

LA PRUEBA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA Y ACOSO A MUJERES EN EL ÁMBITO DE TRABAJO

Hebe Horny¹

Sumario: Introducción. 1.-Los contratos de trabajo individuales. 2.- La manifestación de la tutela efectiva del empleador en contra el acoso en el trabajo. 3.-La tutela en la normativa internacional. 4.-El embarazo y la maternidad como condicionamiento para el acceso al trabajo o la conservación del puesto de empleo. 5.-El Convenio de la OIT 190 (21/06/2019) de importancia fundamental en la protección contra la violencia en el trabajo en cualquiera de sus formas y la recomendación 206 complementaria. 6.-La prueba.7.- La carga de la prueba.

Palabras clave: Violencia - Acoso - Mujeres - Discriminación - Protección

I. Introducción

El presente trabajo se halla inspirado en la situación que transitan cotidianamente las mujeres en el ámbito del trabajo. Pese a lo prescripto en el art.14 bis de la Constitución Nacional, que establece "...el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes...", en la primera parte, que fundamentalmente gira en torno a los derechos del trabajador en el contrato de trabajo individual, establece "*Condiciones dignas y equitativas de labor, en el régimen remuneratorio, remuneración justa, igual remuneración por igual tarea.*"

Si nos detenemos en el análisis de las condiciones laborales en general a las que se hallan expuestas las mujeres, podremos advertir que en la práctica dicho principio adolece de cumplimiento, en especial atendiendo a las cuestiones a las que se expone la mujer trabajadora en el proceso de selección, ingreso y ejecución del contrato de trabajo.

En este contexto, se ha desarrollado un trabajo sostenido por los operadores jurídicos, juristas, que se ve reflejado en doctrina y jurisprudencia. En el mismo sentido surge la recepción del legislador de brindar un marco legal adecuado, mediante la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

En igual sentido, nuestro país ha ratificado mediante ley 27.580 el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y la importancia de la inclusión de la temática abordada en él.

¹ Abogada, Vocal de la Cámara del Trabajo de Río Cuarto y profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional de Río Cuarto.

1.-Los contratos de trabajo individuales

En los contratos individuales de trabajo nos encontramos con un flagelo muy acentuado en nuestro país: un alto porcentaje de los contratos de trabajo individuales de trabajo carecen de registración, ante lo cual los derechos del colectivo de trabajadoras que permanecen en la precariedad laboral, se encuentran aún más vulnerables, en relación a aquellas mujeres que cuentan con un contrato registrado. En dicho andarivel, la normativa laboral se incumple de modo explícito y ellas son expuestas en muchos casos a condiciones de trabajo indignas, pese a ello no pueden sustraerse, propio de la naturaleza alimentaria del trabajo.

El contrato de trabajo tiene un ámbito delimitado por la ley, los estatutos profesionales (si los hubiere), convenios colectivos de trabajo y acuerdos de empresa que actúan como normas de orden público laboral garantizando un mínimo de beneficios inderogables en protección del trabajador.

En el ámbito de trabajo se proyectan una serie de derechos y deberes que son recíprocos entre las partes, es decir, a cada derecho le corresponde una obligación de la otra parte del contrato. Existen obligaciones comunes a las partes, las que están recibidas en la Ley de Contrato de Trabajo, el deber de buena fe, solidaridad y colaboración. Lo esencial del deber de buena fe se traduce en evitar el abuso del derecho y cuidar de no frustrar los valores protegidos legalmente. No aprovecharse de determinada situación fáctica favorable.

El empleador se halla dotado de una serie de derechos, entre los que se encuentran la facultad de organización, dirección y control (consecuencia de la facultad de dirección), que luego se ven aplicados en lo cotidiano en la prestación del trabajo (uso de tecnología), controles médicos/de embarazo, control de salida/controles personales, de ausentismo, a lo que se añade el poder reglamentario, facultad disciplinaria y de modificar las condiciones del contrato (*ius variandi*), regulado en los arts. 64 a 70 de la LCT.

2.-La manifestación de la tutela efectiva del empleador en contra el acoso en el trabajo

Como se relacionó brevemente, sobre los sujetos del contrato de trabajo recaen obligaciones de prestación y de conducta. Entre las principales puede referirse a la obligación del trabajador de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador y, para este último, la obligación de dar ocupación, higiene y seguridad en el trabajo y adoptando todas las medidas necesarias para proteger la salud del dependiente.

El trabajo en relación de dependencia se ejecuta por cuenta y riesgo del empresario. Así el trabajador no debe sufrir daño alguno como consecuencia de la prestación de sus servicios, y si lo sufre, deberá ser indemnizado conforme lo dispuesto en la ley 24.557 y modificatorias.

En jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido *"El empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (art. 75, LCT y art. 4º, ley 24.557) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la ley le otorga; tales*

obligaciones se complementan con el deber de previsión que surge de la relación contractual y que se convierte en una obligación legal de seguridad, así, debe preservar la dignidad de la persona trabajadora, cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis, CN), por ello, de sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que constituye una exigencia derivada del principio de indemnidad citado y de la buena fe exigible al buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62, 63, 75, LC; 26-10-2012). "Fernández, Humberto c/INCAT SRL s/Despido", entre otros".²

En el contrato de trabajo, el empleador es quien organiza los medios personales de producción y se beneficia con los resultados de la explotación, asumiendo los riesgos propios de toda explotación comercial, industrial o de servicios de la cual obtiene su legítima ganancia. Por ello, ante una denuncia de acoso laboral, debe ejercer dichas facultades diligentemente. Ante la gravedad de la violencia laboral alegada por la dependiente debe realizar una investigación en punto al acoso denunciado o detectado y, en el caso de verosimilitud de la denuncia, está facultado para suspender de modo precautorio al autor o posible autor del acoso.

En ocasiones, se torna necesario llevar a cabo una investigación interna previa a los fines de detectar las situaciones de acoso laboral o no, en cuanto suelen manifestarse de modo sutil, no sería correcto exigir una conducta precipitada frente a los hechos, en cuyo caso, de comprobarse tal situación, conducirá a la aplicación de sanciones disciplinarias, siendo indispensable para ello identificar a los responsables.

Es importante tener presente que la medida provisoria dispuesta por el empleador, dentro de sus obligaciones de garantizar la seguridad en el trabajo a la dependiente, no constituye estrictamente una sanción. Es la aplicación concreta de las facultades de dirección llevadas a cabo para asegurar el éxito de la investigación interna de posibles irregularidades y sus responsables.

El empleador puede suspender a su empleado mientras realiza dicha investigación interna tendiente a deslindar responsabilidades. Y si concluida la investigación resultara que el imputado no tuvo vinculación alguna con los hechos denunciados, el empleador deberá satisfacer a éste el pago de los salarios caídos durante la suspensión precautoria. En cambio, si resulta acreditada la responsabilidad del imputado, el empleador deberá hacer cesar la conducta antijurídica y hacer uso prudente de las facultades disciplinarias que incluyen la suspensión definitiva con vigencia retroactiva a partir de la suspensión precautoria y hasta despedir al responsable del acoso una vez comprobadas las acusaciones, por pérdida de confianza, teniendo siempre en cuenta que la pérdida de confianza no constituye causa autónoma de despido si no está relacionada a conductas objetivas de incumplimiento grave. Así ha sido recibido en sentencia de primera instancia, dictada en los autos "P., D. A. c/Megrav SA s/Despido", confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en un caso de *mobbing* a varias trabajadoras. El juez valoró como legítimo el despido por acoso a trabajadoras de la empresa al considerar que las declaraciones sindicaban al actor como aprovechándose de su superioridad jerárquica para menoscabar la dignidad de sus subordinadas con implícito desprecio por la situación de éstas.

² CONTRERA, Guillermo J., *Tutela contra el acoso en el trabajo, Riesgos Psicosociales en el Trabajo*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019,p.97.

En definitiva, el empleador está obligado a adoptar todas las medidas que conduzcan a preservar la integridad psicofísica de sus empleados, para el análisis de este trabajo, que tiene en miras a las trabajadoras mujeres; debe preservarlas de sufrir acoso laboral o cualquier otro tipo de violencia.

Hasta aquí lo abordado es en relación a situaciones que se denuncian en relación al trato entre los dependientes, con órdenes jerárquicos diferentes.

Las manifestaciones de acoso o violencia en el trabajo pueden advertirse en relaciones laborales entre pares o bien, como se ha relacionado *supra*, en situaciones entre diferentes cargos jerárquicos, con lo cual dicha circunstancia, agrava aún más el escenario, por cuanto la dependiente debe superar una doble valla; por una parte, poder hacer la denuncia ante el empleador y en segundo orden, que aquél active la investigación necesaria para determinar tales hechos y tome los recaudos necesarios para hacer cesar la situación, que puede conducir a la extinción del vínculo de trabajo del agresor, con justa causa.

Una cuestión diferente y de suma complejidad se advierte cuando el acosador o agresor es el propio empleador. Ello genera mayor dificultad para la víctima. Es allí cuando está en riesgo el puesto de trabajo. El entorno de la víctima a veces conspira contra ella, por no involucrarse, a veces por un mecanismo de autodefensa del puesto de trabajo, o bien por naturalizar tales situaciones. No debe perderse de vista que la trabajadora en dicho caso pone en riesgo su puesto de empleo, la necesidad de la remuneración y en tal hipótesis, pueden llegar a afectarse la dignidad misma de la trabajadora, al verse cuestionada su conducta.

Desde esta perspectiva cabe tener presente que existen patrones socioculturales aceptados, que han naturalizado conductas reprochables de los empleadores, llevadas a cabo tanto en el proceso de selección, previo al acceso al puesto de empleo, o bien, durante la ejecución del contrato de trabajo, que tienden a justificar ciertas manifestaciones verbales, gestuales, etc. que afectan la dignidad de la trabajadora.

3.-La tutela en la normativa internacional

El colectivo de trabajadoras cuenta con la tutela contra lo que denomina violencia laboral, incluido el acoso en el trabajo, en el bloque de constitucionalidad social y su complementación con normativa interna. El Derecho Internacional de los Derechos humanos fue incorporado a la Constitución Nacional. Con la ampliación de las fuentes internacionales se ha ampliado el bloque de constitucionalidad federal.

El bloque de constitucionalismo social y democrático del Derecho argentino se amplía con el Derecho Universal de los Derechos Humanos que se acumula a la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (art.75, inc.22 de la CN).

En la reforma se incorpora el inciso 23 del art.75, como atribución del Congreso de la Nación, la de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales, instrumentos que no sólo prohíben discriminar sino que imparten directivas a los Estados Miembros para

que aseguren el cumplimiento de esas disposiciones a fin de que resulten efectivas las normas internacionales, a la vez que confieren a los particulares acciones para denunciar los incumplimientos en que pudiera incurrir. Esta incorporación produjo una profunda transformación en el campo de las fuentes formales del Derecho Interno.

La CSJN tiene dicho que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *jus cogens*. Lo exaltó en el caso "Álvarez, M. y otros c/Cencosud SA" (7/12/2010). Por lo cual, la víctima de acoso laboral puede acudir al Derecho Internacional al resultar operativos tratados y pactos internacionales, entre los que se pueden mencionar: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 5 proclama: Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar", y en el art. 14 "Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas"; b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 5 determina: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 26 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a su protección sin discriminación; d) Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23 proclama "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo"; e) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (arts. 1° y 5°); f) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1° al 4°, 11 y 15); g) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará", aprobada por ley 24.632; h) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UN, 1966). Artículo 7° y 12°; i) Declaración Socio laboral del Mercosur, Garantiza la igualdad de trato en el empleo sin distinción o exclusión, comprometiéndose los Estados a garantizar el principio de igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades, ya que deberán tomar las medidas y acciones necesarias para eliminar la discriminación respecto a los trabajadores.³

4.-El embarazo y la maternidad como condicionamiento para el acceso al trabajo o la conservación del puesto de empleo

Los casos más sobresalientes tienen como elemento común la etapa de gestación en el embarazo, donde existe un patrón muy arraigado, que la mujer por ser madre desatiende su puesto de empleo, o bien, que le resulta costoso al empleador, cuyas apreciaciones son erróneas.

La primera, en cuanto la mujer debe atender a las obligaciones como madre, que muchas veces son cumplidas en forma personal, por el carácter insustituible de la lactancia, otras situaciones propias de los estereotipos sociales, donde la atención del bebé o niño son propios del cuidado femenino, por lo que sin lugar a dudas puede verse afectada la trabajadora.

En dicho periodo la madre también atraviesa un periodo de transición y adaptación entre lo que es su vida en relación a la sociedad, el trabajo, la familia, etc. En el segundo punto, es de público conocimiento que, durante el periodo de licencia por maternidad, la trabajadora percibe asignación familiar que le es abonada por Anses, a cargo del Estado. En

³ Ob.cit., p.100/101.

dicho periodo el empleador no realiza pago de importe alguno a la trabajadora, de modo que no existe ningún costo adicional.

Es necesario señalar, en los casos de mujeres que son despedidas, segregadas o de cualquier forma discriminada, por motivo o por cuestiones vinculadas a la maternidad, son claros ejemplos del paradigma de discriminación en función del género.

En algunos casos, la trabajadora cuenta con la protección de presunciones legales, salvo prueba en contrario, que permite presumir la existencia del móvil discriminatorio y por ello se le reconoce una indemnizatoria agravada tarifada (art.182 LCT), que tiene como finalidad cubrir todos los daños (materiales e inmateriales) generados por el despido discriminatorio.

En otros supuestos, la falta de cumplimiento de requisitos formales o la imposibilidad de considerar enmarcada la situación discriminatoria dentro de los plazos previstos por el legislador en la LCT (de siete meses y medio previos y posterior al parto), impondrá a los operadores jurídicos que asuman la defensa de la trabajadora, la contraparte y quienes tienen la responsabilidad de resolverlos, un análisis de acuerdo a las reglas especiales. La normativa internacional y nacional aplicable, su interpretación y aplicación por los organismos encargados de aplicar los tratados de Derechos Humanos y de las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rigen la prueba, la carga de la prueba y la valoración de la prueba en el marco de los juicios laborales en los que se alega la violación de derechos humanos fundamentales, como consecuencia de haber sufrido la persona trabajadora discriminación por razones de género en el ámbito del trabajo en cualquiera de sus formas.

Desde esta perspectiva, la situación de la mujer trabajadora en estado de embarazo o maternidad y la especial tutela que ella exige, la temática debe ser abordada desde una mirada que abarcativa de la discriminación -directa o indirecta-, la violencia y segregación que típicamente genera en el mundo del trabajo, que advierta los obstáculos a los que se enfrenta la mujer, en razón de su género, no sólo para acceder al empleo y en el marco de la relación laboral, sino cuando es despedida y cuando debe tramitar un proceso judicial para su lograr el reconocimiento del daño causado.

El desafío está en advertir y comprender que el proceso de violencia y discriminación contra las mujeres en el trabajo parte de estereotipos de género y de roles de género que nos atraviesan en forma inconsciente. Es nuestra obligación visibilizarlos y erradicarlos para no reproducir la misma violencia y discriminación que debemos combatir.

Por ello, el abordaje de los casos requiere de mayor sensibilidad de los magistrados del trabajo, como derivación del mandato constitucional protectorio de la persona que trabaja, debe ser profundizado por la perspectiva de género que se impone adoptar frente a este tipo de situaciones y con el enfoque interseccional que posibilita visualizar las diversas condiciones y factores susceptibles de agravar la situación de vulnerabilidad de quien es víctima de discriminación y violencia.

El art.4 de la ley 26.485 permite incluir dentro de su ámbito de protección las distintas situaciones de violencia o acoso en el ámbito laboral fundadas en razones de género. Entiende por violencia contra las mujeres a toda conducta, acción u omisión que, de ma-

nera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Igualmente, la ley 26.485 no reduce la noción de violencia contra la mujer a la que puede perpetrar una persona de género masculino, sino que abarca la que infiere cualquier persona, con independencia de su género, lo que incluye a la violencia que ejerce una mujer respecto de otra.

En el mismo sentido también comprende las conductas perpetradas desde el Estado o por sus agentes, esto es, no se reduce a la que tiene lugar en relaciones laborales privadas, sino también en las que se desarrollan en el ámbito estatal y tutela a aquellas personas unidas al Estado mediante figuras contractuales precarias que enmascaran la naturaleza laboral del vínculo.

El art.6, inc.d) de la ley 26.485, al conceptualizar la violencia laboral contra las mujeres, incluye tres tipos de variantes: a) aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo; b) el quiebre del derecho de igual remuneración por igual tarea (discriminación estrictamente salarial), c) hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

Así, la discriminación hacia la mujer en función de su estado de embarazo o de su maternidad o por cuestiones vinculadas a esas situaciones son una variante de violencia laboral recibida en la ley 26.485, que aun cuando no lleguen a configurarse *mobbing*, resulten reprobables como conductas que vulneran el derecho de la mujer a desarrollarse en un medio laboral libre de todo tipo de violencia. Así surge que del art. 6to. en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el art.4, 2do. pár. de la ley 26.485, con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación.

El art.3 del decreto 1011/2010 (reglamentario de la ley 26.485), tomando el concepto del art.1 de la CEDAW determina que se entiende por discriminación contra las mujeres a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por las mujeres, 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 cualquier ámbito, lo que claramente incluye al laboral.

El inciso c) del art.6 de la reglamentación, aludiendo expresamente a la discriminación, contempla como tal cualquier omisión, acción consumada o amenaza que tenga por fin

o por resultado provocar la distinción, exclusión o preferencia basada en los motivos mencionado igualdad o en cualquier otro motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, empleo u ocupación de las mujeres. Igualmente se interpreta como discriminación la exigencia, tanto para acceder como para mantener un contrato de trabajo, de cualquier requisito inherente a la pertenencia de género.

La violencia que es ejercida contra las mujeres encuentra en el ámbito de la relación laboral, estructurada por esencialmente sobre la base de una relación desigual de poder, un ámbito adecuado y propicio para que se desarrolle y perpetúe. Cuando la persona que trabaja para otra sufre violencia en el ámbito laboral en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, en tanto, necesita de la remuneración que obtiene de su trabajo para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su grupo familiar. Ese marco de dependencia constituye el primer obstáculo para la defensa de sus derechos vulnerados.

La mujer en estado de embarazo, que realiza tratamientos de fertilización, que ha dado recientemente a luz, que debe realizar tareas de cuidado, se encuentra en una situación de extrema desventaja tanto en lo que respecta al acceso al trabajo y a su permanencia en el empleo, como en lo que concierne a las posibilidades de ascenso y perfeccionamiento en condiciones de igualdad con los hombres.

La discriminación de las mujeres en función de su estado de embarazo y maternidad se vincula directamente con la división sexual del trabajo; consiste en la asignación de tareas y espacios con base en el sexo de las personas. Es un reparto social en función del orden social de género persistente, de acuerdo con el cual a los hombres les corresponde desarrollarse en espacios públicos y a las mujeres en espacios privados como el hogar. Esta categorización está vinculada: a) con la división de funciones al interior de la familia los roles de género; b) con el tipo de tareas o trabajos remunerados que unos y otras realizan de acuerdo con las normas sociales. En el mercado de trabajo se producen así dos tipos de segregación en perjuicio de las mujeres: la horizontal u ocupacional, y la vertical o jerárquica.

La segregación horizontal se observa en la concentración de las mujeres en ciertas profesiones u ocupaciones y de los hombres en otros sectores. Se visualiza en tres ámbitos: la familia, que se espera la combinación profesión y maternidad; la escuela, la reproducción de estereotipos coadyuva a la concentración de mujeres en ciertos estudios compatibles con la vida familiar; el mercado laboral, que demanda capacidades semejantes a las valoradas en la vida familiar.

La segregación vertical se observa cuando la estructura ocupacional se divide entre hombres y mujeres, ubicando a ellas en los puestos bajos con pocas oportunidades de toma de decisiones y responsabilidad, los que requieren menor nivel de calificación. Los obstáculos y las brechas de género en el ámbito laboral se explican a partir de dos conceptos: los techos de cristal y los pisos pegajosos.

El *techo de cristal* es un término que hace referencia a los obstáculos o barreras invisibles que impiden que las mujeres alcancen puestos de alto nivel en las organizaciones o posiciones de poder en sus lugares de trabajo, aun cuando cuenten con los estudios y experiencia necesaria.

El *piso o suelo pegajoso* se relaciona con las dificultades que las mujeres tienen que sortear al iniciar su carrera laboral. Se hallan condicionadas a ocupar sistemáticamente puestos inferiores, de baja responsabilidad y de menor salario, lo que implica que cuenten con menores oportunidades de movilidad. Ello constituye una muestra de la situación de desventaja estructural en la que se encuentran inmersas las mujeres en el mundo laboral, como consecuencia de la división sexual del trabajo, de los estereotipos de género y de los roles estereotipados. Es que el estado de embarazo que atraviesen, la maternidad actual o la potencial son factores que desde la óptica empresarial son apreciados como contrarios al rendimiento y responsabilidad en el cumplimiento de la función laboral, como un riesgo de mayores costos económicos y, en definitiva, como incompatibles con las exigencias propias de la función productiva.

Por otra parte, resulta un hecho de la realidad que la maternidad y el rol de la mujer en las tareas de crianza y cuidado dificultan en algunas ocasiones e impiden, en otras, el inicio de la carrera laboral de las mujeres en condiciones de igualdad (*piso pegajoso*), el ascenso en la jerarquía funcional y la asunción de puestos de máxima dirección (*techo de cristal*).

Esa visión estereotipada del embarazo y de la maternidad y los roles de género colocan a la mujer en un estado de extrema vulnerabilidad, frente a la cual la protección normativa muchas veces resulta insuficiente e ineficaz. Por lo que adquiere mayor relevancia la respuesta jurisdiccional en los casos concretos.

5.-El Convenio de la OIT 190 (21/06/2019) de importancia fundamental en la protección contra la violencia en el trabajo en cualquiera de sus formas y la recomendación 206 complementaria

La aprobación del Convenio profundiza y enriquece el ámbito tutelado de las situaciones de violencia y acoso en el trabajo.

En el art.1 señala que la expresión "*violencia y acoso*" en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Respecto de la expresión "*violencia y acoso por razón de género*", ella designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

La discriminación o segregación que sufren las mujeres en el mundo laboral con motivo de su estado de embarazo o maternidad las afectan en forma desproporcionada y, en función de ello, resultan encuadrables como supuestos de violencia por razón del género desde la óptica del C. 190 OIT.

El convenio incluye en su ámbito de protección: 1. a los trabajadores y trabajadoras asalariadas y personas que trabajan, cualquiera sea su situación contractual: en formación, incluidos pasantes y aprendices, trabajadores y trabajadoras despedidas, voluntarios/as,

personas en busca de empleo y quienes ejercen la autoridad, funciones o responsabilidades de un empleador o de una empleadora. 2. todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales.

Esta protección toma relevancia para reconocer la tutela a mujeres discriminadas en el mundo del trabajo por razón de su embarazo, se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de él.

El Convenio 190 cobra relevancia en tanto ratifica y reafirma Convenios fundamentales de la OIT, entre los que se encuentra el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificado por Argentina mediante la ley 17.611. De allí que, por el principio de progresividad que rige en materia de derechos fundamentales, a partir de la celebración del Convenio 190 de la OIT, se han verificado precedentes jurisprudenciales que lo aplican reforzando la protección de la normativa interna, en supuestos de distintos tipos de violencia laboral, incluso la generada como consecuencia de los derechos que asisten a la trabajadora en su estado de embarazo y maternidad.

6.-La prueba

La prueba es definida como la actividad desarrollada en el proceso a fin de obtener la convicción del juzgador, positiva o negativa, en relación con los hechos alegados y controvertidos.⁴

Para algunos autores el objeto de la prueba serían los hechos y para otros las afirmaciones de quienes los invocan. La doctrina no es pacífica al respecto. La posición intermedia, distingue entre un objeto mediato (hechos) y un objeto inmediato (afirmaciones). No se trata sólo de verificar la ocurrencia de esos hechos sino de establecer si las afirmaciones de las partes coinciden con la realidad material. Le corresponde al juez "verificar" su acaecimiento o no y sobre esas conclusiones aplicar el Derecho.

Los hechos decisivos en la litis, además de alegados, deben ser acreditados, caso contrario se deberán soportar las consecuencias que se deriven de la falta de prueba de la afirmación de que se trate. Se aplica la carga probatoria dinámica, que obliga a cada parte a aportar las pruebas de sus afirmaciones o en caso contrario soportar las consecuencias de omitir dicho imperativo, no resulta una regla absoluta y debe contemplarse necesariamente a la luz del carácter tuitivo del Derecho Laboral.

La violencia y la discriminación en el ámbito del trabajo, en cualquiera de sus manifestaciones, pueden probarse por cualquier medio de prueba, incluso por vía de indicios o presunciones.

La ley 26.485 en las disposiciones generales establece que los organismos del Estado deben garantizar a las mujeres, entre otros, el derecho a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos (art.16 inc.i), ponderando la dificultad de reunir pruebas directas de los hechos debatidos.

En la tarea de valorar todos los elementos reunidos en la causa, en el marco de la ampli-

⁴ Ob. Cit., p.123.

tud probatoria que viene impuesta normativamente en estos procesos, se entiende incluso que debe tomarse en consideración la declaración de la propia persona que alega haber sido víctima de violencia en razón de género. Por su parte la Corte IDH considera que las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas pueden ser valoradas en la medida en que puedan proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias, pero no aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso.⁵

El art.16 inc. c) de la ley 26.485 incluye del derecho a *"ser oída personalmente por el juez"*, que su opinión sea tenida en cuenta al momento de llegar a una decisión que la afecte (inc.d). De ahí la importancia de ofrecer el medio de prueba que le permita al magistrado formarse una convicción propia a partir de la inmediatez con la denunciante.

La prueba testimonial resulta el medio de prueba más idóneo y apto para la acreditación de los hechos ocurridos en el marco de la relación laboral, que pueden ser reveladores de violencia o discriminación laboral, en cualquiera de sus variantes.

No puede soslayarse que los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo, por lo cual quienes participan de ella son quienes pueden aportar mayores datos al respecto. En muchos casos suele suceder que es el único elemento de convicción del cual depende el magistrado para resolver la cuestión sometida a debate. Incluso se ha reconocido eficacia probatoria suficiente para tener por acreditado el acoso laboral denunciado la declaración de una única persona.

Por otra parte, corresponde exigir al empleador que brinde su versión positiva de los hechos. Tratándose de una carga procesal, su incumplimiento se traduce en una posición desventajosa en el pleito para la parte interesada y, como contrapartida, una presunción favorable a la exposición fáctica de la parte denunciante.

La conducta observada por las partes, durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. Esta regla, aplicable a todo tipo de proceso judicial, cobra relevancia especial en los juicios en que se discuten situaciones violencia o discriminación por razón de género, incluidas las relacionadas con el embarazo o maternidad de la trabajadora.

La violencia y la discriminación en el ámbito del trabajo, en cualquiera de sus manifestaciones, pueden probarse por cualquier medio de prueba, incluso por vía de indicios o presunciones.

La jurisprudencia tiene decidido que al investigarse un acto de discriminación asumen relevancia las directivas contenidas en los distintos ordenamientos procesales en tanto autorizan a quien juzga el caso a tener en cuenta las presunciones no establecidas por la ley, que constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción, según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Se trata de las

5 SOAGE, Laura Mariana, "Embarazo y maternidad en el ámbito del trabajo. Aspectos sustanciales y procesales para la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales involucrados", *Derecho Laboral Feminista*. Edición Aumentada. Mil campañas, 2022, p. 324/325.

llamadas presunciones *hominis* o judiciales, cuyas consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos (indicios) reales y probados.

Los arts.16 a 18 de la ley 26.485 establecen garantías mínimas judiciales y administrativas, que son de aplicación imperativa en todo el territorio nacional, sin que sea necesaria la adhesión de las provincias para resultar operativas. Habilita la CSJN al Congreso de la Nación a dictar normas de procedimiento en materia de derecho común, aplicable por los tribunales locales, sin perjuicio de ser una facultad no delegada por las provincias (art.121 CN), cuando fuesen razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos consagrados por las normas de fondo.

En esa línea, el Congreso al dictar la ley 26.485 ha considerado indispensable garantizar ciertas reglas de procedimiento mínimas para asegurar la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos sustanciales reconocidos en la misma normativa. El art.31 de la ley 26.485, en consonancia con aquellas garantías mínimas, dispone (en el ámbito nacional y para aquellas provincias que hayan adherido a la misma) que en los procedimientos en los que se denuncie la violación de alguno de los derechos protegidos en su articulado, regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

Se ha considerado apto para tener por ciertos los hechos de violencia en virtud de los cuales la trabajadora se consideró despedida los efectos presuncionales de la falta de contestación de la demanda, no enervados por prueba en contrario en el juicio.

7.-La carga de la prueba

Cuando una persona alega haber sido despedida en función de su estado de embarazo o por razones vinculadas con su maternidad no cabe dudas que está denunciando la vulneración de su derecho humano fundamental a no ser discriminada.

La postura tradicional consideraba que cuando se alegan actos violatorios del derecho a no ser discriminado el trabajador o la trabajadora tienen a su cargo la demostración -en forma clara y contundente- de que el acto cuestionado ha obedecido a un móvil discriminatorio.

Se generó otra línea jurisprudencial que razonablemente asumió la problemática que involucra la prueba de este tipo de actos ilícitos.

En los autos "Parra" el Dr.Zas señaló que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria, por lo cual, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando la persona que trabaja se considera injustamente discriminada, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

La mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales de las personas que trabajan y a las graves dificultades para reunir la prueba del

hecho discriminador de las personas que sufre violencia.

La persona que trabaja tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le introduzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Una vez configurado el cuadro indiciario recae sobre la parte empleadora la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales. En definitiva, la parte empleadora debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla oculto la lesión de un derecho fundamental del trabajador". Así se modificó la mirada, y los tribunales comenzaron a considerar que no corresponde exigir al trabajador o trabajadora plena prueba del motivo discriminatorio, aun cuando se requieran de su parte indicios suficientes en tal sentido.

La CSJN sentó su postura sobre la cuestión al pronunciarse en los autos "Pellicori", sentencia en la que estableció: *"las especificidades a las que han de ajustarse las reglas que en materia probatoria han de regir en los procesos relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego. Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá a la demandada a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica"*. El criterio fue reiterado en la causa "Sisnero". Señaló el Tribunal que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que su prueba con frecuencia resulte compleja. Expuso que, para compensar estas dificultades, en el precedente "Pellicori" el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a éstas y que, en síntesis, si la parte reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.

Indicó además un elemento relevante al momento de valorar las respectivas posturas procesales asumidas por las partes: que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas demandadas resultaban inadmisibles para destruir la presunción de que habían incurrido en conductas y prácticas discriminatorias. Por lo cual, el tipo de defensas esgrimidas, no pueden ser calificadas como un motivo objetivo y razonable en los términos requeridos por la Corte. El dictamen del Procurador General, se proyecta sobre la base de la doctrina de las "categorías sospechosas", cuando las diferencias de trato están basadas en categorías específicamente prohibidas o sospechosas, como el género, corresponde aplicar un examen más riguroso que parte de la invalidez y en dichos casos se invierte la carga de la argumentación, siendo la parte demandada la que debe probar

que la diferencia de trato se encuentra justificada por el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.

En tal andarivel, la CSJN ha dado lineamientos si el despido fue articulado sin causa o con expresión de causa, estableciendo en este último caso, es suficiente que la empleadora acredite que dicha causa razonablemente se ha configurado. Si el despido es sin invocación de causa alguna es suficiente que la empleadora acredite que el trato dispensado a la trabajadora no obedeció al motivo discriminatorio reprochado, sino que se dispuso por cualquier otro motivo de la causa que fuere, es decir, que no responda a móviles discriminatorios proscriptos.

En conclusión, como lo expresa en doctrina Contrera, "... la mejor manera de proteger a los trabajadores de todo tipo de acoso laboral es la prevención, y en ese sentido la Organización Mundial de la Salud indica el camino a seguir en materia de prevención primaria y secundaria: "La prevención primaria está dirigida a evitar la aparición inicial de una enfermedad o dolencia. La prevención secundaria y terciaria tienen por objeto detener o retardar la enfermedad ya presente y sus efectos mediante la detección precoz y el tratamiento adecuado o reducir los casos de recidivas y el establecimiento de la cronicidad, ...".⁶

El Convenio 190 de la OIT dispone las acciones que debe seguir un Estado miembro, art.8: "Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, en particular: a) reconocer la importante función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal; b) identificar, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores concernidas y por otros medios, los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas están más expuestos a la violencia y el acoso, y c) adoptar medidas para proteger de manera eficaz a dichas personas."

Por lo cual se concluye que nos resta mucho camino por transitar para lograr un mundo del trabajo seguro y más justo, en protección de las mujeres que trabajan y posibilitar el desarrollo de la personal integral en un ámbito de trabajo sano y seguro.

Referencias bibliográficas

- Luis A. Raffaghelli, Guillermo J. Contrera y Ileana Contrera (2019). "Riesgos Psicosociales en el Trabajo". Rubinzal – Culzoni Editores. ISBN 978-987-30-1413-0.
- Lozano María Paula, María Martha Terragno y Luciana Censi (2022). "Derecho Laboral Feminista". Edición Aumentada – Mil Campanas.
- Litterio, Liliana Hebe, (2017)"El trabajo de Mujeres". Rubinzal – Culzoni Editores. ISBN

⁶ Ob. cit. p. 103.

978-987-30-0798-9.

- Convenio 190 de la OIT.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará".
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración Sociolaboral del Mercosur.