibo de sueldo de los meses, mayo y junio del año 2009, (Fs. 4 y 5), nota dirigida al Sr. Jefe del Departamento de Control J de fecha 26/11/09 a fs. 5, copia de nota remitida a la denunciante, suscripta por el Sr. R. N. P, Jefe de J C I. P. L. C. B. A , nota de respuesta dirigida a la Sr. Jefe de Control J, de fecha 3 de diciembre de 2009, fs. 7, copia de CD 76265493 de fecha 11 de diciembre de 2009.-

Que a fs. 11 se procede a la dar traslado al denunciado en los términos de Art. 5° del Dec. 352/07, la cual es debidamente notificado a fs. 12.-

Que a fs. 54 se presenta el Sr. A. S. D. P, en carácter de Director de Zona I y II, y J. A. R, en carácter de Jefe de Departamento de Legales del CC, ambos dependientes del I .P. L .C .B .A a fin de solicitar el rechazo de la denuncia presentada, "... atento que no existe relación laboral continuada, ni derecho adquirido por parte de los agentes contratados por la locación de servicios. Asimismo, manifiesta que existe un reclamo administrativo en trámite, el cual se agrega como fotocopias certificadas, originado por la petición de la Sra. G. A de ser contratada para la temporada estival 2010, el cual aun no posee acto administrativo definitivo... lo que implica que no se ha agotado la vía correspondiente, es necesario expresar que no existe ningún acto discriminatorio por parte del I .P. L .C .B .A, ya que no existe relación de

*empleo con la agente G. A, ni la obligación de contratarla para una locación de servicio por tres meses, cuando la misma no se encuentra en condiciones de cumplir con el servicio locado.”*

Que cabe resaltar como medida preeliminar, que previo proceder a evaluar la cuestión de fondo debe delimitarse cual será el ámbito de competencia de esta Dirección General De Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación, con el fin de establecer la existencia o no de un acto o conducta considerados discriminatorios, en los términos de la Ley 23.592, su modificatoria Ley 24.782; y en su caso, determinar los cursos de acción que corresponden según la Constitución Nacional y los Tratados internacionales.

Que al respecto, cabe señalar como medida de principal y especial pronunciamiento, que la actividad administrativa es solamente indicativa a los fines de circunscribir la situación fáctica y encuadrarla dentro de la legislación mencionada, sin causar estado. Es decir, sin crear modificar o extinguir derechos, por cuanto la determinación del presunto daño esta reservada sólo al Poder Judicial, agotándose la actividad de esta Dirección, en la producción de un dictamen no vinculante, a los efectos de dirimir si no contratar a la denunciante para trabajar en la temporada 2009-2010, atento encontrarse embarazada.-

Que a fin de cumplir dicho objetivo cabe analizar el marco normativo imperante en la materia, es así que el Art. 1º de la ley 23.592 expresa : *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”*

Que nuestra la Constitución Nacional consagra el derecho a la igualdad, en sus arts. 16 y 75, inc. 22 y 23 siendo precisamente, el Art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna, el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad, verbigracia la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 1º expresa que *“Todos 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.”* Asimismo el art. 2º refiere que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma,*

*religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”*

Que en concordancia, el art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reza: *“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”* En similar sentido se expresan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 2, 3 y 7.

Que analizando la doctrina imperante en la materia el concepto de discriminación, se ha utilizado generalmente para referir un trato desigual a personas que se encuentran en idéntica situación. Eduardo Angel Russo señala que la discriminación en sus distintas formas, *“consiste en el tratamiento diferencial hacia una persona o grupo de personas con base en ciertas características incidentales (color de piel, religión, sexo, situación económica, opiniones, etc.), antes que las conductas cumplidas, la función desempeñada los méritos personales, u otras circunstancias similares, surgidas no de la condición humana sino del obrar humano.”* Por su parte, Claudio Marcelo Kiper entiende que por *“discriminar”* se hace referencia a *“establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos.”* Así mismo, Julio Martinez Vivot, por su lado, entiende que existe discriminación cuando *“arbitrariamente se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando, injustificadamente, se le afecta a una persona, grupo de personas, o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social u otra de cualquier naturaleza posible”*, destacando dos elementos fundamentales que componen, individual pero complementariamente su definición. Por lo que en primera instancia, para que ocurra debe existir *“violación arbitraria o injustificada del principio de igualdad ante la ley, conforme a las circunstancias”*, y a su vez, debe impedir o menoscabar *“a otro en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución Nacional le asignan.”*

Que como destaca Barrere Unzueta, para que nos encontremos ante una situación de discriminación deben estar presentes dos características: en primer lugar el *carácter grupal de la injusticia* (ya que no se trata de que una persona sea tratada de manera desigual o injusta respecto de otra persona que

está en su mismo grupo). Es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de injusticia intergrupala. En segundo lugar, aunque muy relacionado con lo anterior, nos enfrentamos ante la circunstancia del *diferente estatus o situación de poder social de ese grupo* al que pertenece esa persona y por lo cual se la discrimina. Cuando se habla de derecho antidiscriminatorio ese diferente estatus se da por pertenecer a un “grupo subordinado socialmente”, como por ejemplo, ser personas con discapacidad, inmigrante, pertenecer a una minoría religiosa, pertenecer a una minoría sexual, opinión política o gremial, etc.-

Que, en este orden de ideas, esta Dirección entiende que, sin perjuicio de la legislación vigente en la materia laboral, la cual no es objeto de estudio por parte de esta dependencia, y la creciente tendencia al establecimiento de normas que protegen la maternidad y la no discriminación por motivo de género, el Estado en su carácter de empleador tiene una mayor responsabilidad a fin de cumplir con los principios fundamentales en la materia ya que resistiría el carácter de “empleador modelo”, a seguir por parte de los empleadores privados, así como de cumplir con el principio de igualdad y no discriminación, el cual se encontraría vulnerado al efectuar una distinción entre quienes llevan prestando servicios por igual tiempo, en virtud de la situación de maternidad de la denunciante.

Que asimismo, no es resulta lógico, que una empleada en el ámbito privado goce de garantías distintas en la protección de la maternidad, que quien desarrolla su laboral en el ámbito del empleo público. Asimismo, la situación de encontrarse contratada en forma temporaria, deja la denunciante en una situación de indefensión ante la omisión de contratación, la cual tiene como presunto motivo el avanzado embarazo de la denunciante.-

Que en este orden de ideas, cabe destacar en la materia bajo análisis rige el principio de inversión de la carga probatoria, conforme el cual será el denunciado quien tiene la carga de probar la inexistencia de la materialidad del acto discriminatorio, o en su defecto ocurrido el hecho, que el mismo se ha llevado a cabo con un motivo suficientemente justificado, eliminando el tinte de arbitrariedad solicitado por la propia ley, así como por la doctrina y jurisprudencia a fin de la configuración del acto discriminatorio.-

Que en presente expediente, el denunciado no ha probado un motivo por el cual no se ha procedido a contratar a la Sra. G. A para la ejecución de las tareas que venía desarrollando hace 5 temporadas, sino que muy por el contrario en la totalidad del trámite administrativo acompañado en carácter de prueba documental se hace referencia a la imposibilidad de la denunciante de dar cumplimiento con la prestación solicitada en virtud de los plazos dispuestos para el goce de la licencia por maternidad.-

Que la Constitución Nacional, a partir de la Reforma del año 1994 consagra jerarquía constitucional a determinados textos de derechos humanos a través del Art. 75 Inc. 22, entre los cuales cabe resaltar la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Este Tratado, entre otros, se encuentra por ende en una situación de superioridad jerárquica respecto a las normas nacionales que rigen la materia laboral.

Que dicho cuerpo normativo, establece que la “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural o de cualquier otra esfera. (Art. 1°)

Que el Convenio 111 de la OIT expresa: 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... 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.

Que en este orden de ideas esta Dirección entiende que, sumada a la legislación positiva vigente, y la creciente tendencia al establecimiento de normas que protegen la maternidad, el Estado tiene una mayor responsabilidad a fin de cumplir con lo principios fundamentales en la materia, así como de cumplir con el principio de igualdad y no discriminación, el cual se encontraría vulnerado al efectuar una distinción entre quienes llevan prestando servicios por igual tiempo, en virtud de la situación de maternidad de la denunciante.-

Es por lo expuesto que esta Dirección, dispone:

Artículo 1°.- Dar por finalizada las presentes actuaciones, entendiendo que los hechos denunciados configuran un acto discriminatorio en los términos del Art. 1° de la ley 23.592, y de los Tratados de Derechos humanos vigentes en la materia.-

Artículo 2°.- Notificar a las partes de lo dispuesto por el artículo primero. -

Artículo 3°.- Cumplido lo dispuesto en los artículos que anteceden procédase al archivo de las presentes actuaciones.-

DIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCION DE LA IGUALDAD Y PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACION.-