

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER: FUNDAMENTOS Y PERSPECTIVAS

Dra. María Paula Delgado Plaza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, III. FUNDAMENTOS PARA LA PROTECCIÓN LABORAL A LA MUJER, IV. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN EXCESIVAMENTE PROTECTORA A LA MUJER, V. PROTECCIÓN JURÍDICA A LA MUJER EN EL ECUADOR, VI. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: EL CASO “HELADERÍAS FREDDO” DE ARGENTINA, VII. LA REALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO, VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.-

No cabe duda que la Constitución Política de la República garantiza el derecho a la libertad de contratación por parte de las personas que habitan en el país.

Pero, junto a dicha premisa hay que agregar otra que establece que los derechos y su ejercicio no son absolutos, sino que, por el contrario, son limitados en base a las prescripciones de las leyes, límites éstos impuestos en aras del bien común de la sociedad.

Pues bien, uno de estos límites a la libertad de contratación es la prohibición de que, a través de ella, se pueda discriminar a las personas por diversos motivos, de entre los cuales se haya el sexo que ostente uno de los postulantes.

Si bien es cierto, que los empresarios suelen hacer prevalecer criterios económicos por sobre los jurídicos, la verdad es que aquellos no legitiman la falta cometida, falta esta que tiene razones profundas y que guarda relación con aspectos culturales respecto de los cuales son criadas las personas en sociedades machistas como las nuestras.

La lucha de la mujer por alcanzar una igualdad de oportunidades es todavía dura y está vigente; las infracciones no solamente se cometen en el sector privado sino también en el público y se mantienen no sólo respecto de la posibilidad de ser contratadas, sino en la de

ascender, en la de ocupar puestos de jerarquía, en los puestos que involucren toma de decisiones y niveles remuneratorios altos.

El presente trabajo, bastante puntual si se quiere, buscará echar una ojeada por la situación jurídico laboral de la mujer en el Ecuador, recomendando cambios legales que se deberían dar, trayendo a conocimiento un importante fallo en la lucha contra la discriminación laboral a la mujer en la República argentina y ciertas situaciones contempladas en el derecho comparado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

La legislación laboral tiene un afán y naturaleza, como sabemos, eminentemente, protectora. Su surgimiento histórico se debió a la lucha de los trabajadores frente a los abusos de los patrones y empresarios de la época.

Es por eso que, tanto la mujer como los menores fueron los primeros en recibir la protección de las normas laborales frente a los abusos que surgían dentro del contexto de la revolución industrial.

El derecho y, concretamente, lo que más tarde se conocerá como el derecho del trabajo reaccionó frente a jornadas excesivas, extenuantes, lugares de trabajo insalubres, tareas penosas, y salarios más bajos que recibían las mujeres en comparación con los hombres que laboraban en aquella época.

Dentro de este contexto de lucha surgió también el Día Internacional de la Mujer, el mismo que fue propuesto en 1910 por la alemana Clara Zetkin, integrante del Sindicato Internacional de Obreras de la Confección, durante el Congreso Internacional de Mujeres Socialistas en Copenhague, Dinamarca.

La fecha se eligió para honrar la memoria de un grupo de mujeres que, con gran valor, ocupó en el año 1857 la fábrica textil donde laboraban en la ciudad de Nueva York para exigir igualdad de salarios y una jornada de 10 horas de trabajo, recibiendo como respuesta de sus jefes el que se prendiera fuego en la planta ocupada, con lo cual murieron las 129 obreras.

Por lo tanto, si de análisis histórico-jurídico se trata, el derecho laboral tiene sus primeras manifestaciones ostensibles en la protección de la situación laboral de la mujer.

III. FUNDAMENTO PARA LA PROTECCIÓN LABORAL A LA MUJER.-

No cabe duda que tanto el hombre como la mujer son iguales y merecen igual atención y protección por parte del derecho, sin embargo, muchos han considerado que la mujer tiene que ser protegida por el derecho, en base a consideraciones, exclusivamente, físicas o biológicas (debilidad de la mujer frente a la fortaleza del hombre), estas consideraciones lo único que nos revelan son prejuicios sobre el sexo débil; en cambio, en la actualidad, otros consideran que aquella protección se debe dar, a fin de proteger, de manera activa, la discriminación efectiva que sufre la mujer en la sociedad, esto es lo que se conoce con el nombre de **discriminación positiva**, es decir, frente a una ostensible desigualdad y frente a patentes discriminaciones, la igualdad sólo existe en el plano teórico o ideal, logrando alcanzarla mediante desigualdades jurídicas a favor de aquel grupo vulnerado.

Según un informe de siete ONGs argentinas que será presentado en la Organización de las Naciones Unidas que denuncia la discriminación laboral y que será presentado en oposición al informe del gobierno argentino ante el Comité de Seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “la esfera laboral es uno de los ámbitos donde se da la mayor discriminación contra la mujer” y como ejemplo menciona que “el ingreso promedio de ellas representa el 60% del de los varones de iguales condiciones educativas”.

En determinadas ocasiones es importante adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes por diversos motivos, entre ellos el sexo, se encuentran en condición desigual, siendo esto lo que se conoce como la discriminación inversa, esto es, una estrategia legislativa que pretende corregir una desigualdad material a través de una diferenciación jurídica, en los que se discrimina legalmente para igualar.

Sin embargo, la discriminación inversa o programas de acción afirmativa han recibido ciertos reveses en algunos países, así es conocido el caso Bakke de 1978, en donde la Suprema Corte norteamericana restringió su aplicación, pues, colocaba en peor situación para el ingreso a la universidad a una persona blanca frente a una de raza negra, cuyo puntaje era inferior pero suficiente para el ingreso; la Corte exigió como requisitos la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la reglamentación restringe y que el daño que provoque la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria, debiendo toda medida de discriminación inversa ser razonable y no otorgar derechos excesivos que impliquen una disminución de oportunidades inequitativa frente a otros.

IV. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN EXCESIVAMENTE PROTECTORA DE LA MUJER.-

Los fundamentos que hemos mencionado anteriormente y la necesidad de que la mujer por razones biológicas y sociales reciba una protección especial por parte del derecho, han conducido a muchos a considerar que tal posición jurídica peca de ser excesiva y que frente al

desamparo legal en el que, inicialmente, se encontraba la mujer, hoy por hoy, su situación jurídica pasó a la de una sobreprotección, rayando sus disposiciones en la muestra palpable de lo que es conocido como una discriminación inversa, esto es que en su afán de mejorar la situación de la mujer, de manera injusta se perjudica la situación del hombre.

V. PROTECCIÓN JURÍDICA A LA MUJER EN EL ECUADOR.-

Como todo análisis jurídico, éste debe partir necesariamente de la Constitución Política de la República, así ésta al tratar los derechos civiles en su artículo 23, establece en el numeral 3 **la igualdad de todas las personas que habitan en el Ecuador ante la Ley**, personas que serán consideradas iguales, gozarán de los mismos derechos y oportunidades sin que quepa, como válida, discriminación alguna por motivo de sexo.

Con mayor énfasis y profundidad, la misma Constitución Política al tratar sobre los derechos económicos, sociales y culturales que garantiza a todas las personas que habitan en el Ecuador, establece en su artículo 36 que el **Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades** - entiéndase que el hombre-, **garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor**. Esa misma norma constitucional, el artículo 36, establece en su segundo párrafo que **el Estado velará por el respecto de los derechos laborales y reproductivos de la mujer, en su afán por mejorar las condiciones económicas de su trabajo, especialmente, en el caso de la mujer gestante y en el período de lactancia de la mujer trabajadora**, rematando, por último, con **una prohibición, a título general respecto de cualquier tipo de discriminación laboral que se ejecute o pretenda ejecutar respecto de la mujer trabajadora**.

Dentro del contexto de la normativa infra constitucional, el Código del Trabajo garantiza en su artículo 35 la capacidad de contratación laboral de la mujer, la cual, sólo requiere tener capacidad civil para obligarse y, por ende, para celebrar contrato de trabajo sin necesidad de que el marido apruebe, consienta o convalide el negocio jurídico laboral.

Por otro lado, tratándose del contrato de enganche para el exterior del país, esto es, para el caso de los trabajadores que son contratados para prestar sus servicios lícitos y personales en el extranjero ya no rige la prohibición para que en este tipo de modalidad laboral puedan ser contratadas las mujeres, prohibición esta que existía antaño y que fue dero-gada en pos de ese equilibrio de oportunidades entre el hombre y la mu-jer que la normativa laboral pretendió, existiendo tan solo esa prohibición para el caso de los menores de edad.

Por otro lado, el artículo 42 que trata de las obligaciones que tiene el patrono respecto de sus trabajadores, establece en su numeral 13 que aquellos, es decir, los patronos o empresarios, deberán tratar con la debida consideración a sus trabajadores, no infiriéndole maltrato de palabra o de obra; es esta la base legal la que, sin perjuicio, de la aplicación supletoria del Código Civil (artículo 6 del Código del Trabajo) sirve de sustento para todo tipo de reclamo que pueda plantear una trabajadora frente al caso de un acoso sexual sufrido por acción del empresario o de su representante, debiendo atender inmediatamente tales reclamaciones de conformidad con lo prescrito en el numeral 15 del mismo artículo.

Por último, tratándose del artículo 42 del Código del Trabajo el patrono deberá contratar el porcentaje mínimo de trabajadoras, porcentaje éste que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, artículo 124 del mismo cuerpo legal.

Congruente con la protección a la maternidad que se hace a la mujer trabajadora, el artículo 152 del Código del Trabajo prohíbe la actividad laboral del personal femenino dentro de las dos semanas anteriores al parto y diez semanas posteriores al mismo; para tales efectos, y para gozar de la protección de estabilidad a la que se refiere el inciso tercero del artículo 154 del Código del Trabajo, la trabajadora embarazada deberá comprobar su estado de gravidez mediante el certificado médico otorgado por un galeno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste, por cualquier otro facultativo.

Es importante mencionar que en el caso de desahucio o despido de una trabajadora en estado de embarazo, fuera de los casos en los que se solicite el correspondiente visto bueno al tenor del artículo 172 del Código del Trabajo, aquellos hechos (el despido o el desahucio) serán sancionados con una indemnización especial, adicional a las generales, equivalente a un año de remuneración.

Es importante mencionar también que, al respecto, hay la necesidad de una reforma legal que mejore la protección de la mujer trabajadora, en especial, en su situación post-parto, puesto que, la protección que establece el Código del Trabajo, a través de su artículo 153, sólo se circunscribe a las dos semanas anteriores y diez posteriores al parto, quedando desprotegida materialmente la trabajadora al reincorporarse a su puesto de trabajo, pues en este momento queda libre el patrono para dar por terminado el vínculo laboral, debiéndole tan sólo abonar las indemnizaciones generales. En muchos países a la mujer trabajadora sí se la protege en su situación post-parto, castigando duramente al patrono que, con períodos que fluctúan, según las diversas legislaciones, entre seis meses a un año después del parto, pretenda dar por terminado el vínculo laboral por motivo del embarazo y parto.

Asimismo, valdría la pena recoger criterios legales existentes en otros países, como por ejemplo: Argentina, en donde la trabajadora que dio a luz antes de la finalización del período de licencia post-parto, puede gozar del denominado período de excedencia, esto es, de una licencia sin sueldo por un mínimo de tres meses y un máximo de seis, en los casos en los que la trabajadora tuviera un año de antigüedad en la empresa, siem-pre y cuando siga residiendo en el país y, que se reintegre a su puesto de trabajo habitual una vez concluido dicho período de excedencia.

Asimismo, debería constar, expresamente, en la ley laboral que si la trabajadora sufre una enfermedad que la incapacite para el trabajo hasta por el lapso de un año, sea que esta enfermedad se origine en el emba-razo o el parto, de llegar el patrono a dar por terminado el vínculo laboral deberá pagar la indemnización especial de un año de remuneración.

Bajo el actual contexto del Código del Trabajo dicha posibilidad no está del todo clara, sin que la jurisprudencia haya aclarado aquello ni la Corte Suprema de Justicia a través de la triple reiteración de fallos de Casación.

Asimismo, durante los nueve meses posteriores al parto, el artículo 155 del Código del Trabajo dispone que la jornada de trabajo se reducirá de ocho a seis horas como máximo al día, horas de trabajo que se distri-buirán, por regla general, de acuerdo a lo convenido por las partes, con lo cual se establece al derecho a la lactancia.

Todo tipo de infracción a los derechos laborales de la mujer, de conformidad con el artículo 156 del Código del Trabajo, faculta a que ésta plantee una denuncia ante la autoridad administrativa laboral pertinente, esto es, el Inspector Provincial del Trabajo, quien, de encontrarla funda-mentada procederá a sancionar al patrono con la multa de rigor, la cual podrá doblarse en los casos de reincidencia.

Dentro del afán perseguido por el Estado ecuatoriano de combatir toda forma de discriminación laboral que afecte a la mujer, se publicó en el Registro Oficial No. 124 del 6 de febrero de 1997 la denominada Ley de Amparo Laboral de la Mujer, la misma que estableció la obligación de los empleadores de contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, el mismo que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Minis-terio de Trabajo, conforme consta en el artículo 42, numeral 34 del mismo cuerpo legal.

Dicha Ley sanciona fuertemente a los empresarios que incumplan aquella obligación, imponiéndole multas que van de veinte a cien salarios mínimos vitales, sanción ésta a ser aplicada por parte del Inspec-tor o Subinspector del Trabajo y, en caso de reincidencia, se podrá

disponer la clausura del local o negocio hasta que se cumpla con la obligación de contratación antes aludida.

Por otro lado, dicha Ley de Amparo Laboral de la Mujer extendió su protección al hecho de que en las Cortes Superiores, Juzgados, Notarías y Registros, por lo menos, el 20% de sus miembros sean mujeres.

La preindicada Ley de Amparo Laboral de la Mujer es una ley especial, que prevalece sobre toda aquella que se le oponga en sus disposiciones.

Consideramos necesaria una reforma legal que defienda a la mujer en los casos de terminación del contrato de trabajo por causa de matrimonio, situación ésta no prevista en nuestro ordenamiento jurídico a diferencia de lo que existe en países como Argentina, en los que se presume legalmente, salvo prueba válida en contrario, que toda terminación de la relación laboral hecha, hasta por el lapso de un año, con posteridad al matrimonio es entendida como un despido, obviamente improcedente, realizado por el patrono.

En cuanto a la judicialización del derecho que tiene la mujer para reclamar todo tipo de afectación a sus derechos laborales, vale la pena mencionar que:

- 1.- Atendiendo a la prescripción contenida en el artículo 42 del Código del Trabajo, todo patrón debe atender las reclamaciones laborales interpuestas por los trabajadores.
- 2.- En los medios colectivos de trabajo y, en especial, en la práctica, aquellos que cuenten con un organismo sindical; la presencia del Comité Obrero Patronal es común, debiendo dicho organismo, atender las reclamaciones que se planteen por parte de los trabajadores respecto de violaciones a los derechos de los trabajadores, especialmente. Dicho organismo, conformado paritariamente por empleadores y trabajadores, establecerá las recomendaciones del caso y, de serlo pertinente, "recomendará" el ejercicio de las acciones legales pertinentes.
- 3.- Paralelo a lo anterior, existe el derecho del trabajador a plantear el correspondiente visto bueno que, en el presente caso, podría tener como fundamento las injurias graves que le hayan inferido el empleador o sus representantes al trabajador o por una disminución indebida a la remuneración, siempre y cuando esta haya sido por consideraciones a su sexo.

- 4.- No está de más indicar que el trabajador siempre tendrá expedita la posibilidad de plantear el correspondiente juicio laboral.
- 5.- Todo lo anterior es sin perjuicio de que, durante el transcurso de la relación laboral se puedan plantear denuncias contra el empleador infractor ante la Inspectoría del Trabajo, la cual, como sabemos, podrá interponer sanciones (multas contra el empleador infractor).

VI. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: EL CASO "HELADERÍAS FREDDO" DE ARGENTINA

El 16 de diciembre del 2002 la Sala H. de la Corte Nacional de lo Civil con sede en Buenos Aires dictó Resolución con lugar, esto es favorable, a favor de la Fundación Mujeres en Igualdad, quien planteó una demanda de amparo colectivo en contra de la empresa Freddo S.A., la misma que explota la famosa cadena de Heladerías Freddo.

La Fundación Mujeres en Igualdad alegó que Freddo S.A. realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal.

El juez de primera instancia rechazó el amparo planteado porque: a) La actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que estas hubiesen sido rechazadas por su condición de tales; b) Que 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.

La Sala consideró que la discriminación denunciada 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 todo margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleado en la selección de su personal.

Como pruebas aportadas al proceso se advierte que un escribano (Notario) concurrió a diversas heladerías que no pertenecían a la cadena Freddo y constató que habían mujeres atendiendo al público.

Otro escribano, en cambio, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo y constató que eran hombres los que atendían al público.

Obra también como prueba en el proceso la copia de un aviso aparecido en un diario en el que Freddo solicita cien empleados de atención al cliente, setenta repartidores, veinte caminantes y entre los requisitos exigidos se menciona el sexo masculino.

En otro aviso se solicitaron cincuenta empleos para atención al cliente, exigiéndose como requisitos poseer buena capacidad de relacionamiento, disposición para la atención de clientes y ser de sexo masculino. Se presentaron, adicionalmente, otros avisos en que requerían cien empleados para atención al cliente y cien repartidores, los cuales partían con los mismos requisitos, la única excepción la constituyen el requerimiento de telemarketers en el que se solicitaba jóvenes de ambos sexos, por lo tanto, quedaba comprobado a través de este fallo que existía una discriminación antes del proceso de selección.

Por su parte, la empresa a través de su representante informó que en el año de 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, pero que en 1999 se ingresaron 297 empleados, de los cuales tan sólo 33 fueron mujeres.

La empresa quiso justificar la contratación de personal masculino alegando que los trabajadores debían efectuar la limpieza del local, cargar baldes que contenían el producto, los que tienen un peso de aproximadamente 10 kilogramos, ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y baja temperatura, que los motoristas requeridos por la empresa necesitan conocimientos básicos de mecánica, limpiar el ciclomotor, reparar la moto, cargar combustible con bidones; por último gran parte de las tareas cumplidas se desarrollan en horarios rotativos, hasta altas horas de la madrugada, por lo que, en realidad, Freddo jamás ha querido discriminar a la mujer sino que, por el contrario, ha buscado protegerla.

Los jueces Giardulli y Kiper resolvieron revocar la sentencia apelada y conceder el amparo colectivo solicitado condenando en costas a la compañía Freddo a la que se dispuso a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida, debiendo presentar un informe anual a la actora y permitir el acceso a la información correspondiente, pudiendo ser sancionada con multas, en caso de no cumplir con lo aquí resuelto.

VII. LA REALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.-

En muchos países existe una actitud discriminatoria contra las mujeres y contra ciertas minorías como los afro-americanos y los hispanos, esto trajo como consecuencia programas de acción afirmativa dirigidos por el propio gobierno, siendo el primer Decreto, aquel que fuera firmado por John F. Kennedy, el cual exigía la contratación de aquellos en determinados empleos

que involucran la toma de decisiones y mejores sueldos, tanto en altas empresas como en establecimientos públicos.

Los programas de acción afirmativa llegaron al extremo de que en los Estados Unidos frente a la crisis de mediados de los 70, la cual provocó una serie de ajustes en la política laboral y desembocó en despidos, bajo el criterio - superficialmente justo- de que el último contratado sea el primer despedido, la gran masa de despedidos estaba representada por aquellas minorías y por las mujeres que por mucho tiempo estuvieron relegadas, puesto que, a última hora, eran quienes estaban siendo contratadas por la empresa; éstos entonces eran los que tenían menos antigüedad, puesto que los trabajadores más antiguos eran los de raza blanca. Frente a esta realidad se alza la Corte en el año de 1976 estableciendo la aplicación del criterio de antigüedad retroactiva, para favorecer, de esta manera, a quienes, inicialmente, fueron rechazados a causa de la raza y que más tarde fueron contratados por el mismo empleador, siendo célebre el caso *Franks versus Bowman Transp.CO*.

Vale la pena también mencionar, ahora bajo la óptica europea, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas resolvió en base de la Directiva 76-201, se conceda preferencia al sujeto perteneciente al sexo infra representado frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que ambos candidatos posean méritos sensiblemente equivalentes, tal como se expidió en el sentencia del 6 de julio del 2000.

En algunas legislaciones americanas, como por ejemplo la chilena, la paraguaya y la uruguaya se prohíbe el uso del requisito del sexo para elegir al ocupante de una vacante, salvo que, como dice la ley paraguaya, la actividad sea riesgosa para la mujer. Igual criterio plantea la Ley No. 26.772 del Perú.

VIII. CONCLUSIÓN.-

No cabe duda que todas las legislaciones condenan al unísono discriminaciones por motivos sexuales y propugnan una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres tanto en el plano profesional, laboral, político y social.

Los esfuerzos desplegados por la Organización Internacional del Trabajo OIT, por los constitucionalistas y constituyentes y por las ONGs nacionales y especializadas en la materia son elocuentes.

El Congreso, el Gobierno y el Estado en general, más allá de dictar la Ley de Amparo Laboral de la Mujer no ha emprendido una campaña de acción positiva encaminada a frenar la

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER: FUNDAMENTOS Y PERSPECTIVAS

discriminación laboral a la mujer; no hay antecedentes de estrategias ni planes de gobierno que nos des-mientan, ni fallos jurisprudenciales que recoger al respecto.

En el Ecuador, falta más labor privada, puesto que sólo se conoce de la Fundación María Guare y la labor específica en la lucha contra la violencia a la mujer desplegada por medio de las Comisarías de Policía.

La lucha debe empezar ya, no sólo por nosotras mismas, sino por nuestras hijas y por una sociedad justa y equitativa.