

EL ROL DEL JUEZ Y PERSPECTIVA DE GENERO

MARIELA BERON¹

RESUMEN. -

El objetivo de este trabajo es reflexionar, acerca de estrategias para el análisis de los casos y el desarrollo de habilidades para recabar y valorar elementos de convicción a la hora de “ juzgar con perspectiva de género”.-

La desigualdad de género se presenta ante el tribunal como una realidad y un desafío dentro de un contexto normativo complejo. La comunidad internacional ha dado respuesta al flagelo de la violencia, con un plexo normativo en materia de igualdad de género, a través de convenciones internacionales ratificadas por nuestro país (CEDAW, Convencion Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convencion De Belem Do Para" y Convenio 190 OIT); mientras que en el orden interno, la ley de Protección Integral de las Mujeres (26.485), constituye una normativa central para el tratamiento con perspectiva de género de casos sobre violencia; entre ellos los que ocurren en el ámbito del trabajo. Su Decreto Reglamentario 1011 / 2010- (P.E.N.), como la Recomendación 206 que acompaña el Convenio 190 de la OIT, reivindican la inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, la reciente reforma de la LCT (Ley 27.472 Ley Bases) que incorpora el art. 245 bis, al legislar sobre el despido discriminatorio, que incluye el despido por cuestión de género, pone en cabeza de la trabajadora, la carga de la prueba. Por ello, se propone examinar dicha colisión, priorizando los derechos fundamentales puestos en juego, con énfasis en el control de constitucionalidad y convencionalidad como deber de los jueces; a la vez que ahondar sobre el valor de la prueba indiciaria en los casos de violencia, ante la incontrastable realidad de las dificultades con que se enfrentan los operadores jurídicos, inclusive el juez, para recabar prueba con los medios directos. En esa

¹ Jueza titular del Segundo Juzgado Laboral de la Provincia de San Juan. Profesora de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de San Juan. Ex Profesora de la Universidad Católica de Cuyo en la Cátedra de Derecho del Trabajo. Entrenada por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tallerista en Perspectiva de Género.

tarea, se advierte la especial significación de la prueba indirecta, como la necesidad de adquirir habilidades para sortear los obstáculos a los efectos de obtener elementos de convicción. En definitiva, revisar el estándar probatorio, bajo la premisa de que el juez laboral, en su carácter de órgano técnico especializado debe ser imparcial, pero no neutral; por lo que su mirada con perspectiva de género contribuye de manera relevante a terminar con la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres.-

Reflexiones previas.

El objetivo de este trabajo es repensar acerca de una correcta hermenéutica, ante el actual contexto normativo y jurisprudencial, a los efectos de desarrollar estrategias y habilidades para el abordaje de casos con perspectiva de género.- Los justiciables y la sociedad toda esperan del juez, una respuesta eficaz ante el flagelo de la violencia de género que atraviesa todos los ámbitos de interacción, incluyendo por supuesto el mundo del trabajo.

La desigualdad de género se presenta ante el tribunal como una realidad y un desafío que conlleva a redefinir su rol en las causas llevadas a sus estrados, dentro de un conjunto de normas complejo.

La génesis de esta temática- ya es sabido- cuenta con varios años, lo que dio lugar a que la comunidad internacional respondiera con un plexo normativo en materia de igualdad de género, a través de convenciones internacionales ratificadas por nuestro país (CEDAW, Convencion Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convencion De Belem Do Para" y Convenio 190 OIT) . En el orden interno, la ley de Protección Integral de las Mujeres (26.485), para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales, constituye una normativa central para el tratamiento con perspectiva de género, de casos sobre violencia laboral. Ese cuerpo garantiza, además, a las mujeres todos los derechos reconocidos por la CEDAW y la Convención de Belén do Para (art.3) y se aplica en todo el territorio Argentino, brindando el concepto de violencia laboral, en un sentido amplio. En el artículo 6 inc. c) se refiere a la violencia laboral contra las mujeres: como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad,

edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico, en forma sistemática sobre una determinada trabajadora, con el fin de lograr su exclusión laboral.

La Constitución Nacional, en su artículo 16, garantiza el derecho a la igualdad, no solo formal sino también igualdad como no sometimiento; en cuanto a los tratados internacionales, se pueden mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1.1, 17.4 y 24), y a las ya citadas CEDAW (arts. 2,3,5 a 16) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), ratificada por ley 24632 de 1996, que aún sin integrar el bloque de constitucionalidad federal, tiene jerarquía superior a leyes domésticas, artículo 75 inciso 22 de la CN.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado convenios, entre los que se encuentran el 100, 111 y finalmente el 190 (Convenio sobre violencia y acoso laboral con perspectiva de género), que incluye la protección respecto de conductas que se dirigen contra las personas, por razón de género o sexo, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, convenio el último ratificado mediante la ley 27.580, sancionada el 15/12/2020, por lo que se trata de una normativa de rango supralegal, conforme a nuestra Carta Magna. La Constitución de la Provincia de San Juan, en la misma línea, en el artículo 19, reprueba toda humillación a la persona por motivo de sexo. Cabe traer a colación asimismo como norma interna, ley 23592 sobre actos discriminatorios, como la Ley de Contrato de Trabajo, en los arts.17, 18, Capítulo VIII del Título II; Título VII, artículos 172 a 186. En suma, se desprende de todo el plexo normativo citado, el derecho inalienable e irrenunciable de toda mujer a una vida libre de violencia en todos los ámbitos, incluyendo el ámbito laboral.

Premisas y Propuestas.

Se parte de una primera premisa, constituida por **“el deber” que pesa sobre los jueces y juezas laborales de juzgar con perspectiva de género**, en base a los compromisos asumidos por el Estado a través de la ratificación de los convenios citados; los que constituyen, con los principios constitucionales y la

ley Nacional 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, la piedra basal para la resolución de los casos sometidos a su decisión.

Tanto en normas internacionales como en citada ley y su decreto reglamentario; se imponen reglas de **fondo** a los fines de prevenir, sancionar, reparar la violencia de género en sus variadas modalidades, como también reglas de **forma**, a los fines de actuar sus declamaciones.-

Ello conlleva que todo juez/jueza deba asumir ineludiblemente también el compromiso de **profundizar el conocimiento de la normativa sobre esta cuestión, como de la realidad imperante en la sociedad en que ejerce su función**, de ahí la imperativa necesidad de **sensibilizarse en la materia**, deconstruyendo los prejuicios sobre la desigualdad de género en función de patrones socioculturales imperantes en el modelo patriarcal. No se puede soslayar que la magistratura, se ejerce un determinado contexto impregnado de estereotipos y conductas sociales.-

También, a los fines de hacer efectivo el cumplimiento de los mandatos internacionales y nacionales, se impone el deber de aplicar de oficio la perspectiva de género.- (El magistrado debe juzgar con perspectiva de género aun cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones (TSJ Neuquén 8-5-2020. VWOA s/abuso sexual).

Velar- en su calidad de director del proceso- que el proceso mismo se tramite con perspectiva de género. El mandato de juzgar con perspectiva de género, no solo importa dictar una sentencia bajo tal postulado, sino también, implica el deber de tramitar el proceso mismo, desde la presentación de escritos liminares, celebración de audiencias y producción de la prueba; sin perder de vista esa mirada, como las garantías que rodean a quien ha denunciado su condición de víctima de violencia de género. -

En este aspecto, tener presente, que la persona protegida- si bien tiene derecho a ser escuchada por el tribunal (art. 31), puede y debe ser eximida de comparecer como testigo en el proceso judicial- si así lo plantea. Con ello se evita la revictimización, haciendo efectivas las garantías que le son reconocidas. La ley 26.485 reconoce “el derecho a recibir un trato humanizado, evitando la revictimización “ (cfr. art. 16 inc.h).-

Este término, es definido por el Decreto Reglamentario 1011 / 2010 (P.E.N.), de la ley N° 26.485 (BO 20-Jul-2010), que al reglamentar el art. 3 inc. k, dice: “Se

entiende por revictimización, el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.

Delineadas estos conceptos, el foco se pondrá en la cuestión de la prueba en los procesos con perspectiva de género.-

El nuevo art. 245 bis de la LCT vs. Inversión de la carga probatoria a partir del aporte de indicios

La reciente reforma de la LCT (Ley 27.472 Ley Bases) incorpora el art. 245 bis, legislando sobre el despido discriminatorio, que subsume el despido por cuestión de género, poniendo en cabeza de la trabajadora accionante, la carga de la prueba de que el despido es discriminatorio.-

Reza la norma: *“Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal.”.-*

Dejando de lado, la diferenciación entre sexo y género- que excede este trabajo- sin duda cambia el estándar probatorio imperante en los despidos discriminatorios por motivos de género.-

Si bien es cierto que no todo despido discriminatorio, obedece a cuestiones de género; como también lo es que no toda cuestión de género puesta a consideración del tribunal, involucra un despido discriminatorio; toda vez que la persona víctima de violencia de género sea parte actora en el proceso, se produce una colisión de normas.-

En efecto, entre los escenarios que se pueden presentar, la trabajadora que es despedida en un contexto de violencia de género por imperio de esta norma carga con la prueba.

A contrario de lo que surge del Decreto Reglamentario 1011 / 2010- (P.E.N.), de la ley N° 26.485 (BO 20-Jul-2010), que al reglamentar el art. 6° Inciso c.) dispone

que: “En los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género, resultarán aplicables los principios generales receptados en materia de prueba en el Convenio OIT 111 "Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación" sobre discriminación (empleo y ocupación de 1958) y lo expuesto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, Estudio General sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, 75º reunión Ginebra 1988, así como lo señalado en el Informe Global de la 96º reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, Nº 198. “ Por lo tanto *rige la regla, según la cual basta con que la persona afectada por violencia de género suministre indicios que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia del hecho que afirma; para que se traslade al demandado, a quien se le reprocha el acto lesivo, la prueba de que su conducta tuvo como causa un hecho objetivo y razonable ajeno a la violencia imputada.*

Esta regla adjetiva en materia de prueba, se extrae de lo que se lee en el decreto reglamentario, en cumplimiento de los estándares internacionales fijados por los órganos de aplicación y monitoreo de los tratados internacionales que obligan a la Argentina.-

El Considerando del Convenio 190 de la OIT (aprobado por nuestro país mediante la ley 27580 (BO 15-12-2020) que de acuerdo a nuestra Constitución Nacional integra nuestro derecho interno y posee jerarquía suprallegal (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y la Recomendación 206 que lo acompaña; se manifiestan también como una herramienta específica.

En efecto, en los considerandos del convenio, se deja plasmado que *la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación a los derechos humanos y una amenaza para la igualdad de oportunidades inaceptables e incompatibles con el trabajo decente.* El art.4 ap.1, dispone que: *Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.*

La Recomendación 206 en el cap. III CONTROL DE LA APLICACIÓN, VÍAS DE RECURSO Y REPARACIÓN Y ASISTENCIA. reivindica en el pto. 16. ***la inversión de la carga de la prueba en procesos distintos a los penales.*** Dice: “Los mecanismos de presentación de quejas y de solución de

conflictos en casos de violencia y acoso por razón de género mencionados en el artículo 10, e), del Convenio, deberían comprender medidas tales como .del Convenio, deberían comprender medidas tales como: a) tribunales con personal especializado en asuntos de violencia y acoso por razón de género; b) una tramitación diligente y eficiente de los casos; c) asistencia y asesoramiento jurídicos para los denunciantes y las víctimas; d) guías y otros medios de información disponibles y accesibles en los idiomas de uso corriente en el país, y e) la inversión de la carga de la prueba, si procede, en procedimientos distintos de los penales.

Por otra parte, el principio de inversión de la carga probatoria que importa desplazar la prueba- de que no se tuvo motivo discriminatorio- a la accionada, encuentra respaldo en la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo” del 15/11/2011 y reiterado en Sisneros s/ Recurso de Hecho del 20/05/2014.-

El Máximo Tribunal, sostuvo *“cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar, ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”*(vid.Fallos:334:1387,considerando7°). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado, el Tribunal ha elaborado el estandar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con *“la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”*(conf.considerando11).En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia.”

La reforma, echa por tierra el desplazamiento de la carga probatoria.

En una palabra, en un peligroso retroceso carga, a quien invoca la discriminación por motivo de género, con la prueba; lo que se constituye en una inconcebible regresión que contradice el principio de progresividad - por mandato del art. 75 inc. 23 se asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales- art.11 del Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano.- 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente) y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1. (Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos)- afectando derechos humanos fundamentales como el de igualdad y al goce a un ambiente de trabajo libre de violencia.

De ahí entonces, que ante tal estado de cosas, el magistrado debe abordar el análisis de esta norma, ejerciendo- aun de oficio- el test de constitucionalidad y convencionalidad.-

La recepción del derecho internacional por el derecho interno; adoptada a través del artículo 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional, con la reforma del año 1994 y en cuya virtud las Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos enumeradas en el inc. 22, adquirieron jerarquía constitucional, como que “bajo la figura del control de convencionalidad se ha intentado fijar desde larga data pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo las convenciones internacionales de las que el Estado es parte sino también las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar” (Albanese, Susana, El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias, JA, 2007-III-1148.); marcan una directiva a los tribunales nacionales, bajo la cual no deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia ha receptado expresamente dicho instituto (Ver CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e

inconstitucionalidad”, M.2333.XLII, y otros de 13-7-2007). En Videla Jorge Rafael y Massera Emilio Eduardo s/ Recurso de Casación (Fallos 333:1657 - 31/08/2010), la CSJN, sostuvo que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad “ex officio” entre las normas internas y la Convención Americana. Bien se ha señalado que la Constitución Nacional y las Convenciones de Derechos humanos componen un plexo indisoluble de derechos y garantías insusceptible de desgajar o desarticular (Bidart Campos, Germán- Manual de la , t 1. Ediar, Bs. Ass. 1998, pag 345/347).

Es decir, que los derechos reconocidos en las convenciones constituyen un plus que se adiciona a los derechos internos.

Tanto el control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas internas, constituye un deber de jueces y juezas, quienes están obligados a realizar ese test de comprobación y así- en lo posible- evitar la responsabilidad internacional que le puede caber al país por incumplir los tratados internacionales. Sin duda, la internalización de los tratados no importa desconocer que cada norma tiene su fuente específica, pues los tratados son derecho internacional, y las leyes, derecho interno; pero sus disposiciones deben guardar consonancia con los mandatos internacionales, por expresa disposición del constituyente. En tal sentido, los jueces y juezas deben ser eslabones para garantizar aquellos compromisos. "Son representantes del Estado". Por lo tanto, más allá de la interpretación que cada uno pueda tener respecto a tal o cual derecho humano, forman parte de un órgano estatal que ya ha asumido un compromiso que no pueden relegar.

Su actuación incorrecta puede llegar a comprometer la responsabilidad internacional del país, pero además obligaría a las víctimas a recurrir a instancias internacionales para hacer efectivos sus derechos, lo que posterga una respuesta eficaz y en tiempo oportuno. (Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? Medina, Graciela: DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 3 Cita Online: AR/DOC/3460/2015)

Pero además el artículo incorporado, rompe- al decir de Sudera- (nota comentando el artículo: El nuevo art. 245 bis de la LCT- Revista de Derecho Laboral 2024 –Suplemento especial) con la lógica de la misma **Ley de Contrato**

de Trabajo, que presume el motivo discriminatorio para sancionar los despidos en los supuestos de otras formas de violencia de género, como son los casos de despido de la mujer embarazada o por maternidad.

Sin duda, el desplazamiento de la carga probatoria, a partir del aporte de indicios sobre el motivo discriminatorio- por razón de género-, no es irrazonable, ni rompe arbitrariamente con la lógica de las cargas procesales tradicionales (sobre cada parte pesa la prueba de los hechos que alega como fundamento de su demanda y defensa, respectivamente), sino que se sustenta en la realidad incontrastable de que los hechos de violencia que suceden en el mundo del trabajo- al igual que los casos de violencia doméstica o intrafamiliar-, mayormente ocurren en la intimidad, son solapados, ocultos y hasta sutiles. Y es lo que el Máximo Tribunal de la Nación puso de manifiesto en los fallos reseñados para justificar el estándar probatorio requerido en consonancia con las normas internacionales.-

La reciente reforma, por lo demás, también se disocia de las normas procesales especiales de resorte provincial, como sucede en la provincia de San Juan, con la norma contenida en el art. 83 Código de Procedimientos Laboral, que expresamente dispone la inversión de la carga probatoria, a partir del aporte de indicios (graves) sobre el motivo discriminatorio.

Dispone esa norma: “Despido discriminatorio: En las causas en las que se invoque la existencia de despido con motivo discriminatorio, el juez, debe dictar resolución teniendo en cuenta el principio de la amplitud probatoria. Si hubiera *indicios graves de tales circunstancias, produce la inversión de la carga probatoria* de que el despido sin causa o por una causa distinta, no ha sido discriminatorio, la que recae sobre el empleador. A tal fin, el juez, debe aplicar las disposiciones de las normas más favorables sobre el tema, velando por los principios y garantías establecidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que nuestra Nación sea parte, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)- (CPL ley 2424-O SAN JUAN, 25 de Agosto de 2022 Boletín Oficial, 17 de Octubre de 2022-Vigente, de alcance general).-

Amplitud probatoria- Nuevamente indicios (graves, precisos, concordantes).-

El principio de amplitud probatoria es receptado por la ley 26.485 en el Título III- Procedimientos Capítulo I -Disposiciones generales, que establece en el art. 16:

“Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. **Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial** o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: **A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos (inc.i).**”-

Se resalta que esta ley es de orden público (art. 1).

También se replica el principio de amplitud en el art.31 (de aplicación conforme adhesión de cada provincia. En el caso de la Provincia de San Juan, la ley 1854 adhiere a los arts. 19 al 32 y 32 al 40 del Titulo III del Capitulo II y numerosas provincias han adherido a la ley completa), que dispone: “Regirá el **principio de amplia libertad probatoria** para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán **las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.**”

En los supuestos en que la cuestión de la violencia de género en el mundo del trabajo es puesta a consideración del tribunal laboral por parte del empleador para sancionar a un trabajador a quien se lo imputa como autor del actos de violencia, la “inversión de la carga probatoria”, no es un recurso factible al cual acudir; dado que la víctima de violencia no es parte del proceso, a lo que se suma que se torna más complejo el abordaje, por cuanto convergen derechos de personas que también merecen especial tutela. En efecto, la persona trabajadora o el delegado o representante sindical a quien se persigue sancionar son destinatarios de protección, tanto de normas internacionales como de leyes internas.

También en estos casos la acreditación de los hechos suele ser difícil, pues – como se viene repitiendo- en general, las prácticas violentas aparecen solapadas o disimuladas, bajo otra apariencia o no se realizan en presencia de testigos que puedan aportar una percepción directa de los hechos.

Una prueba muy útil en estos supuestos es el sumario de investigación por parte de la empleadora, que habitualmente se insta a partir de la denuncia de la víctima. Es posible que solo se cuente con esta declaración de la víctima, dado que con el objeto de evitar la revictimización, el juez puede eximirla de comparecer a declarar como testigo.

Cuando no se cuentan con pruebas directas (por ej. prueba documental que registre los hechos, como filmaciones, mensajes via mail/ whatsapp); el recurso judicial al que se acude y que sirve de elemento de convicción para el magistrado, lo constituyen en forma prevalente los “indicios **graves, precisos y concordantes**”.-

La prueba indiciaria – de indicios graves, precisos y concordantes- es una prueba a la que la ley le otorga especial significación.-

Pareciera- si se confronta esa aserción con lo dicho anteriormente, en cuanto que el aporte de indicios solo desplaza la carga probatoria- caerse en una contradicción, pero en realidad no es tal; pues la correcta hermenéutica indica son los “indicios”- sin que se requiera su calificación de “grave”- los que invierten la carga de la prueba. El tribunal cimero, alude a “la acreditación de **hechos que, prima facie evaluados**, resulten idóneos para inducir su existencia” (de actos discriminatorios), no exige indicios graves.-

Por esto también entiendo reprochable la norma contenida en el art. 83 del CPL -San Juan-, que requiere el aporte de “ indicios graves” para ocasionar la inversión de la carga probatoria en los despidos discriminatorios.

Es particularmente relevante a la hora de analizar la prueba, la fuente de la cual se obtiene el indicio, dado que los testigos de contexto (de mucho peso para juzgar en las causas penales) y/o de referencia pueden aportar datos decisivos para brindar esos indicios graves, precisos y concordantes.

Sirva para ilustrar lo señalado, la transcripción de partes de testimonios prestados en un juicio laboral por un compañero de trabajo: “ *le decía " cosas " como "que linda te has venido hoy ,en público ";..*” *todos los días le decía que le preparara el café y la llamaba a su oficina. Que ella le contó que el actor le hacía invitaciones fuera de la empresa. Que la llamaba a la oficina para desaprobarte los trabajos. Que ella le contó que no se sentía bien y no sabía cómo actuar, ya que tenía miedo de perder su trabajo si le respondía severamente. Que le consta que se ponía mal anímicamente, lloraba en el lugar de trabajo o se iba al baño a*

llorar. Que la Sra. R.. le ha mostrado correos electrónicos donde la invitaba a compartir salidas fuera de horario de trabajo.” (Autos N° 38203, caratulados "Contrera, Marcelo Martín C/ Energía San Juan S.A. - Ordinario"-Segundo Juzgado de Trabajo)

Testimonios, cuando son varios, similares y provenientes de personas ubicadas en el contexto; como los dichos de los testigos referencia, máxime provenientes de quienes han asistido, tratado o acompañado profesionalmente a la trabajadora (por psicólogos, médicos, abogados), contribuyen de manera determinante a persuadir sobre los hechos de violencia.

La coincidencia temporal que se desprende de los testimonios/ certificados médicos/ licencias solicitadas/ con la interacción con la persona a quien se señala como autora de actos de violencia; es una pauta a prestarle atención y que genera convicción.-

En suma, la prueba de indicios en cuanto graves, precisos y concordantes – teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso -, son suficientes en muchas ocasiones para satisfacer el estandar probatorio y lograr convencimiento del tribunal. Los mismos, como las “presunciones hominis”, “principio de cooperación y buena fé procesal” o “teoría de las cargas dinámicas “probatorias”, son recursos judiciales para dar respuesta a las dificultades que se vienen señalando.

Asumir un rol activo en pos de lograr el esclarecimiento de la verdad real, es una conducta esperable, en tanto la categoría de derechos protegidos exige un abordaje superador de un mero director pasivo del proceso.

En tal sentido la directriz impuesta por el art. 30 de la ley 26485 indica:” Prueba, principios y medidas. El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las **medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos**, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.” La misma, junto a las normas procesales labores que dotan al tribunal de amplias facultades investigativas (en el caso del CPL de San Juan art. 14), deben servir de herramienta relevante a los fines de esclarecer la verdad de los hechos.

En ese rol, debe también sortear los obstáculos- de iure o de facto- a los efectos de recabar elementos de prueba en pos del cumplimiento de este objetivo (el

relevamiento del secreto profesional, el uso de la tecnología en la celebración de audiencias de prueba para evitar el contacto directo de la víctima con la persona señalada como autor de la violencia; sirven de ejemplos).-

CONCLUSIONES.

-El actual contexto normativo conduce a reflexionar sobre cómo juzgar los casos con perspectiva de género, dado que se ha puesto en crisis el estándar probatorio imperante a la luz del art. 245 bis de la LCT.

- No se puede transitar un camino hacia la erradicación de la violencia de género, desconociendo las dificultades con las que se enfrentan todos los operadores jurídicos a la hora de revelar los hechos de violencia, por lo que el núcleo de derechos y valores fundamentales con eje en la persona humana y la especial protección de la persona trabajadora, consagrados en convenios internacionales, conducen necesariamente al control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas internas que los vulnera.-

-Un abordaje sustentado en los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de esos tratados y la Ley 26485 de Protección Integral de la mujer con su decreto reglamentario, en un verdadero diálogo de fuentes; se constituyen en la respuesta deseable, en tanto entre los valores significativos que de tales instrumentos dimanar, se encuentran los de reforzar direccionadamente el método de valoración de la prueba.

- El Juez del Trabajo, en su carácter de órgano técnico especializado es imparcial, pero no neutral, debe ser activo en la búsqueda de la justicia, no solo para dar una respuesta eficaz en el caso concreto, también para transmitir un mensaje a la sociedad e impulsar cambios.

Parfraseando a la Dra. Graciela Medina: “ No es posible una mirada neutral a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin. “