

ACCIONES CONTRA LA
DISCRIMINACIÓN. SUS LÍMITES
Y RIESGOS A LA LUZ DEL FALLO
“FUNDACIÓN MUJERES EN IGUALDAD
Y OTRO C/ FREDDO S. A. S/AMPARO”

María Eugenia CORREA URIBURU*

I. BREVE RESEÑA DE LA EMPRESA FREDDO S. A.¹

Freddo es una de las cadenas de heladerías más grandes de la Argentina, fundada en 1969 por una familia, como empresa familiar. En 1998 fue vendida a un grupo de inversión, “Exxel Group”.

Sin embargo, hace tres o cuatro años, debido a la crisis económica de la Argentina, podríamos decir que la cadena de helados Freddo fue “recomprada” por uno de sus dueños originales, Juan José Guarracino. En realidad, más que comprada por él, José Guarracino fue contratado por el Banco de Galicia para capitalizar los 30 millones de dólares en deuda de esta empresa controlada por Exxel.

En estos años hubo un gran impulso de marketing de la empresa para posicionarse nuevamente en el mercado. Se trata, sin duda, de una de las cadenas de heladerías más famosas del país, por la calidad y exquisitez de sus helados, considerados para una determinada categoría de gente por el precio, que es más alto al precio promedio. En la actualidad, cuenta con treinta sucursales distribuidas en Buenos Aires y alguna playa de la provincia de Buenos Aires, tres en Punta del Este (Uruguay) y una en Paraguay.

* Magister en derecho empresario, Argentina.

¹ Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, de fecha 16 de diciembre de 2002 sobre “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S. A. s/Amparo”.



Creemos que la falta de expansión en el interior del país se debe a que sus precios difícilmente pueden competir con las heladerías de las provincias del interior de la Argentina.

II. EL FALLO

Esta empresa es llevada a juicio por una fundación, “Mujeres en Igualdad”, que interpone un recurso de amparo alegando que la empresa sólo contrata personal de sexo masculino, discriminando de este modo a las mujeres. En primera instancia es rechazado el recurso de amparo. Apelan el recurso denegado y la cámara de segunda instancia revoca dicho fallo, haciendo lugar al recurso de amparo interpuesto por dicha fundación.

En este interesante decisorio, la Sala H de la Cámara Civil revoca un fallo de primera instancia, desestimatorio de una acción de amparo de tutela colectiva entablada por la fundación “Mujeres en Igualdad” contra una empresa comercial (Freddo S. A.) a la que se imputa discriminación laboral contra la mujer en la contratación de su personal, integrado preponderantemente por varones.

El interés que destacamos reside en la vía escogida para obtener la consagración del derecho vulnerado, en los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos en ambas instancias para llegar a conclusiones opuestas, y en la imposición de conducta que como correctivo dispone la alzada en su fallo. Luego de condenar en costas a la empresa, le impone que “en el futuro sólo contrate personal femenino, hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”.

III. ENCUADRE DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO COMO VALOR JURÍDICO

La discriminación consiste en la privación de una oportunidad legítima por ser de un sexo, raza, religión, etnia o nacionalidad. Pueden darse otros casos: cargos políticos electivos o partidarios (artículo 37 de la Constitución nacional), el ingreso a asociaciones, o en materia laboral, que es el caso *sub examine*, donde puede verificarse tanto en el acceso como durante la relación, al asignarse jerarquías o remuneraciones.

El derecho a no ser discriminado, que es una especie dentro del género derechos humanos, tiene entidad como valor jurídico autónomo.

En materia laboral, hace jugar otros derechos esenciales como el de libertad de contratar, de dirigir y de propiedad del empleador, por un lado, con el de trabajar y ejercer actividad lícita, así como el de igualdad de oportunidades del trabajador, por otro.

Sabemos que no hay derechos absolutos, que los mismos se ejercen de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio (artículo 14 de la Constitución), y encuentran sus respectivos límites en el ejercicio de derechos equivalentes por parte de otros integrantes del cuerpo social. La compatibilización y armonización de estos derechos con base en la razonabilidad y la equidad es tarea interpretativa del juez, quien decide en cada caso de acuerdo con las circunstancias.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El fallo efectúa una sólida fundamentación jurídica basada en la normativa vigente, la cual brinda apoyatura adecuada para descalificar la discriminación en caso de verificarse.

Nuestra Constitución consagra la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos “sin otra condición que la idoneidad” (artículo 16); la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres (artículo 37); reconoce los derechos implícitos (artículo 33), entre los cuales está el de no ser discriminado; establece el amparo colectivo como defensa contra toda forma de discriminación (artículo 43); dispone la “igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (artículo 75, inciso 19), y la obligación del Poder Legislativo de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (artículo 75, inciso 23).

En materia de trabajo, el derecho reconocido es el de acceder al mismo (derecho a trabajar, artículo 14), y a la igualdad de trato durante la relación (“igual remuneración por igual tarea”, artículo 14 bis). Coincidentemente, consagra jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 22),² entre otras, a la

² El artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional dispone: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Luego formula la siguiente enunciación: “La Declara-

Convención Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los convenios 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo y en la Ocupación, y 100 sobre Igualdad de Remuneración, así como normas legales ordinarias como la Ley de Contrato

ción Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107; XVI-A, 273; XXVIII-B, 1832; XLV-B, 1088; XLVII-A, 1481; L-D, 3693).

³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley 23.054, establece en su artículo 1o.: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La eliminación de las discriminaciones es un objetivo fundamental en la Carta de Naciones Unidas, cuyo artículo 1o. señala como esencial “el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El concepto es reiterado en los capítulos sobre los objetivos de la ONU (artículo 55, inciso *d*), de la Asamblea General (artículo 13, inciso *b*) y del régimen de fideicomisos (artículo 76, inciso *e*). La prohibición de la discriminación se consagra también en el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y es incorporada en el artículo 3o., numeral *j*, de la Carta de la OEA. La proscripción de la discriminación es objeto principal de la Convención sobre la Condición de los Refugiados (Ley 15.869, de 1951 —Adla, XXI-A, 32—), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 17.772, de 1967 —Adla, XXVIII-B, 1885—), la Convención de la UNESCO, relativa a la Lucha contra la Discriminación en Materia de Enseñanza (Decreto-ley 7672/63 —Adla, XXIII-C, 1742—), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (de 1973 —Adla, XLV-D, 3507—) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (de 1977).

de Trabajo, cuyo artículo 17 prohíbe la discriminación laboral en sus diversos aspectos, y lo complementan los artículos 70, 72, 73, 81, 172 y 187 de la misma ley, así como la Ley 25.013 (Adla, LVIII-D, 3888),⁴ que en su artículo 11 considera la figura del despido discriminatorio. Por su parte, la Ley 23.592,⁵ en su artículo 1o., establece que quien arbitrariamente discrimine, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio, a cesar en su realización y a reparar el daño moral causado por el mismo.

Particularmente significativo por lo conceptual resulta el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto dispone la obligación de los Estados miembros (Argentina lo es),

...de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, en la esfera del empleo, con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, por ejemplo:

- 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.

El Decreto 254/98 (*Boletín Oficial* del 11 de marzo de 1998 —Adla, LVIII-A, 232—) dispuso que se acuerden propuestas entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Ministerio de Trabajo, a fin de promover la igualdad entre varones y mujeres en el ámbito del trabajo.

La conclusión es que en el derecho argentino, cualquier distinción desfavorable hacia una persona, causada por su raza, religión, sexo, nacionalidad, condición social, idioma, apariencia física o razones similares, debe considerarse ilegítima y además inconstitucional. La interpretación jurisprudencial sobre el particular es coincidente, entendiéndose que lo que se prohíbe son las discriminaciones arbitrarias, pero no impide que el empleador otorgue trato desigual en situaciones desiguales, pues el principio se refiere a identidad de situaciones. Así, se interpretó legítimo que el empleador premie al trabajador por encima de la remuneración de convenio por sus méritos perso-

⁴ El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en nuestra revista *Antecedentes Parlamentarios*, t. 1999-A, p. 95.

⁵ Ley 23.592, *Boletín Oficial* del 5 de septiembre de 1998 (Adla, XLVIII-D, 4179), titulada “Derechos y garantías constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes los ejecuten”.

nales, con prescindencia de las características personales de los distintos trabajadores.⁶

La Constitución nacional, a partir de la reforma de 1994, introdujo claramente estos conceptos a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. El artículo 37, apartado 2, de la Constitución consagra que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

En el artículo 75, inciso 19, apartado 3 de la Constitución se dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden “...la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...”.

En el mismo sentido, el artículo 75, inciso 23, de la Constitución faculta al Poder Legislativo a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

V. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En el caso al que nos referimos, se consideraron acreditados:

- a) La desproporción del número de empleadas mujeres frente a la abrumadora mayoría de varones.
- b) Que en empresas del mismo ramo se empleaban mujeres para actividades similares a las que en el caso se las excluía.
- c) Considerando muestras diversas, resultaba que los avisos de búsqueda de personal de la demandada estaban directamente orientados a contratar varones.
- d) El contexto laboral de la empresa hacía presumir fundadamente la existencia de una política empresarial orientada hacia la exclusión laboral de la mujer, o a admitir una participación poco significativa.

⁶ “Ratto Sixto y otros c. Productos Stani S. A.”, 28 de junio de 1966; “Fernández Estrella c. Sanatorio Güemes S. A.”, 23 de agosto de 1988, *La Ley*, 1990-C, 38; DT, 1990-A, 633. Fallos citados en Grisolia, Julio A., *Derecho del trabajador y de la seguridad social*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 128.

Los argumentos del fallo de primera instancia, que la alzada desestimó, habían sido:

- a) La actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que hubiesen sido rechazadas por su condición.
- b) La ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres.
- c) La empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo.
- d) La demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.

VI. CONCLUSIONES

Estamos ante un caso en el que se plantea la vigencia del principio de no discriminación. En Argentina, las discriminaciones más comunes, como las raciales o religiosas, que asolaron otras partes del mundo existieron, pero no han tenido históricamente expresiones sistemáticas. Sin embargo, ha regido, casi subliminalmente, una discriminación contra la mujer, de la cual las estadísticas ocupacionales y de remuneraciones dan cuenta y de la cual este caso es una muestra.

Pensamos que la igualdad de oportunidades para todos los seres humanos que en definitiva procuran estas garantías constituye un objetivo de acción permanente, una palpable expresión de que el imperio del derecho exige una lucha permanente siempre inacabada, como enseñara von Ihering.⁷ También creemos que esa lucha debe dirigirse exclusivamente a la vigencia de las garantías que la tutelan y procurar despojarla de toda connotación política, de pugnas sectoriales y de expresiones demagógicas, así como de toda connotación extrajurídica. Ciertamente, el objetivo deseable es que la vigencia de estos derechos provenga de la educación y no de la imposición.

Nos encontramos ante un fallo basado en sólidos fundamentos jurídicos. Compartimos sus objetivos, en cuanto condena una discriminación que considera acreditada en las actuaciones. También compartimos el criterio de aplicar la “sensibilidad agudizada” (*strict scrutiny*) en el análisis de casos como el

⁷ von Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. de Raffaele Mariano y Luis M. de Cádiz, Buenos Aires, Atlántida, 1954, en el que se desarrolla la temática de la lucha por el derecho y su trascendencia fáctica, normativa y axiológica.

que nos ocupa, en que se consideran afectados derechos fundamentales. A pesar de eso, no estamos de acuerdo con la parte resolutoria del fallo en cuanto condena a la empresa demandada a que “sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”. Entendemos que la sentencia tiende a corregir esta discriminación y es aceptable en la medida en que se respeten algunas limitaciones:

- a) Que las medidas que se adopten no constituyan discriminación en sí mismas y en particular que no provoquen una disminución de oportunidades, inequitativa para alguien. La propia Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 4.1, dispone como límites “que las medidas especiales que se adopten no deben ser entendidas como formas de discriminación”.
- b) Que no se violen garantías constitucionales o el orden público establecido.
- c) Razonabilidad del acto o medida adoptados, o sea, que no contraríe los fines tenidos en cuenta al autorizarlos o los principios de buena fe, la moral y las buenas costumbres.
- d) Necesidad de la medida adoptada y la forma de la misma para el fin propuesto; esto es, inexistencia de otra alternativa más adecuada dentro de la legalidad.

Consideramos que la exclusión absoluta de personal masculino genera para el futuro una lesión del derecho a la igualdad de oportunidades. Si antes se discriminó a la mujer, la solución no es compensar discriminando al hombre, o pensar que la solución pasa por una equiparación numérica. ¿No verían acaso vulnerados sus derechos ante el fallo, aquellos varones igualmente capacitados para una posición laboral de la que se los excluye *in limine*, sin responsabilidad alguna por el hecho cuyas consecuencias deben soportar?, ¿no estarían acaso vulnerados sus derechos a la igualdad de oportunidades o a trabajar y ejercer una industria lícita (artículo 14 de la Constitución)?, ¿la empresa misma no vería vulnerado en exceso su derecho de propiedad y dirección a través de un cercenamiento riguroso del derecho de contratar? Sin por ello dejar de lado la posibilidad de que le corresponda una sanción a dicha empresa por la conducta empleada.

Pensamos que hubiera sido más razonable una decisión que obligara a contratar en el futuro “como mínimo, una de cada dos empleados del sexo feme-

nino”, con lo cual se habría consagrado la diversidad, respetando la igualdad de oportunidades para ambos sexos y el derecho a la elección de los mejores.

Si bien es factible el empleo de acciones afirmativas para corregir desigualdades, la “discriminación inversa”, que es una especie de esas acciones, puede aceptarse bajo la forma de medidas de apoyo de posiciones que compensen desigualdades y equiparen oportunidades, pero sin llegar a la exclusión. Con ella se incurre en discriminación, que es precisamente lo prohibido. La “discriminación inversa” conlleva sus peligros, y aplicarla en forma tan drástica puede llevar a excesos.

Coincidimos con los fundamentos, el sentido y los propósitos del fallo, pero no con la sanción elegida para consagrar o reivindicar derechos vulnerados. Pensamos que genera una nueva discriminación. En síntesis: un propósito loable que se pretende consagrar por un camino que creemos desacertado. En cuanto a lo loable, el fallo es un buen punto de partida, toda vez que debe celebrarse el análisis jurídico del mismo y la solución final en el hecho concreto. 