

El derecho del trabajo y la diversidad sexual

por Viviana Mariel Dobarro*

I. Discriminación, prejuicios y minorías

La discriminación constituye un flagelo que puede afectar a la persona humana en cualquiera de los ámbitos en que se desempeña y trae aparejadas numerosas y dolorosas consecuencias personales, económicas, sociales y morales.

Sin perjuicio de las diferentes acepciones que tiene el vocablo "discriminación", sostenemos que se refiere al trato diferente, y peyorativo, que se le da a determinada persona o grupo fundado en circunstancias o razones de tipo subjetivas, vinculadas con las características que se le atribuyen a los integrantes de un grupo en particular (ya sea que pertenezca a él por su origen o como consecuencia de opciones personales).

En toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista; quien discrimina considera al otro inferior en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres.

Los prejuicios -usualmente- surgen a partir del desconocimiento o la ignorancia respecto del "otro", lo que lleva a que se le adjudiquen determinados rasgos "distintivos", exagerados o erróneos que, al generalizarse, contribuyen a la conformación de estereotipos y suelen originar la segregación de aquel que se presupone tiene las mentadas costumbres o rasgos distintivos. Párrafo aparte merece el uso del lenguaje y los innumerables estereotipos que a través de él se reproducen socialmente, en

especial por la importancia de la lengua hablada en las relaciones interpersonales, de poder y en la reproducción de patrones culturales que se transmiten de padres a hijos; fenómeno que adquiere gran notoriedad en la discriminación por razón de género o por orientación sexual.

Vinculado al derecho a la no discriminación encontramos el derecho a "ser diferente", a elegir el propio destino, a desarrollar un proyecto de vida personal y a no ser tratado perjudicialmente por dicha circunstancia, lo que además se relaciona con el reconocimiento del derecho a la identidad.

Tradicionalmente, al hablar de "discriminación" se apuntaba a las minorías raciales, religiosas, ideológicas o a las diferencias de sexo¹.

Las nuevas formas de relacionarse socialmente han dado lugar a nuevas minorías o grupos pasibles de ser discriminados. Tal el caso de la discriminación por motivos que, dependiendo del ámbito social del que se trate, podrían fundarse en los caracteres físicos², las conductas sexuales³, el padecimiento de ciertas enfermedades o adicciones⁴, o por encontrarse en una determinada situación económica o social⁵.

II. La no discriminación, dignidad humana, derecho a la intimidad y democracia

Resulta indiscutible la íntima conexión existente entre la no discriminación, la igualdad de trato y los derechos inalienables de la persona humana, con funda-

mento en su dignidad y en la igualdad de derechos entre todos los seres humanos y así lo recogen numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales. El derecho a la intimidad, como derecho fundamental de la persona humana, resguarda cualquier manifestación de la libertad que resulte inofensiva o neutra para los terceros, que queda exenta de todo control o interferencia por parte del Estado.

¿Resulta admisible que en sistemas políticos "democráticos" una parte de la población se vea marginada de los beneficios que se le reconocen a otros, que se encuentre excluida del goce de los derechos básicos o con escasas posibilidades de hacerlo? ¿El "estilo de vida democrático" admite la existencia de excluidos y una organización social en la que no haya espacio para todos?

La democracia -en sentido amplio y tal como la entendemos- exige diálogo, consensos, respeto por las diferencias de cualquier índole, igualdad de derechos y oportunidades en el ejercicio de los derechos fundamentales sin distinción de ningún tipo y un amplio margen de libertad para poder desarrollar el plan de vida individual sin condicionamientos, para formular las propias opciones de vida (ideológicas, religiosas, sexuales, entre otras).

III. La no discriminación y el derecho del trabajo

La no discriminación es una de las reglas derivadas del principio protectorio y tiene como contracara el derecho a la igualdad de trato en las diferentes instancias del contrato de trabajo (ingreso, desarrollo y egreso).

No incurre en este tipo de prácticas quien "quiere" sino que además tiene que "poder" hacerlo y ésta es la mayor dificultad que se nos presenta al momento de luchar contra este flagelo. Habitualmente el sujeto activo de estas conductas abusa de su situación de superioridad y del "estado de necesidad", "hiposuficiencia" o "dependencia" del otro contratante.

La persona que trabaja -en general- trata de preservar su fuente de trabajo y su ingreso salarial, aun frente a las humillaciones, agravios y avasallamientos de la más variada índole (violación al derecho fundamental a no ser discriminado y/o afectación de su dignidad humana, de la libertad personal o sexual), lo que potencia las consecuencias derivadas de tan repudiables actos por el abuso de la posición dominante.

También se incrementan los efectos cuando quien sufre este tipo de prácticas pertenece a dos categorías vulnerables, es decir, se ve expuesto/a a discriminaciones

1. Y a ellas estaba dirigida la protección. Esos eran los factores que podían originar discriminación en términos de las primeras disposiciones en la materia.

2. Piénsese en la importancia que ha adquirido el aspecto o "imagen" externa en las últimas décadas. Por ejemplo, la problemática derivada de lo que a través de la publicidad y la indumentaria de "moda" aparecen como el peso y talla "ideal", que -en general- poco se ajusta al promedio de la población, cuestiones que en nuestro país han alcanzado ribetes extraordinarios.

3. Por ejemplo, los alcanzados por la denominación GLT (gays, lesbianas y trans) o GLTTTBI (gay, lesbiana, transexual, travesti, transgénero, bisexual, intersexual).

4. Tal el caso del Sida, diabetes, epilepsia, la reaparecida tuberculosis, la drogadicción, el alcoholismo o el tabaquismo, entre otras.

5. Este supuesto comprende, por ejemplo, a los chicos de la calle, los menores que trabajan, los ancianos, los desempleados, las familias cuyos ingresos están por debajo del nivel de pobreza, los analfabetos o semianalfabetos, los inmigrantes, los trabajadores migrantes, etcétera.

múltiples. Por ejemplo, si es mujer y además con responsabilidades familiares a su cargo, o es pobre; o tiene una orientación sexual que no responde a los parámetros "socialmente aceptados" y es pobre, o de una raza o nacionalidad diferente a la de la "mayoría", sin duda tendrá menos posibilidades -económicas, culturales, sociales, entre otras- para afrontar la agresión y las consecuencias probablemente serán más graves.

El ordenamiento jurídico le confiere al empleador una serie de potestades o facultades con limitaciones: deben ejercerse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador (art. 65 L.C.T.), respetando la dignidad del trabajador y con exclusión de toda forma de abuso de derecho (art. 68 L.C.T.). La organización empresarial no debe dirigirse o manejarse en forma arbitraria o caprichosa, sino con criterios funcionales y con una especial consideración de la persona y dignidad del trabajador. El art. 17 de la L.C.T. prohíbe los actos discriminatorios y el art. 81 L.C.T. establece la obligación de dar trato igual, sólo se admite el trato diferente que responda a motivos tales como la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del/a trabajador/a.

La normativa constitucional⁶, internacional⁷ e interna⁸ tutela especialmente a la persona humana y también a la que trabaja⁹, asegurándole -entre otras cosas- condiciones dignas y equitativas de labor, protección contra el despido arbitrario, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación y el pleno resguardo de su integridad psicofísica y moral. Por ello, las medidas empresariales que carezcan de funcionalidad y encubran una decisión fundada en razones de índole dis-

criminatoria quedan alcanzadas -en nuestra opinión- por tal protección y, especialmente, por la ley 23.592 y los arts. 953, 954, 1044, 1071 y 1083 C.C. -entre otros- que conducen a privar de efectos a la medida y resarcir íntegramente los perjuicios ocasionados¹⁰.

IV. La diversidad sexual en el ámbito laboral

Si bien "socialmente" hoy se verifica una mayor aceptación de las manifestaciones de diversidad sexual que hace 30 años atrás, todavía queda mucho por hacer en la materia. Especialmente porque hay ámbitos en los que están muy enraizados fuertes prejuicios y estereotipos en la materia; y el mundo laboral no es ajeno a ello.

Más allá de la vinculación del tema con el derecho a la intimidad y a la autodeterminación del proyecto de vida, al igual que sucede con otras cuestiones¹¹, las características de nuestro sistema de relaciones laborales han hecho que el énfasis se ponga en los poderes empresariales, en desmedro de los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja.

Ahora bien, resulta inadmisibles que la orientación sexual del/a dependiente traiga aparejada algún tipo de consecuencia en el ámbito laboral, se trata de una íntima elección del dependiente que en forma alguna puede ser controlada por el/la empleador/a -con los alcances y limitaciones estipulados por el art. 19 C.N.- y menos aún significarle un trato menos favorable o discriminatorio, por iguales razones que las que se invocan para condenar otras situaciones de discriminación en la vida laboral.

Toda vez que a tenor del art. 16 C.N. la "idoneidad" es el único requisito para el acceso al puesto y que de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 C.N. las ín-

timas elecciones u opciones formuladas por la persona humana -en tanto no afecten la moral y el orden público ni causen daños a terceros- están exentas del control de los magistrados y -remarcamos- con más razón del/a empleador/a, cualquier interrogatorio durante la etapa de selección referida a la orientación o vida sexual del postulante estaría vulnerando su derecho a la intimidad y significaría un avance sobre datos irrelevantes a los fines del acceso al empleo, toda vez que la orientación sexual del dependiente constituye un elemento ajeno al contrato de trabajo.

Por lo demás, si se tratara de un dato omitido u ocultado por el/la dependiente en la etapa de preselección no cabría hablar de un vicio de "error" en el consentimiento otorgado por el/la empleador/a, ya que "la gente no suele manifestar en sus búsquedas de trabajo aquellos datos que son innecesarios y... pueden repercutir negativamente... mal puede exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, esto es, un dato sensible"¹².

En los repertorios jurisprudenciales encontramos escasos pronunciamientos respecto

6. A guisa de ejemplo, entre otros, podemos citar los arts. 14 bis, 16, 19, 43, 75 incs. 17, 19 y 23 C.N.
7. Entre otras disposiciones cabe mencionar: art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1 y 5; y los arts. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En lo relativo a la normativa de la O.I.T., recordamos que se pueden citar: el párrafo II apartado a) y párrafo III apartado j) del Anexo de la Constitución de la O.I.T.; el Convenio Nro. 100 y la Recomendación Nro. 90; el Convenio y la Recomendación Nro. 111; y diversas disposiciones de los Convenios Nro. 82, 87, 97, 98, 122, 142, 143, 156, 158 y 159 y de la Recomendación Nro. 162; así como también el art. 2 de la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de junio de 1998.

8. A título ejemplificativo podemos mencionar la ley 23.592, los arts. 4, 17, 62 a 69, 75, 78, 81, 172, 187, entre otros de la L.C.T.; art. 7 de la ley 23.551; Ley 25.674 y Leyes 22.431, 23.753 y 25.404 y sus modificatorias.

9. Tal como lo afirmó la C.S.J.N., en "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido", 14/9/04.

10. Los precursores de la aplicación de la ley 23.592 y/o las disposiciones de los tratados internacionales en orden a privar de efectos a la medida rescisoria con fundamento discriminatorio (es decir la reinstalación en el puesto) y a la reparación integral de los perjuicios derivados, en nuestra doctrina nacional, han sido -principalmente- Juan Carlos Fernández Madrid, Amanda Caubet, Ricardo Cornaglia, Roberto Pompa, Moisés Meik, Gloria Pasten de Ishihara, Estela M. Ferreirós y la autora de las presentes líneas. En la jurisprudencia cabe citar los casos "Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L. s/juicio sumarísimo", C.N.A.T., Sala VI, Sent. Def. 56971, 10/3/04; "Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A. s/despido", C.N.A.T., Sala IX, Sent. Def. 12488, 31/5/05; "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. s/ Acción de Amparo", C.N.A.T., Sala V, Sent. Def. Nro. 68536, 14/6/06; "Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A. s/Juicio Sumarísimo", C.N.A.T., Sala V, 21/12/06; "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo", C.N.A.T., Sala II, Sent. Def. Nro. 95.075, 25/6/07; entre otros.

11. Por ejemplo, las situaciones de discriminación fundadas en otras razones, el ejercicio abusivo del *ius variandi* o los diferentes casos de despidos violatorios de derechos fundamentales.

12. Del voto del Dr. Kiper al que adhiera la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna en "Sendoya, Josefina Ofelia c/ Travel Club S.A. s/Daños y Perjuicios", C.N.Civ. Sala H, 4/9/00.

a discriminación por orientación sexual¹³, no porque no existan casos sino porque la gran mayoría de ellos no llegan a la justicia, sea porque el damnificado no conoce sus derechos o porque el círculo perverso que generan las prácticas discriminatorias hace que -con frecuencia- quien sufre un caso de discriminación por orientación sexual, por ejemplo, se sienta avergonzado o humillado y no se "anime" a interponer reclamo alguno.

Entre los que se han difundido, una vez acreditado -fehacientemente o a través de un cúmulo de indicios- el acto discriminatorio, los jueces resolvieron el planteo aplicando las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y la ley 23.592 (de conformidad con las mismas pautas a las que se ha recurrido en despidos discriminatorios fundados en otras causales) y revalorizando los derechos y libertades fundamentales avasallados por la medida del/a empleador/a cuyo único basamento fueron las íntimas elecciones relativas a su orientación sexual y resguardadas por el art. 19 C.N.

V. Conclusiones

Los avances frente a esta problemática se dificultan -entre otras razones- por las profundas vinculaciones que tiene con pautas culturales, prejuicios y estereotipos socialmente difundidos, que sólo podrán ser removidos con una labor constante y continuada que apunte al largo plazo. La educación -en sus variadas manifestaciones- constituye una herramienta significativa. La difusión de las vías de reclamación y al-

cances de las sanciones tiene suma importancia para que, quienes sufren este tipo de prácticas, conozcan las posibilidades que el ordenamiento jurídico les ofrece para romper el "círculo" de violencia y marginación en que están inmersos; en tanto que para el resto de la sociedad toda reflexión ayuda a remover ciertos patrones de comportamiento muy internalizados en algunas comunidades o grupos.

No existen en nuestro sistema derechos absolutos (arts. 14 y 28 C.N.) ya que cada uno encuentra su límite en el de los demás y, fundamentalmente, en el deber constitucionalmente consagrado de "no dañar" (art. 19 C.N.). En otros ámbitos nadie duda de que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede vulnerar los de terceros ni causarles daño alguno, en el ámbito laboral dichas fórmulas también tienen plena vigencia -aunque parezca ocioso mencionarlo. El ejercicio de los derechos vinculados con la propiedad y la libre contratación encuentran su valla infranqueable en la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales. La persona que trabaja no se despoja de su dignidad para ingresar al ámbito laboral. Por el contrario, lo hace con un doble orden de protección: la de los derechos fundamentales de la persona humana y la del trabajador. ▀

** Profesora de Derecho del Trabajo I y II en la Carrera de Relaciones del Trabajo y coordinadora de la Carrera de Especialización en Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la UBA.*

13. Por ejemplo, en "M., C. c. D., A. M. y/u otro", Juzgado de 1a Instancia de Distrito en lo Laboral de 5a Nominación de Rosario, 22/6/07. "M., M. J. c. Citibank N.A.", C.N.Civ, Sala H, 7/4/09.