



REVISTA
SEMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año 3 – Número 7

JUNIO DE 2012

ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de

Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina

ISSN: 2618-4133

SUMARIO

SECCION DOCTRINA

BANCHIO, Pablo R.: “Análisis Ético” 3

SECCION JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H; Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/Amparo, Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002..... 17



DOCTRINA JURÍDICA

Año III – Número 7

Junio de 2012

ISSN 2618-4133

Director/Editor responsable:

Pablo R. Banchio

Secretario de Redacción:

Marta S. Marín

Redacción:

Zapata 517 5° “C” (C1426ABF)

Ciudad de Buenos Aires

Argentina

Tel: (+54-11) 4774-5586

pbranchio@hotmail.com

SECCION DOCTRINA

ANÁLISIS ÉTICO

Pablo Rafael Banchio

SUMARIO

1. Introducción, 2. Las opciones metaéticas, 3. Las normas de conducta humana, 4. Las normas morales, 5. Características de las normas morales, 6. La crisis de valores en la sociedad actual, 7. La moral y la política, 8. La enseñanza de los valores, 9. La tarea de educar cívicamente, 10. La falta de sanciones ejemplares, 11. A modo de epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando analizamos la actividad consciente del hombre podemos advertir que existen diversos sistemas que regulan la conducta humana.

Los hombres, seres dotados de voluntad y entendimiento y que, en nuestra opinión, gozan de libre albedrío, pueden adecuar o no su conducta a las prescripciones de dichas normas, sin perjuicio del sometimiento de su ser biológico a las leyes de la naturaleza.

Las normas que regulan la conducta humana son preceptos que tienen por fin realizar valores, pero con frecuencia observamos que el lenguaje ordinario no distingue entre los términos "moral" y "ética" ya que ambos son utilizados habitualmente de manera indistinta, para referirse a normas, conductas y comportamientos del ser humano, empero difieren tanto etimológicamente como en su contenido.

Etimológicamente los términos "moral" y ética se refieren, respectivamente, a *mores* o *ethos*, al comportamiento o conducta del ser humano conectado a las costumbres, a los hábitos y al carácter de los individuos.

Decimos, por ejemplo, que tal o cual conducta o comportamiento es moral o inmoral, ético o contrario a la ética, significando que es "bueno" o "malo", de acuerdo con un determinado código o conjunto de normas que consideramos generalmente aceptadas. Y tendemos a suponer en la mayoría de los casos que este código o conjunto de normas puede ser universal, o sea, compartido por todos y cada uno de los miembros de la especie humana con independencia de las diferencias culturales.

Pero, como sabemos, desde un punto de vista técnico-filosófico las palabras "moral" y "ética" tampoco tienen idéntico significado. "Moral" es el conjunto de comportamientos y normas que solemos aceptar como válidos, o al decir de GUIBOURG, un conjunto de restricciones a los medios por los que cada uno persigue sus propios objetivos. "Ética", en tanto, es la reflexión sobre por qué los consideramos válidos y la comparación con otras "morales" que tienen personas diferentes. Por eso se suele decir que, hablando con propiedad, la ética es la filosofía moral o disciplina filosófica que estudia las reglas morales y su fundamentación. O también: la teoría o ciencia del comportamiento moral de los hombres en sociedad.

2. LAS OPCIONES METAÉTICAS

Sin entrar a analizar el análisis y descripción de los distintos tipos de éticas que los filósofos han elaborado a lo largo de la historia mencionaremos que hay tantas metaéticas o

filosofías morales como morales propiamente dichas y que no hay acuerdo entre los filósofos sobre cuál sea la mejor manera de fundamentar las reglas morales.

Sin embargo, algunos autores como HOSPERS, han sistematizado con bastante acierto las posiciones éticas y metaéticas (afirman la posibilidad de la ética) clasificándolas según sus opciones en descriptivismo (naturalista objetivo y subjetivo y no naturalista objetivo y subjetivo) y no descriptivismo (emotivismo –sobre cuyo nombre volveremos más adelante– y prescriptivismo).

Los diversos sistemas éticos y las diferentes visiones metaéticas proponen, explícita o implícitamente, un conjunto de estimaciones morales básicas que constituyen el marco referencial de la vida ética de sus epígonos y seguidores.

En el fondo, subyace dentro de cada opción ética la determinación de cuál es el valor supremo dentro del orden moral – para quienes creen en él, claro está– y consiguientemente desde el que se organiza su objetivo de moralidad. Esto a su vez nos permite –como veremos infra– entender y resolver el problema de la jerarquización de los valores morales o preferencias éticas, dentro de un sistema moral determinando.

Particularmente, dentro del referido cuadro me identifico con el descriptivismo no naturalista objetivo o “intuicionismo axiológico” ya que considero que la realidad es una sola y los hechos morales están o no en ella. Estos hechos morales existen y existen en un segmento o plano no físico ya que no dependen de ninguna circunstancia que exista, sino que dependen de hechos no empíricos ya que no son fruto de la inventiva del sujeto sino objetos intencionales de su conducta.

SHELLER sostiene que la fuerza del valor se pierde si se lo considera creado o puesto por el propio sujeto. Los valores, al igual que las ideas, no son meras creaciones del sujeto, guardan entre si relaciones que éste no puede alterar a su antojo.

Así como con el intelecto conocemos las ideas, que no son creadas por nosotros arbitrariamente sino descubiertas lenta y trabajosamente, de un modo similar, por medio de nuestra “emotividad” accedemos al mundo de los valores¹.

Estos existen con independencia de nosotros y se relacionan entre si de un modo ordenado y jerárquico (más por escala que por redes ya que hay valores superiores e inferiores). El universo de valores es tan inmenso que no podemos pretender descubrirlos y vivirlos a todos. Es oportuno recordar que no se trata de conocerlos ya que no se accede a ellos desde el plano intelectual sino desde la emotividad.

No se descubren por la razón, ni se los asimila mediante su estudio. Se accede a ellos por el sentimiento y la vivencia. MASSINI CORREA suele simplificarnos el concepto mediante un ejemplo: una persona tiene en sus brazos a un niño de dos años y lo arroja contra una pared. El sentimiento que nos genera es de repulsa hacia esa conducta sin necesidad de estudiar el caso, buscar consenso para su crítica o teorizar respecto de la vivencia ya que lo malo está en la conducta en sí y esto es percibido por todos.

¹ SHELLER utiliza aquí el mismo vocablo con el que HOSPERS identifica la opción metaética no descriptivista, pero con un significado al que le asigna diverso sentido.

Los valores nos trascienden, están más allá de nosotros, no son nuestra creación ni un fenómeno de conciencia, son – coincidiendo con SCHELLER– objetos intencionales de la emotividad.

Cada persona, cada cultura, cada época entra en relación con determinados valores y trata de vivirlos, dejando otros en la penumbra. La vivencia de un valor abre al sujeto al descubrimiento de otros relacionados con él. Si vivimos una amistad verdadera, probablemente comenzaremos a descubrir otros valores relacionados con ella como la intimidad, la fidelidad, la sinceridad o la generosidad.

El filósofo alemán sostiene que los valores no dependen de nuestras valoraciones, sino que éstas dependen de ellos. Los valores no se crean, no se destruyen, no cambian, aunque cambie nuestra vivencia de ellos. Los valores no se crean, no son ni viejos ni nuevos, son valores. Están más allá de cualquier ataque, pretender crearlos o destruirlos sería tan ridículo como querer abolir los números.

Ahora bien, ya que hemos afirmado que los valores no se crean, sino que siempre han estado allí, al alcance de la mano, es conveniente avanzar en las formas en que los mismos son captados por el ser humano.

La captación de los valores se realiza de múltiples modos: por connaturalidad estando ya vivencialmente dentro de ellos, por contagio, a través de la fuerza del ejemplo o del ambiente en general, por rechazo, sintiendo la incoherencia de las situaciones y la relación de contradicción con los comportamientos “desvalorizados” como en el ejemplo traído por MASSINI CORREA.

Una vez captados, los valores son expresados en normas que necesariamente han de tener una formulación abierta y creativa. Es lo que ORTEGA Y GASSET llama “estimativa moral” esto es, el descubrimiento y asimilación de los valores éticos en lo que constituye el verdadero correlato subjetivo de la axiología moral, el puente entre la sensibilidad o emotividad moral y los bienes objetivos, empero esta representación de los valores mediante la formulación de normas morales nos puede llevar a la incorrecta percepción de una ética basada principalmente en normas.

3. LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA

Debido a ello señalaremos las características más importantes de las normas de conducta humana que siguiendo a MÁXIMO PACHECO G. son las siguientes²:

a) Las normas de conducta determinan relaciones de deber ser entre un hecho antecedente que es una conducta dada y un hecho que puede o no ocurrir como consecuente.

Ellas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realizada no se cumpla ni se vaya a cumplir.

La norma de conducta es la representación conceptual de una determinada conducta humana a la cual se le imputa una consecuencia, pero entre ambos términos

² PACHECO G., Máximo: *Teoría del derecho*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, julio de 1993, páginas 40 y siguientes

no existe ninguna vinculación de causalidad física.

b) la condición para que una norma de conducta sea tal, radica en que aquello que estatuye como debido no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual puede o no acontecer en la realidad. En consecuencia, es de la esencia de la norma el que sus prescripciones no se cumplan de manera inexorable, el que puedan ser violadas de hecho, ya que, si los destinatarios del deber impuesto por ella fatalmente tuvieran que cumplirlo, las normas de conducta se transformarían en leyes de la naturaleza.

Esta característica no se deriva de las normas mismas, sino de la índole de los sujetos a quienes se destinan. Las normas de conducta se refieren, necesariamente, a personas humanas capaces de autodeterminarse en el plano de la acción, es decir, capaces de cumplir o de violar disposiciones. Si no existieran personas humanas, no podría pensarse en ordenar sus conductas, y si ellas no fueran libres, sino que procedieran por ciega necesidad, no se podría hablar de normas de conducta, de lo que debe ser, sino de leyes naturales, de lo que es. La existencia de personas humanas que gozan de libre albedrío es supuesto lógico de toda norma de conducta.

El cumplimiento de las normas de conducta por parte de los sujetos a quienes se dirige es contingente, ya que las personas cuya conducta rigen, como seres dotados de albedrío, son capaces de violarlas.

La validez de las normas de conducta no está condicionada por su cumplimiento, ellas valen por sí mismas, incluso en relación con la conducta que las infringe.

Las excepciones al cumplimiento de una norma no afectan a su validez. En consecuencia, las normas de conducta son proposiciones que valen a pesar de su no coincidencia con la realidad, porque ellas no tratan de expresar como es efectivamente ésta, sino como debe ser, es decir, prescriben una conducta.

c) Las normas de conducta son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, fundado en la idea de valor. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser si lo que se postula como debido es válido. Por ello, toda norma de conducta se caracteriza por el hecho de que pretende orientar la conducta humana hacia la realización de un valor, esto es, de un bien adecuado a la naturaleza del hombre en su dimensión individual y social, siendo indiferente para su existencia y validez como tal norma que de hecho obtenga o no ese propósito.

Las principales normas que regulan la conducta humana son las normas sociales (usos o costumbres), las normas morales y las normas jurídicas. Restringiéndome al objeto de este Informe, por el contenido de la materia que se trata, solo desarrollaré *infra* lo relacionado con las normas morales.

4. LAS NORMAS MORALES

Si entendemos por norma moral la formulación lógica y obligante del valor moral podremos ver que la norma moral es la formulación racional del valor y no es valiosa por ella misma sino en cuanto expresa el auténtico valor moral. La verdadera norma moral

expresa y objetiva la exigencia interna del valor moral³.

Las normas morales pueden presentarse en forma positiva o negativa, En ambos casos se hace referencia a un valor que en sí mismo es más rico de lo que puede expresar el enunciado de la norma. En consecuencia, es el valor el que da significado a la norma y el que constituye el verdadero objetivo del acto moral, Por ser un valor en sí mismo y por los valores que fundamenta su relación con el hombre, regula la conducta de éste.

Una norma moral no es una restricción arbitraria de la libertad humana, sino un llamado dirigido a la libertad para moverla a salvaguardar y cultivar el valor. Una norma que no estuviera fundada sobre un valor y no estableciera un deber valioso, estaría privada de toda fuerza moral obligatoria⁴.

Las normas morales que regulan la conducta humana están fundadas en el principio de que el hombre debe actuar conforme a su ser, porque el orden del obrar debe atenerse al orden del ser.

Las normas morales son razonables y valiosas y están dirigidas a la libertad. El hombre puede reconocerlas o desconocerlas y cumplirlas o transgredirlas libremente.

El contenido de las normas morales corresponde a la esencia de la persona humana.

³ VIDAL, Marciano: *"Para conocer la ética"*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 1994, página 46.

⁴ HARING, Bernhard: *La ley de Cristo*, Tomo I, página 261.

Las normas morales procuran que la persona, en sus sentimientos y acciones sea fiel a su ser.

El hombre, por su naturaleza, no está determinado a seguir una sola conducta, sino que él debe esforzarse, con todos los recursos que le proporcionen sus conocimientos y su libertad, por satisfacer las exigencias de su propia esencia y las de todos los seres con los cuales está en relación.

De lo expuesto podemos concluir que las normas morales regulan la conducta libre del hombre, de conformidad con los dictados de la recta razón, con la finalidad de que pueda realizar su destino trascendente y alcanzar su último fin.

5. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS MORALES

Las características más importantes que se destacan respecto de las normas morales son las siguientes:

a) Interioridad. Las normas morales son interiores. Ellas valoran las acciones del hombre en vista a su supremo y último fin, de modo absoluto. Su campo de imperio es el de la conciencia de cada persona, porque es ella donde tiene lugar el encuentro entre los diversos modos de obrar, uno de los cuales debe ser escogido por ella. De modo que, para calificar una conducta como buena, no basta que ella esté extremadamente en concordancia con la norma ética, sino que además es necesario que exista moralidad en el propósito, en la raíz profunda del proceder.

b) Unilateralidad. Las normas morales son unilaterales. Con frecuencia, la unilateralidad se expresa diciendo que ellas

establecen los deberes del hombre para consigo mismo. Estas normas implican un deber cuyo cumplimiento puede tener efectos para otras personas, pero ello no es lo determinante, lo más importante, moralmente, es la bondad del acto para el sujeto que lo realiza. Por ello, la norma moral posee dimensiones de perdurabilidad y existiría, aunque sólo hubiese un hombre sobre la tierra.

c) Falta de rigurosa determinación. Las normas morales carecen de rigurosa determinación y, por ello, muchas veces se presentan incertidumbres en el individuo cuando trata de obedecer sus dictados.

d) La sanción es el remordimiento. La violación de las normas morales por parte del sujeto le acarrea una sanción que consiste en el remordimiento de su conciencia, pero esta sanción es indeterminada y depende del grado de sensibilidad de la persona.

e) Carencia de coactividad. Las normas morales carecen de coactividad. Esto significa que la observancia de la conducta prescripta por la norma moral debe realizarse en forma voluntaria, espontánea, libre de toda fuerza extraña o coacción externa, pues de otro modo la conducta se transformaría en un simple hecho que escaparía por completo a toda posible valoración ética. En las normas morales no existe la posibilidad de imponer por la fuerza la conducta debida.

f) Validez absoluta. Las normas morales poseen validez absoluta en cuanto se fundan en valores objetivos e inmutables, pero respecto de cada persona en particular la norma moral sólo la obliga en la medida en que haya adquirido conciencia de ella y la reconozca como obligatoria.

6. LA CRISIS DE VALORES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Considerando como válidas las afirmaciones precedentes nadie podrá negar la necesidad de las normas éticas en la vida moral. La objetivación social de los valores mediante las normas propicia el descubrimiento vivencial de los mismos y el progreso en el terreno moral que expresáramos en el punto 2 de este trabajo.

Ahora bien, esto nos plantea dos hipótesis de trabajo: la primera es la alarmante crisis de valores que padece nuestra sociedad actual y la segunda es, precisamente la importancia pedagógica de la norma moral ya que a través de las normas pasa en gran medida la educación moral. Estos serán entonces, en los puntos que siguen, los últimos tópicos que desarrollaré en este trabajo.

Son muchos los que afirman, desde hace tiempo, que nuestra sociedad vive una profunda crisis de valores. NIETZSCHE, en la segunda mitad del siglo XIX, decía que la sociedad se encaminaba hacia un inevitable tiempo de nihilismo. Según su pronóstico, los dos siglos siguientes al suyo iban a estar marcados por la falta de sentido y de valores. "Dios ha muerto" decía⁵.

⁵ NIETZSCHE, Friederich: *"Die fröhliche Wissenschaft"*, página 205. D. Bibliothek Tomo 2: Philosophie, página 67442 (vgl. Nietzsche-W Bd. 2, S. 126-127): "Gott ist tot.»Ich suche Gott! Ich suche Gott!« - Da dort gerade viele von denen zusammenstanden, welche nicht an Gott glaubten, so erregte er ein großes Gelächter. Ist er denn verlorengegangen? sagte der eine. Hat er sich verlaufen wie ein Kind? sagte der andere. Oder hält er sich versteckt? Fürchtet er sich vor uns? Ist er zu Schiff gegangen? ausgewandert? - so schrien und lachten sie durcheinander. Der tolle Mensch sprang

Ya no hay un punto de referencia. Yo soy mi punto de referencia. Las cosas, las acciones, las circunstancias, en sí mismas, no son ni buenas ni malas. Es el hombre el que las valora de uno u otro modo. No hay, ni fuera de la naturaleza ni dentro de ella, ninguna indicación de lo que debemos hacer.

“Todo es igual, nada es mejor” diría coincidiendo con Discépolo. En este orden, en sí mismo todo es igual. Cada sujeto tiene que decir que es mejor para cada uno, y lo mejor para cada quien será lo que le permita alcanzar sus objetivos, sus metas, sus fines. Dice GUIBOURG que tal vez por este motivo es común considerar a cada quien moralmente libre de perseguir los fines que se proponga, consistiendo el juicio de reproche moral en que, cualquiera sea el fin que cada uno persiga no lo haga por medios que se juzgan perjudiciales ni tampoco mediante un abuso de los medios aceptados⁶.

La sociedad nos dice, como lo muestra el compositor de tangos que todo es igual. Algunos filósofos contemporáneos lo llaman “la caída de los metas relatos”, de las explicaciones que pretendían dar el sentido de todo, de la vida, de los valores, del universo. “No lo sabemos” nos dice hoy la sociedad, “cada uno lo tiene que inventar” agregaría NIETZSCHE.

Se ha generado un gran espacio para el individuo. Al carecer de una meta clara compartida, la sociedad deja a cada uno la

resolución del problema del sentido. Es verdad que esto, a la par del protagonismo le agrega presión al individuo, que a menudo se deja llevar por las circunstancias o las decisiones ajenas para evitar el dilema de la decisión puntual.

Es muy difícil, por no decir imposible, trazar el perfil ético o moral de nuestro tiempo, no solo por la complejidad del tema sino también por la diversidad de situaciones que coexisten en el presente, muchas de ellas planteadas por el avance de los medios científicos, tecnológicos y de las comunicaciones.

Empero esta limitación no nos impide pensar en la existencia de un horizonte axiológico que hace inviable el proyecto de creación individual de valores y que ratifica el ideal ético consistente en la realización feliz del hombre ya sea mediante el ejercicio de sus funciones superiores, del fin último humano o mediante la realización integral de la persona.

7. LA MORAL Y LA POLÍTICA

En nuestras sociedades se ha ido imponiendo un concepto muy empobrecido de lo político, un concepto peyorativo, muy alejado, en cualquier caso, de lo que fue el concepto clásico, griego, de Política, en el momento de nacimiento de la Ética.

CÁRCOVA señala que desde hace unos años la teoría política viene ocupándose de las denominadas “nuevas democracias”, términos con los que hace referencia a la aparición de formas institucionales que participan de algunos de los rasgos definitorios de las democracias institucionalizadas de Occidente - que a partir de la obra de ROBERT DHAL suelen ser mencio-

mitten unter sie und durchbohrte sie mit seinen Blicken. »Wohin ist Gott?« rief er, »ich will es euch sagen! Wir haben ihn getötet - ihr und ich!“.

⁶ GUIBOURG, Ricardo: *“Fines y medios: una aproximación a los derechos”*, Doxa, n° 12, Buenos Aires, 1992.

nadas como "poliarquías" - pero que carecen de otros u ostentan peculiaridades radicales⁷.

Las referencias empíricas de estas reflexiones teóricas son los procesos de transición abiertos en América Latina tras el fracaso de los regímenes militares, por una parte, y los procesos de transición inaugurados en Europa del Este tras la caída del muro de Berlín y la subsiguiente "implosión" del estado soviético, por la otra.

Dichas reflexiones, según este autor, no han alcanzado aun un grado de sistematicidad suficiente pero la progresiva abstracción de características que resultan comunes a los procesos estudiados comienza a dar lugar a la formulación de ciertas tipologías.

Así, suelen distinguirse las nuevas democracias por su carácter "delegativo" esto es, una concepción y práctica del ejercicio del Poder Ejecutivo según la cual por medio del sufragio se delega a su favor la prerrogativa de hacer cuanto le parezca adecuado para el país, sin estar sujeto, efectivamente, a las reglas de control horizontal formalmente establecidas. Tales reglas atribuyen a órganos razonablemente autónomos, el control de validez y legitimidad de los actos de ese poder⁸.

También se caracterizan las nuevas democracias como "gobernadas", a diferencia de las poliarquías, que serían

democracias "gobernantes"⁹. En estas últimas, las decisiones políticas fundamentales son procesadas en los ámbitos previstos institucionalmente, de manera especial en el Parlamento, expresión plural y extendida de la representación de la voluntad popular, es decir, de la soberanía. En las primeras, en cambio, dichas decisiones son materialmente predisuestas en otros ámbitos, en los que reside el "poder real" de los grupos hegemónicos, como pueden ser los corporativos, confesionales, más mediáticos, etc.

Otras distinciones del mismo tipo podrían aun intentarse, pero todas ellas destacan el rasgo respecto del cual estas notas pretenden poner énfasis: las nuevas democracias ostentan un grave déficit de legalidad y un alto grado de corrupción.

Porque cuando en un sistema democrático, un poder del Estado se arroga facultades o competencias que la ley no le atribuye, conspira contra un pilar básico del sistema que es el de la división de poderes y al mismo tiempo pone en crisis la noción misma de soberanía popular, bajo el pretexto de atender a la lógica de la "razón de estado" que, como ha señalado BOBBIO siguiendo a SPINOZA es, precisamente, la antítesis del estado racional¹⁰.

Y cuando las decisiones son procesadas y "sancionadas" en ámbitos que no son los que prevé el orden jurídico, aquella

⁷ CARCOVA, Carlos M.: Derecho y transición democrática en "Materiales para una teoría crítica del derecho". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, páginas 313 y siguientes.

⁸ O'DONELL G. "Delegative Democracy?" Working Paper, N° 172 Kellogg Institute (citado por el propio autor en "Desarrollo económico" N° 130 p. 183).

⁹ WEFORT, Francisco: "Qual Democracia?" Companhia Das Letras. Sao Paulo. 1992.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. "Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci". Editorial Debate, Madrid, 1985.

soberanía popular resulta expropiada y, en consecuencia, aquel orden subvertido.

Las nuevas democracias, entre otras características, muestran un cierto desapego por la pura y simple aplicación de las reglas de juego socialmente compartidas y formalmente establecidas. Pero, una legalidad a medias supone una democracia a medias y, en consecuencia, es válido preguntarse cuánta cantidad de *desapego* es necesaria para transmutar la naturaleza democrática de un cierto orden y cuáles son los presupuestos necesarios para revertir este proceso de singular corrupción en los estamentos políticos.

8. LA ENSEÑANZA DE LOS VALORES¹¹

Tomando de la teoría de los sistemas el concepto de *autopoiesis* podemos concluir que la cada sociedad debe transmitir a las generaciones que le suceden el sistema de valores y creencias que considera el apropiado. Para ello utiliza además de la tradición oral y el modelo al hilo de la ejemplaridad, el sistema educativo, particularmente la educación cívica que consiste en la enseñanza de valores del ciudadano y a ello de especificarse la enseñanza más concreta de valores morales.

A través de ella pueden trasmitirse ciertas creencias que son tomadas como referencia para realizar o justificar acciones. Por medio de la educación cívica se adquieren hábitos, se modifican

comportamientos, se logran "estilos de vida".

Naturalmente, las normas morales que constituyen la base de este tipo de enseñanza son diferentes de la educación o instrucción común. Tienen un claro carácter normativo y no pueden enseñarse únicamente a través de instituciones especializadas. No hay algo así como una "academia de enseñanza de la moral", como hay una "academia de enseñanza de las matemáticas o del derecho". En cierto modo, es la sociedad en su conjunto, por medio de sus distintas instancias, la que ejecuta este tipo de tareas, muchas veces mediante ejemplos aleccionadores.¹²

Esto adquiere una trascendencia especial en la vida social. La cuestión es la siguiente. Un comportamiento moral es, como vimos, un comportamiento sujeto a normas. Se supone que el sujeto sigue la norma moral porque la acepta por sus propios méritos, es decir, no la sigue porque le conviene o sea un medio adecuado para alcanzar un fin determinado. En este sentido se puede afirmar que el agente adopta un punto de vista interno respecto de esas normas.¹³

Quien así lo haga se comportará de acuerdo a los preceptos morales aun cuando en alguna ocasión determinada su

¹¹ MALEM SEÑA, Jorge F. "*Corrupción, normas morales y educación*" en Globalización, comercio internacional y corrupción. Editorial Gedisa, Barcelona 2000.

¹² Es a través de esta educación cívica que las personas aprenden cuáles deben ser los valores centrales de la vida humana que han de regir en la sociedad. Es en este sentido que constituciones contemporáneas lo establecen en lo que ha dado en llamarse derechos de tercera generación.

¹³ La noción de "punto de vista interno" se utiliza aquí en el bien conocido sentido que H. Hart da a esa expresión. Cf., H. Hart, *El concepto de derecho*. Versión castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

actitud vaya en contra de sus propios intereses.¹⁴

Ahora bien, según MICHAEL BAURMANN, que una persona se comporte de acuerdo a normas morales con independencia de las consecuencias positivas o negativas concretas que para sus intereses trae aparejado su accionar permite prever cuáles serán sus comportamientos futuros. Esta actitud de seguimiento de las normas morales debe ser interpretada aquí, naturalmente, implicando un sentido del autocontrol personal, pero además conviene advertir que también juega un papel claramente estratégico.

Efectivamente una persona que siempre se comporta de acuerdo a normas o ideales morales es una persona virtuosa. Cuando el resto de sus congéneres conocen que es virtuosa puede decirse que ha adquirido una buena reputación moral. La reputación es importante en la medida que permite la asociación entre personas de igual reputación y el establecimiento de relaciones basadas en la confianza mutua, lo que a su vez genera una especie de "mercado de la virtud", mercado que tenderá naturalmente a su expansión.¹⁵

Pero aun aceptando que sea posible que la moral y lo útil coincidan en la mayoría de los casos, que a largo plazo ser moral resulta también ser rentable, en la medida en que se participa en el mercado de la virtud, quedará el problema de saber qué mecanismos se han de implementar efectivamente para lograr transmitir a la sociedad en su conjunto la idea de que ser

honesto es algo que vale la pena también por razones no morales.

Conviene recordar aquí que no existen instituciones exclusivas y especializadas en educar cívicamente a los ciudadanos, sino que son diversas las instancias sociales que lanzan mensajes cargados de valores hacia el conjunto de los ciudadanos. Tampoco convendría olvidar que el proceso de aprendizaje es un proceso continuo que se desarrolla a lo largo de toda la vida de los individuos. De hecho, una persona recibe educación a través de instancias formales como la escuela y de instancias informales como la televisión o la prensa.

Naturalmente, determinar cuál medio es más eficaz para modelar la definitiva personalidad del individuo es una cuestión empírica y como tal dependerá de las circunstancias que rodean el caso. Pero no existe una separación tajante entre ambos tipos de instancias educativas, formales e informales; solo difieren en sus distintos grados de institucionalización.

9. LA TAREA DE EDUCAR CÍVICAMENTE

Como ya lo dejáramos vislumbrar en el inicio del punto anterior, la tarea de educar cívicamente corresponde a instancias diversas y suele ejecutarse a menudo mediante ejemplos. En este cometido, las instituciones públicas desempeñan una función notabilísima. Si la política juega un papel pedagógico claro, las decisiones, las actitudes y los comportamientos de los gobernantes pueden ser considerados como su contenido básico. Por esa razón, cuando las acciones de los gobernantes son corruptas, el mensaje que se envía a los ciudadanos desde el poder

¹⁴ BAURMANN, Michael: *El Mercado de la virtud*. Versión castellana: E. Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 1998, página 73.

¹⁵ Ibidem.

en contra de la corrupción carece de relevancia práctica.

En efecto, tales comportamientos corruptos desdicen las afirmaciones puramente retóricas de lucha contra la corrupción que habitualmente esos mismos agentes corruptos se encargan de difundir. Cuando un agente pretendidamente moral formula reproches a otros por vicios que él mismo padece, la fuerza persuasiva de su mensaje queda gravemente debilitada.

¿Qué valor le asignaríamos, por ejemplo, a las afirmaciones de ciertos políticos de nuestro país si dijeran que los ciudadanos deben mantener un comportamiento cívico éticamente irreprochable y que ellos están firmemente comprometidos en la lucha contra la corrupción? Creo que les asignaríamos a sus respectivas palabras un valor nulo.

Las razones de esta asignación tan poco generosa pueden ser ilustradas con un ejemplo suministrado por GERALD DWORKIN. Supongamos, dice DWORKIN, que dos ladrones están cometiendo un robo y que el de más edad le dice a su compañero que aquello que está haciendo, robar, es incorrecto moral y jurídicamente.

El ladrón más joven sorprendido al escuchar esa reprensión contesta a su compañero no sólo que él está haciendo lo mismo, sino que es un ladrón habitual con más años en esa profesión. Que todo lo que sabe lo ha aprendido de él y que verlo actuar es una fuente inagotable de conocimiento y de virtuosismo técnico. Y que por ese motivo no tiene el derecho a formularle esa crítica. A lo que el veterano ladrón responde que todos esos datos son irrelevantes, que el acto que su joven

compañero está llevando a cabo, robar, está mal.¹⁶

La cuestión aquí, dice DWORKIN, no es si la crítica formulada por el asaltante más viejo a su joven compañero y discípulo es por su contenido correcta según algún sistema de normas. La cuestión a dilucidar es si quien formula la crítica, en ese contexto, está en posición de hacerla. Ello es así, porque en el diálogo moral, ambas partes, criticante y criticado, han de reconocerse mutuamente como agentes morales pertenecientes a una misma comunidad moral.

Este elemento es relevante debido a que, pragmáticamente, los reproches y las sanciones morales operan de un modo efectivo sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que le ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto.

No es suficiente pues, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es sancionado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor a la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá. Y la crítica moral habría perdido parte de su fuerza motivante.¹⁷

¹⁶ DWORKIN, Gerald: *"Morally Speaking"*, en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.

¹⁷ Ibidem, p. 187.

Cuando los ciudadanos observan que sus gobernantes y políticos en general se corrompen, los mensajes de éstos que curiosamente suelen ser a favor de una gran probidad moral en el uso de la cosa pública no tienen ningún impacto educativo positivo, y cuando esos mismos ciudadanos advierten que tales gobernantes y políticos tienen éxito en sus cometidos de enriquecimiento personal aprenden rápidamente que si quieren ser igualmente exitosos deben participar de la misma estrategia y sumarse a las actividades corruptas.

En un contexto de corrupción más o menos amplio parecen aprender no únicamente que una regla técnica para alcanzar los objetivos deseados es corromperse, sino que esa actitud está efectivamente justificada por el sistema de valores vigentes. Se contribuye así a consolidar una "cultura de la corrupción".

10. LA FALTA DE SANCIONES EJEMPLARES

Otra de las circunstancias que atenta contra la educación cívica en pos de la asunción de valores morales, de la honestidad y a favor de la lucha contra la corrupción es la falta de sanción a los corruptos. Ninguno de los funcionarios públicos que han sido sindicados claramente como agentes corruptos está en prisión, pero, además, en Argentina, los diseños institucionales instrumentados y las medidas de las diversas agencias anticorrupción carecen de eficacia.

La Oficina Anticorrupción en nuestro país, por ejemplo, declaró que, de las 489 denuncias de corrupción presentadas y admitidas a trámite por los juzgados

correspondientes, no solo se siguió la total ausencia de condenas para los denunciados, sino que ninguna de estas denuncias concluyó tan siquiera en juicio. Pareciera ser incluso, dicen los responsables de dicha Oficina, que no hubiera en los jueces una sensibilidad adecuada para castigar a los corruptos.¹⁸

Ello hace que la cúpula gobernante en su conjunto sea visualizada como corrupta, la falta de sanción por actos de corrupción y que los actos corruptos tengan plenos efectos jurídicos pueden ser denotados bajo el significado de un único término: "impunidad" y funcionan de hecho como instrucciones pedagógicas a favor de comportamiento venales más eficaces que cualquier política retórica en contra de la corrupción.

También señala CÁRCOVA que nuestro país, qué duda cabe, muestra un déficit de legalidad alarmante, que atraviesa toda su historia, pero que se percibe con mayor incidiosidad en el marco de la recuperación democrática. Cuando el papel de la legalidad se devalúa en el ámbito institucional, ocurre lo propio en el ámbito de las relaciones interpersonales. Los compromisos no son asumidos, las convenciones no son cumplidas y una sensación general de desprotección y de impunidad recorre, con efectos naturalmente deletéreos, los entresijos de la vida social.

JULIO MAFUD sostiene, haciendo referencia a la época colonial, "[allí] existía violentamente la separación del hecho y la ley. España trataba de ensayar de algún modo en sus dominios algún régimen legal. Pero los hechos proliferaban

¹⁸ Ver Diario *Clarín*, del 14 de marzo de 2002.

independientemente de la ley y de la justicia que fluctuaban en las fronteras limítrofes de la teoría y los deseos ... Por tal causa, en la ciudad y en la campaña, los habitantes comienzan a educarse en el desprecio de la ley y la justicia”¹⁹.

Si como dice JOHN DEWEY, la educación es el método por el cual la sociedad se reproduce a sí misma,²⁰ en una sociedad dominada por la cultura de la corrupción, la educación cívica efectiva, más allá de las declaraciones altisonantes en contra de la corrupción, tenderá a reproducirla.

La impunidad opera así como un elemento que impide la vigencia de un imperio de la virtud. El propio BAURMANN advierte que para que florezca este tipo de mercado es necesario al menos que se cumplan tres condiciones. La primera es que exista una sociedad abierta, con libertad de asociación para que aquellos que lo deseen puedan cooperar entre sí. La segunda, que existan relaciones de poder neutralizadas, de modo tal que los poderosos no opriman a los más débiles. Tercero, que exista un sistema de controles lo suficientemente fuerte y creíble para que desincentive comportamientos desviados u oportunistas.

¹⁹ Citado por NINO, Carlos: *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992, p. 55. Este libro constituye un análisis exhaustivo, honesto y comprometido de la situación que el autor caracterizaba como de “inobservancia generalizada de normas jurídicas, sociales, convencionales, técnicas, conceptuales y morales” (página 269).

²⁰ CAMPS, Victoria: “El valor del civismo”, en Victoria Camps, y otros, *Educación en valores: un reto educativo actual*. Instituto de ciencias de la educación. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 21.

En ese sentido, las instituciones políticas, sociales y económicas deben funcionar adecuadamente. Y todo ello requiere naturalmente que los ciudadanos desarrollen y ejerzan virtudes morales.²¹ Pero nada de ello es posible en un contexto donde impere una cultura de la corrupción.

11. A MODO DE EPÍLOGO

JOSÉ ORTEGA Y GASSET solía decir que investigar es tanto descubrir una verdad como su inverso, o sea demostrar un error. Saber es simplemente enterarse bien de esa verdad y poseerla una vez hecha o lograda. Todo lo que se haga con esa verdad lograda y poseída ya no es ciencia ni es investigación, salvo que su contenido sea puesto en cuestión y vuelto nuevamente a convertir en problema.

Por eso, el objeto de este trabajo no va más allá de la mera síntesis de la doctrina, del análisis de la opinión de algunos autores y la interpretación de ciertos textos referidos a la ética a partir de las conclusiones arrojadas por aquellos.

Como en toda síntesis, se corre el riesgo de dejar fuera importantes temas o autorizadas opiniones, riesgo, empero, que deberá excusarse teniendo en cuenta que este trabajo no aspira a hacer un aporte al conocimiento del tema de las normas morales y la ética en la política ya que más que originalidad, he pensado en ofrecer una visión de los postulados que se han

²¹ BAURMANN, M.: *op. cit.*, p. 226

desarrollado sobre algunos de los tópicos desarrollados.

No está en mí la capacidad de aportar novedades a la elaboración doctrinaria del tema, sino sólo imponer el desarrollo de sus logros para emplearlos en nuestro trabajo, sin otro ánimo que el de haber proporcionado algunas reflexiones sobre el tema de este estudio y en la seguridad de que la amabilidad del lector sabrá disculpar nuestra audacia ya que la finalidad no va más allá de un esfuerzo por exponer conceptos que arrojen luz sobre el problema didáctico objeto del presente.

Es de esperar que esta pequeña contribución ayude al lector a interpretar los fenómenos en estudio debido a la importancia que adquiere el tema en la realidad nacional de estos días. Este trabajo ha pretendido enfocarlo desde la generalidad del tema, esperando que el lector haya podido encontrar una guía a fin de facilitar la comprensión del problema y la forma de encarar posibles soluciones. Si eso llegara a ocurrir el aporte de este informe habrá cumplido el objetivo trazado y para el cual fue concebido.

BIBLIOGRAFIA CITADA

BAURMANN, Michael: *El Mercado de la virtud*. Versión castellana: E. Garzón Valdés. Editorial Gedisa, Barcelona, 1998

BOBBIO, Norberto. "Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci". Editorial Debate, Madrid, 1985.

CAMPS, Victoria: *"El valor del civismo"*, en Victoria Camps, y otros, *Educación en valores: un reto educativo actual*. Instituto de

ciencias de la educación. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

CARCOVA, Carlos M.: Derecho y transición democrática en "Materiales para una teoría crítica del derecho". Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

DWORKIN, Gerald: *"Morally Speaking"*, en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.

HARING, Bernhard: *La ley de Cristo*, Tomo I.

MALEM SEÑA, Jorge F. *"Corrupción, normas morales y educación"* en Globalización, comercio internacional y corrupción. Editorial Gedisa, Barcelona 2000.

NINO, Carlos: *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992.

O'DONELL G. *"Delegative Democracy?"* Working Paper, N° 172 Kellogg Institute (citado por el propio autor en "Desarrollo económico" N° 130 p. 183).

PACHECO G., Máximo: *Teoría del derecho*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, julio de 1993.

WEFFORT, Francisco: *"Qual Democracia?"* Companhia Das Letras. Sao Paulo. 1992.

SECCION JURISPRUDENCIA

FUNDACIÓN MUJERES EN IGUALDAD C/FREDDO S/AMPARO CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA H

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Contra la resolución dictada en primera instancia (fs. 244/50), que no hizo lugar al amparo por el cual la actora requería el cese de los actos discriminatorios que atribuye a la demanda, aquella expresa agravios a fs. 253/62.

La Fundación Mujeres en Igualdad inició este amparo colectivo contra la empresa Freddo S.A., alegando que ésta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos y de la prueba que aporta, que la demandada rechaza la contratación de personal femenino. El juez de primera instancia rechazó el amparo porque: 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.

En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría

sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma.

Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica.

Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar injusticias pasadas.

Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades (ver Jimenez, E.P., *Los derechos humanos de la Tercera Generación*, Bs. As., 1997, ps. 75/6).

También se encuentra prevista la llamada discriminación inversa en diversas convenciones internacionales con rango constitucional. Así, el art. 1.4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, las admite en tanto no se mantengan en vigor después del alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. En el mismo sentido, el art. 4.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se aclara en ambas disposiciones que las medidas especiales que se adopten no deben ser entendidas como formas de discriminación.

Medidas de este tipo han sido comunes en los Estados Unidos y han dado lugar a planteos judiciales. En el conocido caso "Bakke", de 1978, la Suprema Corte norteamericana restringió su aplicación, pues se colocaba en peor situación para el ingreso a la universidad a una persona blanca frente a otra de raza negra, cuyo puntaje era inferior pero suficiente para el ingreso por gozar de un plan especial (v. un análisis del caso en Ekmekdjian, M. y

Siegler, P., "Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE.UU.", ED, 93-877). Los requisitos que exigió la Corte consistieron en la finalidad fundamental de orden público, y la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la reglamentación restringe, así como que el daño provocado por la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria.

Las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los diferentes sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos en el correlato de contralor rápido y expeditivo. A la vez, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativa a otros, o que trabaje la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; impedir el corporativismo (Vittadini Andrés, S., "Los límites del principio de igualdad ante la ley", ED, 173-795).

En el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional. Es ilustrativo al respecto el voto de los Dres Petracchi y Bacqué al resolver la Corte Suprema la causa Repetto c/Pvcia de Buenos Aires., al desarrollar un criterio que, al decir de Garay, importa echar por la borda decenas de años de jurisprudencia y de doctrina (Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas. LL, 1989-B-931).

Esta postura encuentra apoyo en la doctrina norteamericana elaborada en torno a la Enmienda XIV, que establece la "protección igual de las leyes".

Puede decirse que su desarrollo más intenso se encuentra en la famosa nota a pie de página número 4 del caso "Carolene Products" (304 U.S. 144, 152, n.4), resuelto en 1938, que formó parte de una línea de pensamiento tendiente hacia una nueva percepción de cuál sería el papel adecuado a jugar por los tribunales federales. En dicha nota, el magistrado Stone sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación. Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes. La cuestión de cuándo y como determinadas pretensiones constitucionales dan lugar a un examen judicial especial se constituyó en una preocupación esencial de la teoría constitucional a partir de ese momento.

Al mencionar dicha nota la posibilidad de una revisión judicial más activa en ciertos ámbitos, se constituyó en un paradigma para el examen judicial especial de leyes que discriminan contra ciertos derechos o grupos. El primer párrafo, añadido a sugerencia del Presidente del Supremo Tribunal Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran "aquellos procesos políticos respecto de los cuales puede esperarse ordinariamente que produzcan la derogación de la legislación poco

deseable. El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra "minorías aisladas y disgregadas" debería también dar lugar a un "examen judicial más cuidadoso, y citó en su apoyo precedentes que habían invalidado leyes discriminatorias sobre la base de la raza, religión u origen nacional.

Dicha nota, al señalar que la discriminación contra algunos grupos o derechos debía poner en marcha una sensibilidad judicial especial, simboliza la lucha del tribunal desde finales de los años treinta por terminar con la tradición anterior de intervención judicial que tenía como premisa la libertad contractual (conf. Soifer, A., Identificación con la comunidad y derechos de las minorías., Rev. del Centro de Estudios Constitucionales, N1 1, setiembre-diciembre 1988, p. 93 y ss.).

Como señala Corwin, las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas" que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa". La expresión "clase sospechosa" puede caracterizar a un grupo "discreto e insular", que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario ("La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual", ps. 630/1).

Las leyes que discriminan en perjuicio de las "clases sospechosas" (suspect classification), o invaden un derecho "fundamental" deben pasar un test muy especial, denominado "escrutinio riguroso" (strict scrutiny) o la prueba de las

"libertades preferidas". En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si son al menos razonables. Así, por ejemplo, en el caso de los extranjeros, la Suprema Corte entendió que las clasificaciones basadas en la extranjería son intrínsecamente sospechosas y están sujetas a un escrutinio judicial atento; se agregó que los extranjeros debían considerarse como "un acabado ejemplo de una minoría no homogénea y aislada para la cual era apropiada la mayor preocupación judicial" ("Graham v. Richardson", 403 U.S. 365, 1971, entre muchos otros). Esta doctrina se extendió, además, a supuestos en los que no se trataba de clases sospechosas, como el trato desfavorable de algunas leyes hacia los hijos ilegítimos (Corwin, ob. cit., p. 633). También el Tribunal Constitucional español señaló, en diversas oportunidades, el especial deber de atención que deben prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación laboral por razón del sexo (v. 145/1991, 58/1994, 147/1995, 41/1999), doctrina que coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Hay una pauta intermedia de valoración que se usa a menudo, según la cual para que una ley sea considerada constitucional debe promover un importante interés del gobierno, y la Corte habrá de realizar una evaluación independiente acerca de la validez del interés buscado. Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un "mayor examen", y no se advirtió la existencia de un importante interés

estatal que justificase la distinción (Kiper, C., *Derechos de las minorías ante la discriminación*, p. 132).

Esta Sala ya resolvió, por mayoría, que "Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que "en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad" (4/9/2000 - S., J. O. v. Travel Club S.A., voto del Dr Kiper, JA 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).

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 art. 37, apartado segundo, 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."

El art. 43, al regular la acción de amparo dándole jerarquía constitucional, establece en el segundo párrafo que "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación ... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización." Aquí se incorpora, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas, en favor de diversos afectados, otra novedad que es la expresa habilitación constitucional de la acción de clase (Jimenez, cit., p. 93). Se trata de acciones que están dirigidas a proteger intereses individuales de sectores específicos de la población, y que demostraron ser útiles en los Estados Unidos para superar los inconvenientes, no solo de la indiferencia social frente a daños que no son percibidos por muchos, sino también para evitar la acumulación de acciones. En la class action se produce una extensión de la representación de intereses privados, semejantes y fungibles, que se acumulan por razones prácticas (ver Quiroga Lavié, H., "El amparo colectivo", Bs. As., 1998, ps. 110/2, quien a lo largo de la obra defiende con énfasis la tutela colectiva).

El párrafo siguiente amplía el campo de la acción a los supuestos en los que se registren datos sobre una persona con el objeto de discriminarla (habeas data). Por manera complementaria, el art. 86 le encarga al Defensor del Pueblo la defensa

y protección de los derechos humanos y demás garantías tutelados por la Constitución.

En el inc. 19 del art. 75, en el apartado tercero, 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 inc. 23 de dicho artículo 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."

La OIT tiene una participación activa para lograr la igualdad en el ámbito del empleo, especialmente a partir de 1960, cuando fueron aprobados el Convenio 111 y la Recomendación n 111. En 1975 la OIT emitió una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trata para las trabajadoras, completada en 1985 con una Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo. Para hacer surtir efectos a esta Resolución, el Consejo de Administración adoptó en 1987 un plan de acción sobre el tema. Cabe también recordar que la Comisión de Expertos, al analizar lo dispuesto por el art. 1º, párr. 2, del Convenio 111, consideró que las exclusiones generales de ciertos empleos u ocupaciones del ámbito restringido que pretende resguardar la igualdad de trato, son contrarias al Convenio (antecedentes sobre convenios y declaraciones internacionales pueden consultarse en

Martínez Vivot, J., "La discriminación laboral", Bs. As., 2000, ps. 153/5 y 166/71).

Reviste singular importancia lo dispuesto por el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer: "Los Estados adoptarán 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, en particular: 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 (...)"

Esta Convención tiene un concepto amplio de "igualdad": igualdad ante o frente a la ley, igualdad en la ley, igualdad jurídica, igualdad en los derechos y, en lo que aquí más interesa, igualdad de oportunidades y la igualdad de hecho o de facto (Sobre estas clasificaciones puede verse N. Bobbio, "Igualdad y libertad", Paidós, España, 1993). El principio de igualdad de oportunidades apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las mismas condiciones en la competición de la vida; se trata de igualdad de puntos de partida, aunque no la haya en el punto de llegada (P. Veloso Valenzuela, "La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer", en M. Paz Garafulic Litvak, "Mujer y Derecho", Santiago de Chile, 2001). Tal como apunta el Preámbulo de la convención, los Estados se obligan a suprimir la discriminación contra la mujer "en todas sus formas y manifestaciones"

Además de los principios emergentes de la Constitución y de los tratados internacionales, dispone expresamente el

art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo que "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad." Asimismo, el art. 1 de la ley 23592 dispone que "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 a reparar el daño moral y material ocasionados".

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo por su condición, así como el acceso a los puestos de mayor jerarquía, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar (Kiper, ob. cit., p. 309). Este requisito no fue satisfecho por la ley

24.465 (Fomento del empleo), teniendo en cuenta que alienta la contratación, entre otros, de mujeres, pero en condiciones no igualitarias (críticas a esta normativa pueden verse en Neira, "La contratación de mujeres", LL, 1996-A-1214; Elffman, M., "Informe Nacional Argentino sobre Discriminación en el Empleo", presentado ante XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Bs As, 1997; Calandrino A. y Calandrino, G., "Las recientes reformas laborales desde la perspectiva del constitucionalismo social...", ED, 165-1302).

La Corte Constitucional Federal de Alemania hizo lugar a la demanda -rechazada en instancias anteriores- de una mujer que se había postulado a un empleo calificado sin ser admitida. Solicitó que se obligase judicialmente a la empresa a darle empleo y, a título subsidiario, que se la indemnizara por daños y perjuicios. Se basó la decisión en el parágrafo 2 del art. 3 de la Constitución, que prohíbe toda discriminación fundada en el sexo (Rev Investigaciones, 1 (1997), editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia, p. 11).

En los Estados Unidos se establecieron, para remediar la situación, programas de "acción afirmativa", partiendo de la premisa de que reconocer que las mujeres y ciertas minorías, en especial afroamericanos, no estaban representados en determinados empleos y en los puestos altos de las empresas y establecimientos públicos, en los que tienen lugar la toma de decisiones y se pagan los mejores sueldos.

Tales programas exigen que en determinados puestos de jerarquía, así como en ciertos oficios y profesiones, los afroamericanos, los hispanos y las mujeres, entre otros, ocupen los puestos que por años les fueron negados. El primer decreto

fue firmado por John Kennedy en 1961. Los programas incluyen también la contratación con proveedores y las promociones. Las medidas de la empresa deben lograr que ocupen, en cada categoría, una proporción equivalente al número de mujeres o de habitantes de ese origen que viven en el área donde la empresa desarrolla su actividad. Estos programas han dado sus frutos, aunque no los esperados. La crisis de mediados de los años 70 provocó una ola de juicios que cuestionaban la política laboral expresada en la fórmula "el último contratado es el primer despedido", porque determinaba el despido de un número desproporcionado de trabajadores negros. Ocurrió que se despedía en función de la menor antigüedad, y como las políticas discriminatorias habían prevalecido durante años, dicho procedimiento favorecía a los blancos. En 1976 la Corte decidió que la ley de Derechos Civiles de 1964 (Título VII) autorizaba a los tribunales federales a otorgar antigüedad retroactiva a las víctimas negras de la discriminación laboral ("Franks v. Bowman Transp. Co.", 424 U.S. 747). La recompensa era aplicable a quienes buscaron empleo, fueron rechazados a causa de la raza, y más tarde fueron contratados por el mismo empleador.

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió que el art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/201 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres), autoriza a que se conceda preferencia al perteneciente al sexo infra-representado frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean los méritos sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de

todos los candidatos (sent. del 6/7/2000, Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 12). Incluso este Tribunal descalificó disposiciones del derecho alemán que excluyen de un modo general a las mujeres de los empleos militares que requieren la utilización de armas (sent. del 11/1/2001, Rev. Investigaciones, I, 2000, p. 18).

Antiguamente, en nuestro país, las costumbres sociales de la época no aceptaban que las mujeres desempeñasen tareas fuera del hogar. En 1899, la Corte Suprema consideró válida constitucionalmente la resolución que excluía a la mujer del ejercicio de la procuración judicial (Fallos: 47:274). Felizmente, tales impedimentos se encuentran superados, aunque existen otros problemas.

Si bien no subsisten discriminaciones legales, en los hechos suele ocurrir que las mujeres perciben salarios menores a los de los hombres, o que no puedan acceder a determinados puestos de importancia. Ello ocurre en nuestro país y también en el resto del mundo, según se desprende de los datos consignados en el informe del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (v. el informe del diario La Nación, titulado "Salarios sin maquillaje", 18/5/97, Sección 2, p.1., donde se da cuenta de que el salario de la mujeres, en promedio, es equivalente al 72% de lo que ganan los hombres. En la página 5 se informa que las mujeres padecen tasas de desocupación más altas).

Además de las normas citadas, hay una recomendación expresa para la República Argentina en la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la que goza de jerarquía constitucional. Prevé dicha Convención el funcionamiento de un Comité que se encuentra habilitado para

hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general, como ocurre también con la aplicación de otras convenciones internacionales.

Esto significa que la lucha contra la discriminación no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por sí insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos (así se pronunció en varias oportunidades el Comité de Derechos Humanos con relación a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ende, no son suficientes las medidas de protección, sino que es necesario una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes (conf. Observación General n° 4 respecto a la aplicación del art. 3° del comité citado). Es necesario, además de "facilitar" el disfrute de un derecho, "hacer efectivo" directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (Gialdino, R. "Observaciones y Recomendaciones Generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos", Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 159).

En el caso de la Argentina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al examinar el segundo informe periódico de nuestro país (E/1990/6/Add.16), en su 52° sesión del 1 de diciembre de 1999 expresó entre los

Principales motivos de preocupación. que: A4.7. El comité observa con inquietud que de hecho se discrimina a la mujer, particularmente en materia de empleo e igualdad de remuneración. A su vez, en el punto 5.6, recomendó que el Gobierno de la Argentina adopte medidas para garantizar la igualdad de hecho y de derecho entre el hombre y la mujer en lo que respecta al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. (Rev. Investigaciones, 3 (1999), ps. 759/60).

También la doctrina remarcó la existencia de este flagelo en el ámbito laboral. Así, V. Rubio, afirma que "en nuestra sociedad hay una discriminación negada". Su análisis tiene muy en cuenta el Convenio 111 de la OIT. contra la discriminación ("Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio", en Rev. de Derecho Laboral 2000-1, p. 219 y ss.; Elffman, M., "La responsabilidad del empleador por el despido discriminatorio, en la misma revista, t. 2000-1, p. 241 y ss., afirma con razón que "no hay ley más común que la ley antidiscriminatoria").

Es útil hacer referencia a la doctrina sentada por el Consejo de Estado de Grecia, en el sentido de que si se comprueba que, en razón de prejuicios sociales, se han establecido en la práctica discriminaciones sociales respecto de una categoría de personas, y que la aplicación rígida del principio de igualdad consolida y eterniza de hecho es a desigualdad, es posible el dictado de medidas positivas en favor de dicha categoría. Agregó que Ano son contrarias a la Constitución las medidas positivas tomadas respecto de las mujeres, cuando aquellas se dirigen al restablecimiento de la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres. (decisión del 8/5/98, Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, Comisión de Venecia, Ed. 1998, 2, p. 240).

Una de las Conclusiones del Comité de Expertos Independientes, cuya tarea consiste en examinar si los Estados adecuan sus legislaciones y prácticas con los derechos consagrados en la Carta Social Europea, fue que uno de los principales compromisos de los gobiernos para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, es mantener la lucha con la discriminación en el empleo (Conclusiones IX-1, p. 12). Entre las medidas de orden práctico, el Comité exige a los Estados, no sólo que levanten todos los obstáculos jurídicos que impiden el acceso a determinados empleos, sino también que una acción positiva y concreta sea emprendida con el fin de crear en los hechos una situación susceptible de asegurar una igualdad completa de tratamiento (Conclusiones I, p. 15; ver también Consejo de Europa, *La femme dans le monde du travail*, Cahiers de la Charte sociale, Estrasburgo, n 2, 1995, ps. 7/40).

Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la discriminación indirecta en razón del sexo es que el empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas, lo que debe ser valorado por los jueces. Los tribunales deben ser rigurosos, ya que las normas que protegen frente a las discriminaciones indirectas tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que tienen un efecto discriminatorio sobre las mujeres (McGlynn, C. y Farrelly, C., *AEQUAL Pay and the >Protection of Women within family life=*, *European Law Review*, vol. 24, n° 2, abril de 1999, p. 202).

De las constancias de autos surge que el 24 de diciembre de 1999 se presentó ante un notario el coordinador y docente de la Clínica Jurídica de Interés Público que

funciona en la Universidad de Palermo. El escribano concurrió a diversas heladerías (no pertenecientes a la cadena Freddo) y constató que había mujeres atendiendo al público (fs. 11/12).

El 23 de octubre de 2000, otra escribana, también a pedido de la referida clínica, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo, y constató que eran hombres los que atendían al público (fs. 156/8). A fs. 13 obra la copia de un aviso aparecido en un diario en el que Freddo solicita "100 empleados de atención al cliente", "70 repartidores", y "20 caminantes" y, entre los requisitos exigidos se menciona el "sexo masculino". En otro aviso, en el que se solicitaron "50 empleados de atención al cliente" dirigido a "quienes posean muy buena capacidad de relacionamiento y disposición para la atención de clientes", también se exigió como requisito el "sexo masculino" (fs. 14). Lo mismo sucedió con el aviso en el que se requirieron 100 empleados de atención al cliente y 100 repartidores (fs. 16). La situación se repite con los avisos de fs. 17, 18, 19, 20 (este último para "refuerzo de fin de semana". La excepción la constituye el pedido de "telemarketers", en el que se aclara que está dirigido jóvenes de ambos sexos (fs. 23). En otros avisos, si bien no exigen expresamente el sexo masculino, se utilizan las palabras "empleado", "repartidores", con cierta alusión al sexo masculino.

La no discriminación por razón del sexo, en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por "antes" el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva. Es así que algunas legislaciones, como la chilena, la paraguaya y la uruguaya, tienen normas específicas para prohibir el uso del

motivo "sexo" para elegir al ocupante del puesto vacante (M. Paz Garafulic Litvak, ob.cit., p. 336). La ley paraguaya hace la salvedad de casos en los que el trabajo configure algún riesgo para la mujer (art. 132, Código del Trabajo). En Perú, la ley 26.772 prohíbe la discriminación por sexo en el acceso al empleo y, salvo excepciones, todo requerimiento que formule semejante distinción es considerado discriminatorio (L. Vinatea Recoba, "Discriminación laboral por razón de sexo en el Perú", cit. en M. Paz Garafulic Litvak, ob.cit., p. 312). En este país es posible, ante anuncios discriminatorios, que se impongan sanciones al denunciado y que se lo condene a reparar los daños y perjuicios causados. A partir de 1998, cuando fue reglamentada dicha ley, los avisos discriminatorios disminuyeron un 40%.

Los referidos avisos periodísticos motivaron que la ciudadana Mariana Alvarez se presentara ante la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires. Se labraron actuaciones de la que surge que, según lo informado por el ANSES, en diciembre de 1999, la empresa tenía una dotación de 681 personas, de los cuales 646 eran hombres, y sólo 35 mujeres (fs. 182). También surge de dicho expediente que la representante de Freddo, tras explicar el perfil del empleado destinado a la atención del cliente, señaló que los requisitos exigidos son una edad entre 18 y 25 años, y el sexo masculino (fs. 184). Informó también que durante 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, lo que mejoró en 1999, ya que ingresaron 297 empleados, de los cuales 33 fueron mujeres (v. Fs. 187). Cabe también señalar que Freddo ofreció un peritaje contable, pero fue declarada negligente en la producción de esta prueba (fs. 226).

Más adelante, la empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían "efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgs., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo, las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada (...) En este sentido FREDDO pretende 'proteger' y no discriminar a la mujer (fs. 189).

A fs. 216/7 declaró Pablo Sartán, a cargo del área de recursos humanos de la demandada, quien señaló que los potes de aluminio antes pesaban 20 ks y que ahora pesan entre 8 y 9 ks., lo que justificaba que se contrataran hombres, pero que esa política había cambiado tras la compra de la empresa por el Grupo Exel.

La justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el "sexo débil" que a una verdadera visión del tiempo actual.

Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigida a las mujeres también es reputada discriminatoria. Señala. M. Ackerman que

"Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los hombres como para las mujeres. Por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y necesario en los trabajos de enfermería - actividad en que la población laboral suele ser predominantemente femenina- normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad. Por último, si la explicación se reduce a que la prohibición legal debe entenderse justificada para aquellos trabajos que pudieren poner en peligro la capacidad de gestación -que no es en estos términos como aparece reseñada en la legislación argentina- igual restricción debería corresponder para los que, de igual forma o en términos similares, afectaran a los hombres" ("La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina", Ed. Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Bs. As., 2000). Apreciaciones similares merece la prohibición para las mujeres del trabajo a domicilio contenida en el art. 175 de la LCT, en tanto ven reducidas sus opciones en este tipo de labores.

Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y

necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio. Como se adelantó, no basta con el reconocimiento de los derechos, sino que es necesario, también, promoverlos y garantizarlos para que sean efectivos. Las garantías son diversas: a) nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; b) recursos adecuados ante los tribunales; c) imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos.

Una de las consecuencias más importantes derivadas de la relación entre el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Constitucional es la relativa a las obligaciones estatales. Esto es, determinar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados Parte en los tratados internacionales, respecto de los derechos humanos allí reconocidos (Ayala Corao, C., "El derecho de los derechos humanos", ED, 160-758). Se ha señalado que estas obligaciones son ejecutables y exigibles de manera inmediata por los individuos frente al Estado (conf. Bidart Campos, G., *Las obligaciones en el Derecho Constitucional*, Bs As, 1987, ps. 27/8; Ayala Corao, ob. cit.).

Revisten particular importancia los arts. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que luego de establecer el compromiso de los Estados parte a respetar y "garantizar" determinados derechos sin discriminación, les impone la obligación, en el caso de no estar aún garantizados, de adoptar las medidas oportunas (legislativas o de otro carácter) para hacerlos efectivos. En caso

de incumplimiento, surge la responsabilidad internacional del Estado.

Se trata, pues, de tres obligaciones: respeto de los derechos humanos, adopción de las medidas necesarias para hacerlos efectivos, y garantizar su libre y pleno ejercicio mediante medios judiciales sencillos para obtener su restablecimiento y, en su caso, la indemnización del daño. Este derecho internacional de los derechos humanos tiene, entre otras características, la autoejecutividad u operatividad (sus disposiciones se aplican sin necesidad de un desarrollo legislativo previo), y lo que se denomina "posición preferida" (preferred rights position), esto es que, en caso de conflicto, prevalece una norma de derechos sobre otra de poder (Hitters, Algo más sobre el proceso transnacional, ED, 162-1020; Nikken, P., El concepto de derechos humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, S. José, 1994, p. 15 y ss.; Gutierrez Posse, H., "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", ED, 163- 893). En lo que aquí interesa, es la actuación de este Tribunal la que puede garantizar, en el caso concreto, que se haga efectivo el derecho invocado por la entidad actora en beneficio de las mujeres, a las que representa en forma colectiva. Como escribiera Bobbio, "el problema fundamental en relación con los derechos humanos, hoy, no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos. No es un problema filosófico, sino político y ético" ("El tiempo de los derechos", 1991, Madrid, p. 21). Por último, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar

constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sent. del 22/3/99, n 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485). Si bien es cierto que los directivos de una empresa suelen hacer prevalecer criterios económicos por encima de los jurídicos en la conducción de la actividad empresarial, la verdad es que estas situaciones tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.

Por ende, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber justificado con argumentos razonables la demandada su conducta, el Tribunal RESUELVE: Revocar la sentencia apelada y hacer lugar al amparo; con costas a la vencida. Corresponde, entonces, condenar a FREDDO S.A. a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.

Claudio M. KIPER. Jorge GIARDULLI