

LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINAS Y
ANTICIPATORIAS, COMO POSIBLE SOLUCIÓN, A LAS NUEVAS
PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO LABORAL: LA DISCRIMINACIÓN Y
EL MOBBING *

Semillero de Derecho Procesal de la
Universidad de Buenos Aires, Argentina **

María Eugenia Trione¹

*Directores^{II}: Osvaldo Alfredo Gozáini
Cecilia Celeste Danesi
Antonella Biglieri*

RESUMEN

En la temática particular del mobbing y la discriminación, la jurisprudencia muestra la imposibilidad de prevenir el daño bajo la lógica actual. Esta ponencia se propone indagar sobre las posibilidades de enfrentar la problemática mediante el uso de medidas cautelares. Un tema novedoso y poco tratado en Argentina. Primero se plantean los tipos de medidas cautelares y su definición. Luego, se indaga sobre las medidas innovativas como especie particular de las innominadas, apoyándose esta distinción en la doctrina. En un segundo apartado, se sitúa en los principios del derecho

* Artículo inédito. Recibido 24 de febrero de 2015 – Aprobado el 21 de agosto de 2015.

Este artículo, es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre de 2014 en la ciudad de Cartagena, la cual quedó entre los finalistas y mejor escritas del Concurso.

** La autora es estudiante de Derecho e integrante del grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

^{II} Directores del semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

laboral para luego profundizar la problemática de la discriminación laboral y el mobbing. Se muestran las ventajas de la aplicación de medidas cautelares innominadas en estos casos. Se concluye que el tratamiento y la aplicación de estas medidas en estos casos abren un nuevo horizonte de posibles soluciones en el Derecho del Trabajo, superando el resarcimiento económico por daños y perjuicios.

Palabras clave: Medidas cautelares, medidas anticipatorias, hostigamiento laboral, discriminación.

ABSTRACT:

The Labour Law is based on the protectoring principle, founded on the worker's protection. In cases of mobbing and labour harassment, the judges can not prevent the damage with precautionary measures. Those are a new problem in Argentina and not studied enough. This work opens new possibilities facing up this cases with inovative measures. Firstly, studies the definition of precautionary measures and differents kinds of it. It focuses on the inovatives one. Finally, it indicates the particular feauter of mobbing and labour harassment inside the Labour Law. Finally, it seeks to offer the advantages of using inovativs measures in this cases. It concludes that this strategy opens news ways, overcoming the limitations of costs and damages.

Key words: Precautionary measures, anticipatory actions, labour harassment, mobbing, discrimination.

INTRODUCCIÓN

La celebración de un contrato de trabajo no implica de modo alguno la privación para una de las partes, los trabajadores, de los derechos que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales les reconocen como ciudadanos, ya que, ni la libertad de empresa ni ningún otro derecho pueden legitimar que quienes prestan servicios en relación de dependencia deban soportan despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Al respecto, me permito señalar, que desde que se incluyeron los Derechos Sociales en la Constitución, también se rediseñó la legislación para proteger al trabajador, lo que significa que esta tutela forma parte de los deberes del Estado y que el cumplimiento de este deber está íntimamente ligado al tipo de Estado concebido en la misma Carta Magna. En el caso de verificarse alguno de los ilícitos tratados en la presente ponencia –la discriminación en el ámbito laboral y el mobbing–, los bienes jurídicos afectados son: la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física, psíquica y moral del trabajador, el derecho a la intimidad personal y a

la propia imagen, y el respeto a la honra, a no ser discriminado ni recibir trato degradante.

Consecuentemente, como señala MOLINA, el hostigamiento en el ámbito laboral –y agrego a carácter personal, la discriminación– evidencia un problema social derivado de la falta de democracia en la vida cotidiana del trabajador y en su organización de trabajo, que sólo puede ser resuelto con la restauración de la dignidad del trabajador como persona y como ciudadano¹.

En lo que a legislación respecta, resulta de meridiana claridad que la finalidad perseguida por las pocas normas que abordan las problemáticas a tratar en la presente ponencia es primordialmente reparadora. Las leyes tratan de reparar económicamente a los trabajadores víctimas de estos fenómenos, incluso aquellas que con carácter novedoso ofrecen mecanismos de protección para paliar la situación, tienen poca aplicación verdadera en la práctica.

Por eso, y si bien cabe destacar que en la actividad jurisdiccional ante la ausencia de normativa, se ha adaptado trasladando la finalidad protectoria de la legislación laboral a los casos de mobbing, por lo general, esto sucede cuando la relación se ha disuelto como consecuencia del acoso o de la denuncia del mismo.

Es por lo mencionado, que surge el interrogante sobre qué pasaría si el trabajador pretendiera mantener su fuente de trabajo y que cese la situación de acoso o discriminación. Justamente, esa respuesta es el objetivo del presente trabajo, que se desarrolla en miras de brindar alternativas reales frente a este supuesto, mediante la aplicación de vías procesales ingeniosas y poco estudiadas como mecanismos válidos y satisfactorios.

Es ante esta pregunta que el análisis de las medidas cautelares ocupan un papel central. Ya sea por a su rol de garantizar las resultas de los procesos a pesar de los tiempos de la justicia, como por la potestad de permitirle a los jueces asumir una nueva postura, incorporando los mecanismos que se le facilitan y los objetivos del legislador al momento de la sanción de la norma.

A fin de poder aplicar correctamente la medida, va a resultar necesario hacer una distinción entre los distintos tipos de cautelares que se encuentran a disposición de los justiciables y conexamente, los alcances y las limitaciones que acarrearán cada uno de ellos. Tendré que dilucidar, a tal fin, la naturaleza propia de cada instituto a tratar y sus características principales; puesto que –puedo anticipar–, no todos serán de igual efectividad práctica.

De lo dicho se desprende que no tendrá el mismo sentido práctico la noción de las medidas cautelares como un todo que el estudio que requiere un grado de especificidad en su concepción. Tampoco, consecuentemente, resultará irrelevante la definición que adquieran las medidas anticipatorias. Esta observación, que llevará gran

¹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, revista: *Aranzadi Social*, TOMO V, 2001, ciudad: s/d, editorial: s/d, p. 1134.

parte del desarrollo del presente, implica un cambio sustancial en la adopción de los procedimientos cautelares, por lo menos, en lo que al Derecho del Trabajo respecta.

Me parece importante, plantear algunas cuestiones a esclarecer de forma posterior, para generar cuestionamientos y críticas, desde el primer acercamiento al tema. Esto, sin dudas, es el objetivo implícito de este trabajo: desarrollar, a partir de la reflexión y comprensión de los fenómenos, nuevos mecanismos de protección y tutela en favor de la parte débil de la relación laboral: el trabajador.

Abriré entonces, algunas preguntas, a modo de generar una primera aproximación crítica a estos planteamientos: ¿Las normativas vigentes prevén mecanismos aplicables realmente? ¿Existe una real tutela de los trabajadores víctimas de hostigamiento o discriminación? ¿Serán las medidas cautelares contempladas en el Código Procesal las indicadas para solucionar los nuevos fenómenos del Derecho del Trabajo? ¿Qué función pueden cumplir las medidas genéricas? ¿Existe un criterio uniforme que brinde seguridad jurídica al respecto? ¿Cuál es el alcance de las medidas innovativas? ¿Cuál es la situación particular que permite salvaguardar la medida anticipatoria? ¿Tiene implicancias prácticas la definición que se otorgue a cada instituto?

Así, con la intención de cubrir el vacío legal existente y su consiguiente imposibilidad de resolución de casos concretos, intentaré hacer un cuestionamiento profundo de la doctrina conservadora, propiciar fundamentos para la adopción de la doctrina moderna, y en definitiva, brindar alternativas aplicables.

Para finalizar con la presentación de los temas a abordar y a modo de puntapié para la exposición venidera, considero que es de vital importancia tener en cuenta que cuando Santo Tomás de Aquino interrogaba sobre el fin de la justicia como valor, se contestaba con una manifestación que sintetiza perfectamente el fin de la misma: si la justicia no se concreta en la realidad, no funciona como tal. Y eso es lo que se pretenderá lograr.

1. MEDIDAS CAUTELARES. ASPECTOS GENERALES

A fin de comenzar el desarrollo de los temas abarcados en la presente ponencia, resulta de sumo interés, realizar una conceptualización de la noción general a tratar: la medida cautelar. Esto, toda vez que importa una comprensión básica del género, servirá de fundamento futuro a las especies presentadas.

Etimológicamente, la palabra medida implica prevención o disposición; entendiéndose como equivalente a un conjunto de precauciones y herramientas tendientes a evitar un riesgo. Trasladando la concepción al campo jurídico, resulta comprensiva de aquellas medidas creadas por el legislador con el propósito de lograr que la parte vencedora en un proceso judicial no resulte menoscabada en su derecho.

En orden de estas razones, el derecho procesal, conjuntamente con los procesos de cognición y de ejecución, incorpora otra actividad jurisdiccional con finalidad auxiliar

y subsidiaria, tendiente a asegurar la eficacia y garantía de los primeros; es decir, las medidas cautelares están destinadas a garantizar los resultados de los procesos, así como también, a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, señala como requisitos generales y comunes a todas las medidas cautelares, la presunción de verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y, a fin de mantener la igualdad de los justiciables, ofrecer una caución suficiente al momento de solicitarlas.

A continuación haré un breve desarrollo de estos requisitos, con el mero fin de clarificar los conceptos vertidos posteriormente en el presente trabajo:

a) La verosimilitud del derecho (“*fumus boni iuris*”). Es la apariencia –la presunción de la existencia– del derecho que se reclama como propio. No se trata de una certeza absoluta, sino por el contrario, el peticionante deberá acreditar que existe un alto grado de probabilidad que la sentencia definitiva reconozca el derecho en que se funda su pretensión².

b) El peligro en la demora (“*periculum in mora*”). Es el temor fundado de que el derecho invocado se frustre o minorice, durante la sustanciación del proceso tendiente a su reconocimiento y efectivización. Como ocurre con la verosimilitud del derecho, la justificación del peligro se conforma con una simple acreditación sobre la probabilidad de que el derecho se frustre. No se exige conocimiento pleno o prueba definitiva que, como se dijo, es propio del juicio principal.

Por su naturaleza, PODETTI, encuadra este presupuesto en el interés jurídico que justifica a las medidas cautelares, puesto que se otorgan para disipar un temor de daño inminente, cuya justificación surgirá de la propia naturaleza de la pretensión y de los hechos en los cuales se funda³.

c) La contracautela. Consiste en la garantía que deben suministrar quienes solicitan una medida cautelar a fin de asegurar la reparación de los daños que, pueden ocasionarse respecto al afectado, cuando hubiese sido decretada indebidamente. La razón de ser de tal requisito se funda en el principio de igualdad, ya que se persigue el equilibrio entre las partes vulnerado al postergar la bilateralidad, teniendo en cuenta que las medidas cautelares se decretan “*inaudita parte*”.

Se ha puntualizado en el desarrollo doctrinario que la contracautela no se presta a los resultados del juicio sino exclusivamente de la medida cautelar, por lo que debe limitarse a cubrir la responsabilidad por daños y perjuicios que de ella se sigan; así como las costas generadas únicamente por este proceso. Sin embargo, no resulta un requisito esencial. A fin de fundamentar esta última aseveración basta estudiar el propio Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que enumera una serie de supuestos en los

² ARAZI, Roland. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2^{da} Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 111.

³ PODETTI, Ramiro. “*Tratado de Medidas Cautelares*” 2^{da} Ed., TOMO IV, Buenos Aires, editorial: s/d, 1969, p. 57.

cuales no será exigible: si quien obtuvo la medida fue la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad, una persona que justifique ser reconocidamente abonada, o bien actuase con el beneficio de litigar sin gastos.

En cuanto a su calidad y monto, éstas deben graduarse en correspondencia con el grado de certeza demostrado, es decir, sus alcances están estrechamente vinculados a los requisitos anteriormente descriptos⁴.

1.1 La importancia y ponderación de las medidas cautelares

Ya he mencionado en el presente trabajo que las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en relación a la finalidad práctica del proceso judicial, cuya efectividad depende muchas veces del alcance y eficacia que se les reconozca.

Las providencias cautelares representan, entonces, una conciliación entre dos exigencias opuestas de la justicia: la de celeridad y la de ponderación. Permiten al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente.

Sostiene Carbone⁵, que frente a la insoportable duración de los procesos, a la que describe como un virus que no sólo se ha expandido en los países iberoamericanos, el ansiado mejoramiento de los sistemas judiciales depende de una radical transformación de las estructuras políticas y económicas. Aun compartiendo esta premisa, sostengo que existe una alternativa viable para la obtención de pronunciamientos en tiempos razonables: la aplicación de los institutos que abarcaré dentro de este trabajo.

En relación a viabilidad de los mismos, me resulta imperioso destacar la necesidad de que los jueces se comprometan en su nuevo rol; ese que la moderna teoría del activismo judicial les reclama. Para cumplir con este objetivo, la diligencia judicial no debe comprender únicamente la aplicación de la letra de la ley, debe incorporar también los mecanismos que ésta le otorga en calidad facultativa, la congruencia con los propósitos que el legislador ha tenido en miras al momento del dictado de la norma, y la implementación de aquello que surge del análisis de distintos institutos – por analogía– así como de la normativa internacional.

1.2 Medidas cautelares nominadas

A fin de realizar una futura diferenciación, es preciso señalar que cuando hablo de medidas cautelares nominadas, me refiero a aquellas medidas precautorias que surgen directa y explícitamente de los Códigos Procesales. A nivel nacional en la República Argentina, están abarcadas en el Capítulo III del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁴ FALCÓN, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1^{era} Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 124-132.

⁵ CARBONE, Carlos. *Tutela diferencial postcautelar*, 1^{era} Ed., Rosario, editorial: Nova Tesis, 2012, p. 75.

A modo enumerativo: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención y administración judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de Litis, la protección de personas, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.⁶

1.3 Medidas cautelares innominadas

En contraposición al concepto precedentemente descrito, cuando me refiero a medidas cautelares innominadas o genéricas, hago referencia a aquellas que se aplican a supuestos en que no existe una cautelaridad específicamente tipificada. Por consiguiente, son las providencias cautelares que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades argumentadas por la parte solicitante, cuando no existe una ley específica que satisfaga las necesidades del aseguramiento. Agregó, que corresponde dictarlas incluso cuando las medidas cautelares nominadas resulten insuficientes o excesivas, según las circunstancias.

Dispone el Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina⁷ que: *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes –incumbe decir, hace referencia a las medidas cautelares nominadas-, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”*.

De la fuente normativa desprendo que el carácter innominado no la exime de su naturaleza cautelar, y por esto, las medidas genéricas requieren los presupuestos generales de las medidas cautelares para su dictado: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la exigencia de una contracautela.

Resulta importante señalar que el criterio en esta materia es de suma importancia, pues, se asienta en la concepción científica de que el conocimiento de nuevas situaciones jurídicas no puede quedar sujeto a una legislación temporalmente inadecuada⁸. La jurisprudencia ha sido receptiva y concordante con este razonamiento, entendiendo que no sólo las circunstancias prácticas obligan a considerar situaciones especiales, sino que las medidas enumeradas no constituyen un límite a la posibilidad de tomar otras⁹.

1.4 Naturaleza de la medida cautelar innovativa.

Dentro del género de medidas cautelares innominadas, ubico a la medida cautelar innovativa. Al referirme conceptualmente a esta especie, debo llevar a cabo la tarea –no menor– de analizar su naturaleza jurídica. Actualmente, la doctrina mantiene una gran

⁶ ARAZI, Ronald. *“Derecho Procesal Civil y Comercial”*, 2^{da} Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 121.

⁷ Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 17.454, Sancionada 20/09/1967, Publicada 07/11/1967.

⁸ FALCÓN, Enrique. *“Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, 1^{era} Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 483-501.

⁹ Argentina, CNCiv., Sala C, 27-11-84, D. J. 1985-2-275.

discrepancia sobre su tenor; difiriendo entre ubicarla conceptualmente como un subtipo de medida nominada o catalogándola como un desprendimiento de las medidas innominadas. Importa esta diferencia, y la posición seguida, para el tratamiento posterior que daré sobre el instituto.

Por un lado, cierta parte de la doctrina las encuadra dentro de las medidas cautelares nominadas, en especial dentro del concepto de “Prohibición de innovar”. Si bien para fundamentarlo hacen uso de la literalidad del Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “*Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.*3) *La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria*”; omiten la incompatibilidad de finalidad, entre unas y las otras.

La medida cautelar de no innovar tiene una finalidad conservadora mientras que la medida cautelar innovativa se orienta a lo opuesto. Incluso PALACIO, que adhiere a la inclusión dentro de la categoría nominada, sostiene que la medida innovativa, a diferencia de la prohibición de innovar *stricto sensu*, no tiende a mantener el status existente, sino a cambiar decididamente el estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado¹⁰. Entendiendo, en otras palabras, que el ámbito abarcado por la medida innovativa supera ampliamente lo estrictamente establecido para la prohibición de innovar.

Es interesante marcar que parte de la doctrina que sostiene el carácter nominado de la medida innovativa, reconoce, en referencia a ellas, que se trata de medidas cautelares de carácter residual o subsidiario que requieren para su demostración un presupuesto diferente a los requeridos en las medidas cautelares nominadas: la demostración de que no existe otra medida cautelar idónea para asegurar los bienes o las personas involucradas en la Litis es cuestión¹¹. No obstante tal reconocimiento, en consideración personal, estos autores se equivocan en clasificarlas como medidas nominadas. En otras palabras, registran la incompatibilidad y se esfuerzan, con poco sentido –mucho menos a los fines prácticos–, a apegarse a la literalidad del Código Procesal; desconociendo por esto, la necesidad de adaptación de las normas de acuerdo a la evolución social y jurisprudencial.

Por otra parte, y en la posición en la que me encuadro a raíz de los argumentos que se expondrán en adelante, un enfoque doctrinario moderno y diametralmente opuesto enseña que la medida cautelar innovativa se encuentra por fuera del alcance del Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya mencionado. Es decir, la ubica como una medida cautelar receptada judicialmente por aplicación del Art. 232 –medidas cautelares genéricas–.

¹⁰ PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal*”, 17^{ma} Ed., Ciudad: s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2003, pp. 771-801.

¹¹ KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”, 1^{er} Ed., Rosario, Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 373.

Por lo dicho anteriormente, y pese a que una parte de la doctrina se niegue a considerarlas como una diligencia precautoria excepcional, que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, es que sostengo que exceden el marco de la regulación en cuanto a medidas nominadas se trata.

Su carácter excepcional se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables; sea a través de una orden para que cese una actividad contraria a derecho o a fin de retrotraer la consecuencia de un proceder antijurídico a su estado anterior.

Conviene poner el acento en que dicha diligencia cautelar –a diferencia de la generalidad en la que incurren las cautelares nominadas– no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga un *status quo*. Va más allá, ordenando, sin que concurra sentencia firme de mérito, que una de las partes haga o deja de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Esto, resalto, genera que la concepción como contracara de la medida genérica de no innovar, resulte estrecha y superable; no sólo por la extensión del poder jurisdiccional, sino porque en algunos supuestos puede llegar a ser menester que, cautelarmente, se disponga la generación de una nueva situación distinta de cualquier otra preexistente¹².

En el mismo sentido, expone DI IORIO, refiriéndose a las medidas cautelares innominadas, que ellas no sólo habilitan a adoptar una medida absolutamente diferente de las reguladas en el Código Procesal, sino que también admiten una flexibilidad en el otorgamiento de las previstas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tienen en mira, o en la combinación de dos o más medidas¹³. En consecuencia y aun cuando puedan existir reparos, es conveniente incluso para su tratamiento jurisprudencial y doctrinario, la separación de los conceptos entre las medidas cautelares de prohibición de innovar y las medidas cautelares innovativas.

En idéntica orientación, agrega FASSI, que a falta de regulación específica de la medida innovativa, se la puede obtener acudiendo a la normativa del Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial¹⁴; esto sin desmedro de que por razones de seguridad jurídica, se la debiera incluir expresamente en el mencionado código, precisando debidamente sus requisitos para evitar interpretaciones dispares.

Para finalizar la argumentación, conviene señalar la posición de GOZAINI respecto de las medidas anticipatorias innovativas. Explica él que si la situación planteada excede el marco común de las cautelares y se inserta en los supuestos en los cuales es necesario disponer de ciertas medidas de excepción a los efectos de satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional y específica y a cuyo respecto resulten insuficientes o excesivas las medidas precautorias expresamente contempladas en la ley

¹² PEYRANO, Jorge. “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, publicado en JA 1995-IV-680.

¹³ DI IORIO, Alfredo. “Temas de Derecho Procesal”, 1^{ra} Ed., Ciudad: s/d, editorial: Depalma, 1985, p.118.

¹⁴ FASSI, Santiago; YAÑEZ, César. “Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, 3^{ra} Ed., TOMO II, Buenos Aires, Editorial: ASTREA, 1989, p. 193.

procesal, el juez tiene facultades y atribuciones para adoptar medidas urgentes de tal índole con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia conforme con lo dispuesto en el Art. 232 del Código Procesal¹⁵. De lo antedicho se desprende el carácter particular de la medida anticipatoria, sin embargo un análisis del instituto tratado permite deducir que de manera paralela deberá ser tratada particularmente la medida innovativa. Es decir, por añadidura, la medida cautelar innovativa deberá ser tratada de forma diferenciada de la medida de prohibición de innovar; con el objeto de poder, posteriormente, tratar de forma aislada a las medidas anticipatorias innovativas.

A modo de corolario y sin que esto signifique acabar con los fundamentos para el tratado de la medida cautelar innovativa como un desprendimiento de la medida cautelar genérica, sostengo la importancia conceptual y práctica de tal perfeccionamiento de la técnica procesal.

2. MEDIDAS ANTICIPATORIAS. FUNDAMENTOS

Las medidas cautelares, a las que vengo haciendo referencia, persiguen el fin de garantizar el buen fin de proceso; no significando en sí mismas, una respuesta actual, satisfactiva del interés sustancial controvertido. Pero la utilidad de la respuesta jurisdiccional no siempre puede salvaguardarse generando, de modo conservatorio o innovativo, las condiciones que permitan más tarde la satisfacción de ese interés involucrado. A veces, si el interés no se satisface inmediatamente, no se podrá satisfacer nunca.

Esta imposibilidad es el puntapié a la formación doctrinaria del concepto de medidas anticipatorias. La tutela anticipada, como también se la ha denominado, faculta al juez para pronunciarse tempranamente frente a un proceso ya iniciado, otorgado toda o parte de la pretensión requerida por el accionante. Tal resolución se encuentra supeditada a la resolución del proceso, vale aclarar, a la sentencia definitiva del mismo.

A modo clarificador y aprovechando la introducción de éste instituto en la normativa positiva –lo que no sucede en la mayor parte de la legislación nacional–, señalo lo indicado por el Art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa¹⁶: *“Tutela anticipatoria. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de la traba de la Litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) Se efectivice contracautela suficiente. 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y*

¹⁵ GOZAINI, Osvaldo. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, 2^{da} Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2006, pp. 660-661.

¹⁶ Argentina, Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, publicada: 12/03/1999.

sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.

A partir de lo expuesto, en la actualidad podemos hablar de dos tipos de medidas innovativas: las que se conceden con carácter “cautelar” y tienden a asegurar el resultado práctico de otro proceso; y aquellas otras que bajo el nombre de “medida innovativa” –sin serlo estrictamente– se libran como “tutela anticipada” y otorgan en forma anticipada, total o parcialmente, el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda.

A pesar de lo dicho, en la práctica, no es fácil encontrar las diferencias entre ambos institutos, por cuanto contienen una estrechísima similitud y producen muchas veces idénticos efectos, que hacen que la línea divisoria entre ambos resulte difícil de trazar¹⁷.

2.1. El perjuicio irreparable. Un requisito propio de este instituto.

Es cierto que el abordaje en los institutos cautelares, así como en el instituto de la tutela anticipada, está plagado de discrepancias doctrinarias que convierten la introducción en los mismos, en una tarea hartamente complicada. Pese a eso, no podemos perder el eje del presente trabajo –el cual creo necesario remarcar a esta altura–, con el fin de una adecuada comprensión de los conceptos: se parte de la concepción de las medidas innovativas como una especie de medidas cautelares innominadas, por considerar que su extensión supera la definición que la esboza como la contracara de la medida cautelar de no innovar; y a su vez, establecí seguidamente, que las medidas anticipatorias tienen un fin diferente a la pretensión cautelar llana, buscan satisfacer directamente las pretensiones realizadas.

No obstante lo expuesto, y con motivo de las discrepancias enunciadas, la doctrina las ha tratado como especies de las medidas cautelares innovativas, entendiendo a éstas como incluidas dentro de las cautelares nominadas o no. Por lo mismo, al hacer mención al requisito típico de este instituto, soslayaré la diferente denominación que se la ha dado, –aunque sin dejar de hacer mención al punto de abordaje– y me centraré en el análisis del presupuesto particular: el perjuicio irreparable.

El perjuicio irreparable (“*periculum in damni*”) consiste en que la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar, ocasionaría de subsistir, un daño irreparable al pretensor; siempre entendiéndolo desde un ángulo estrictamente realista, puesto que en la teoría cualquier daño puede ser monetariamente resarcido¹⁸. Dicho de otro modo, el perjuicio irreparable procede cuando el daño que acaecería no podría ser indemnizado, sin por esto verse menoscabado. A fin de ilustrar vagamente la

¹⁷ MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto, BERIZONCE, Roberto. “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. y de la Nación, comentados y anotados”, 2^{da} Ed., TOMO II-C, Ciudad: s/d, editorial: Editorial Platense, 1988, p. 469.

¹⁸ PEYRANO, Jorge. “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, publicado en JA 1995-IV-680.

definición, resultará aplicable la medida anticipativa en el caso de un trabajador que reclama, por un accidente sufrido en ocasión de trabajo, que la Aseguradora de Riesgos de Trabajo cubra determinada operación mientras se dirime en el proceso de fondo la responsabilidad de la misma. La no procedencia de la medida implicaría, entre otros supuestos, el deterioro de la salud del reclamante.

En consecuencia con lo expuesto, el perjuicio irreparable opera sólo cuando la cautelar innovativa deviene en sentencia de mérito anticipada. Contrariamente, cuando se está frente a una diligencia innovativa pura y simple –de carácter cautelar– no será exigible.

En la posición adversa, quienes no reconocen la tutela anticipatoria como un instituto ajeno a las medidas cautelares, rehúsan la exigencia del requisito estudiado. Sostienen que tal cosa es susceptible de generar la creación de una norma judicial adversa al acogimiento de la medida, así como que reviste una connotación patrimonial y un efecto que la acota indebidamente; y concluyen que el requisito concerniente al peligro en la demora, común a todas las medidas cautelares e implícitamente previsto en el Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida, pues compete no sólo los perjuicios económicos sino también los físicos, psíquicos y morales¹⁹.

En las antípodas de esta creencia, sostengo que la diferenciación de los institutos resulta un mecanismo más que importante a los fines de la implementación práctica de las medidas anticipatorias. Existe sobrada prueba, en los Tribunales Argentinos, de denegaciones de tutelas anticipatorias por considerar contraria a la naturaleza cautelar el otorgamiento de pretensiones idénticas a las debatidas en la cuestión de fondo. Subrayo, entonces, la importancia de comprenderlos como dos unidades diferentes y con alcances disímiles²⁰.

2.2 Diferenciación con las medidas cautelares.

Para explicar la diferencia, creo fundamental entender cuál es su vínculo, y qué es lo que genera el debate doctrinario sobre estas nociones. Tanto en las medidas cautelares innovativas como en las providencias que deciden interinamente una relación controvertida, la resolución que se dicta en forma favorable no implica decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado por el actor. Esto, entiendo, no es menester para considerarlas como partes de una relación género-especie. Por el contrario, sólo configura un nexo de conexión entre ambos.

Si bien la discusión sobre la naturaleza cautelar o no de las medidas anticipatorias se encuentra aún vigente, lo cierto es que el anticipo jurisdiccional no asegura, de modo directo, la eficacia concreta de la sentencia definitiva como lo hacen las medidas

¹⁹ PALACIO, Lino. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Edición: s/d, TOMO VIII, Ciudad s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2011, p. 36.

²⁰ Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “Bernstein, Gustavo c/ Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y otros”, fecha: 29/10/2007; Argentina, CNTrab., Sala II, sentencia definitiva en autos “Simora, Nélica c/ Intervención de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, fecha: 14/03/2008.

cautelares, sino de la tutela jurisdiccional. En efecto, la sentencia anticipada, constituye un valioso instrumento para cumplir con la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y en tiempo oportuno, que consagran los tratados de Derechos Humanos²¹.

Además, en relación a las partes, cabe mencionar dos contingencias diferenciales. En primer lugar, la aplicación del Principio de Bilateralidad: puesto que las medidas anticipatorias únicamente proceden una vez producida la traba de la Litis, mientras que las medidas cautelares proceden en cualquier momento del proceso –incluso antes de iniciada la demanda–. En segundo término, debo apuntar que las medidas cautelares podrán ser concedidas a pedido de cualquiera de las partes intervinientes en el litigio, por el contrario, las sentencias anticipatorias sólo puede tener lugar a pedido del actor.

2.3 Diferenciación con las medidas autosatisfactivas.

De manera escueta, puesto que no es el tema que me ocupa en el presente, definiré las medidas autosatisfactivas como aquellas que corresponden a un proceso autónomo, que no es ni provisorio (como las medidas anticipatorias), ni accesorio (como las medidas cautelares). En efecto, son una solución urgente no cautelar, despachables *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Poseen la característica de que si vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal²².

Si bien la doctrina, en apoyo a este tipo de procesos, los ha alentado calificando la institución de indistintas maneras: tutela anticipatoria, cautelar material, cautelar innovativa; cabe destacar, no debe ser esto impedimento para entenderlas como un instituto particular, autónomo y diferenciado de los ya mencionados. Tal afirmación tiene como fundamento principal la satisfacción total de la pretensión en este tipo de procesos, frente a la satisfacción total o en parte, supeditada a la sentencia definitiva que presentan las medidas anticipatorias, y frente al mero resguardo de la eficacia efectiva de los procesos que significan las medidas cauteles.

2.4 Debate doctrinal acerca de la constitucionalidad de las mismas.

La Constitución de la República Argentina, estatuye un sistema constitucional que pone en igualdad de jerarquía con a ella misma, a los Tratados de Derechos Humanos a los que adhiera la nación (Art.75 Inc.22). Simultáneamente, establece un sistema constitucional abierto a nuevas disposiciones de tal índole; así desde 1994, Argentina adhirió y consecuentemente incorporó a su techo constitucional dos nuevos tratados que ahora son también ley suprema.

Se observa fácilmente, que la vieja idea kelseniana de la “*Pirámide Jurídica*”, se ha modificado por otra que podría ilustrarse como un verdadero “*Trapezio Jurídico*”. Por

²¹ DE LOS SANTOS, Mabel. “*La sentencia anticipada*”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008-1, Sentencia II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2008.

²² Definición conceptualizada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Corrientes, Argentina, 1997.

esta razón, en Argentina, cuando se hace referencia a la constitucionalidad de determinado instrumento, se está aludiendo su adecuación respecto de los preceptos receptados en la Constitución propiamente dicha y en los Tratados de Derechos Humanos incorporados.

En lo expuesto encontramos la razón de la constitucionalidad de las medidas cautelares. En primer término, porque derechos otorgados por el “*Bloque Constitucional*” requieren la funcionalidad de distintos medios a fin de ser garantizados; y en segundo término, porque la inteligencia normativa prevé –aun cuando la Constitución no lo declara expresamente– el derecho a la jurisdicción, también denominado derecho a la tutela efectiva. El derecho a la jurisdicción no es otra cosa que el derecho de recurrir ante un órgano judicial en procura de justicia.

El derecho a la jurisdicción no consiste solamente, ni se agota, con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, que debe ser: oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa. Y en este punto radica la función y la legalidad de las medidas anticipatorias.

Cabe destacar que las nuevas corrientes de derecho procesal, en conexión con el derecho a la jurisdicción, vienen hablando del “*acceso a la justicia*” y de la tutela judicial efectiva, con un enfoque que toma en cuenta las disponibilidades reales – incluso materiales – y el costo económico del proceso, en relación con el justiciable.

3. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. SU GÉNESIS

El derecho en general, está dirigido a la composición de los conflictos sociales; durante siglos se prestó trabajo para otros sin que surgiera la necesidad de darle a estas relaciones una normativa especial. Pero esa necesidad aparece con el conflicto social inherente al capitalismo industrial; los intereses de los dueños del capital y de los trabajadores, que cambian su tarea por un salario, son contrapuestos. Y es esa contraposición la que da origen al Derecho del Trabajo.

A su vez, el trabajador comienza a ser considerado como un sujeto de derecho y no como una mera mercancía, siendo necesario estructurarlo dentro de un ordenamiento positivo de carácter proteccionista, a fin de salvaguardar su condición y de dar cumplimiento a los derechos que lo asisten, no sólo de índole laboral, sino como integrante del colectivo social. Esto implica el carácter social del trabajo, así como el rol social que otorga al trabajador, sin dejar de considerar, el carácter alimentario y económico que encierra.

Por lo antes dicho, el Derecho del Trabajo, aparece como un conjunto de normas que, teniendo en cuenta la hiposuficiencia de los trabajadores, busca componer el conflicto a través de la imposición de normas que garanticen la disminución de la tensión a mediante una legislación protectoria. El protagonista de esta rama jurídica es el

hombre de trabajo y consiguientemente, las normas tienen un contenido dirigido a su dignificación²³.

3.1 Raigambre constitucional del Derecho del Trabajo. Garantías.

Con la reforma constitucional del año 1957, se incorporó a la Constitución de la República Argentina el Art. 14 bis, que consagra los derechos garantizados al trabajador, y se añadió al Art. 67 el Inc. 11, que incluyó el Código del Trabajo y Seguridad Social entre los que podía dictar el Congreso Nacional. Luego, con la reforma de la Carta Magna en el año 1994, se ha producido una articulación el mencionado Art. 14 bis con la parte orgánica; pues, le da al Poder Legislativo las pautas concretas para la reglamentación de los derechos sociales. Conjuntamente se introducen, con jerarquía constitucional, una serie de declaraciones y pactos con el fin de ampliar los derechos inherentes a los habitantes del país –vinculados también con el carácter de trabajador de los ciudadanos–²⁴, entre los que puedo nombrar a modo de ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El art. 14 bis mencionado, como principal fuente normativa de la disciplina laboral, busca remediar las desigualdades sociales estableciendo garantías mínimas para el trabajo, fundadas en principios de solidaridad, cooperación y justicia; cuando dice “el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes”, fundamenta el principio protectorio alrededor del cual gira nuestra disciplina.

Está compuesto de tres partes: derechos del trabajador en el contrato de trabajo (condiciones dignas y equitativas de labor, descanso y jornada limitada, remuneración mínima vital y móvil, protección contra el despido arbitrario y estabilidad del empleado público, estabilidad del representante sindical y compensación económica familiar), de derechos sindicales (organización libre y democrática, derechos de los sindicatos, protección especial) y derechos provenientes de la seguridad social (beneficios integrales e irrenunciables, seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles y protección integral de la familia).

3.2 Principios generales del Derecho del Trabajo. Principio protectorio.

Debo decir que la autonomía de una rama del derecho sólo existe cuando éste tiene principios propios, diferentes a los que inspiran otras ramas. Son líneas directrices o postulados que le dan determinado sentido a cada una de las disposiciones que componen el orden normativo laboral; conformando las ideas fundamentales de la

²³ CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2^{da} Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010. pp. 1-24.

²⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan. “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, 3^{era} Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2007, pp. 341-401.

organización jurídica que resultan indispensables para aplicar correctamente sus normas²⁵.

Los principios cumplen una triple función: la de interpretación, la de información y la de integración. Si bien hay divergencias en la doctrina laboralista sobre la clasificación de los mismos, en una comprensión particular que comparto, FERNANDÉZ MADRID –en consonancia con CAUBET– sostiene que el Derecho del Trabajo está regido por un único principio, el principio protectorio y por las reglas de aplicación que de él se derivan.

El principio protectorio que orienta al Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en el amparo de una de las partes, el trabajador, a fin de que mediante esa protección, alcance una igualdad sustantiva y real frente a la contraparte, el empleador. A cubrir esa necesidad, apuntan sus reglas de aplicación, a saber: *in dubio pro operario*, la selección de la norma más beneficiosa, la ajenidad e indemnidad respecto del riesgo empresario, la irrenunciabilidad de derechos, la no discriminación, la progresividad, la subsistencia de la condición más beneficiosa, la continuidad de la relación laboral, la primacía de la realidad y la facilitación de la prueba en los procesos²⁶.

3.3 Carácter social y económico del trabajo.

Conviene poner el acento en que trabajo es el medio de sustento del hombre y de su realización como persona y como integrante de la comunidad a la que pertenece. En el siglo XX se lo ha revalorizado, reconociéndose que tiene contenidos económicos, espirituales y sociales, porque posibilita no solo el acceso a los bienes y la creación de nuevos bienes, sino que promueve también el desarrollo integral del individuo y de la comunidad. De esta manera, la terminación de una relación de trabajo –máxime cuando ésta se produce por la imposibilidad de continuar la relación por la conducta ilícita de pares o superiores– puede ser una experiencia traumática para el trabajador y conjuntamente con la pérdida de sus ingresos ejercer un impacto directo en el bienestar de su familia.

Teniendo en cuenta este carácter, la Organización Internacional del Trabajo reglamenta que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; el ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; la presentación de una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas

²⁵ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 5ª Ed., Buenos Aires, editorial: Astrea, 2004, p. 50.

²⁶ CAUBET, Amanda. “Trabajo y Seguridad Social”, 2ª Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010. pp. 68-91.

competentes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad²⁷.

4. DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Para abordar una de las nuevas problemáticas del Derecho Laboral tratada en el presente trabajo, es menester definir con precisión la terminología, puesto que dentro del estudio nos encontraremos con numerosas conductas con características o efectos similares, pero que no por eso, configuran el supuesto.

Como criterio unificador, utilizaré la definición brindada por la Organización Internacional del Trabajo, que señala que el término discriminación comprende: *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y a cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”*²⁸.

De lo antedicho se desprende que se configura un trato discriminatorio cuando el trato diferente y peyorativo que se le da a determinada persona (o grupo de ellas) se fundamenta en razones o circunstancias de tipo subjetivo, generalmente vinculada con las características negativas que se atribuyen a los integrantes de un subgrupo particular. Esta valoración –negativa, por supuesto- conlleva implícito un prejuicio segregacionista.

4.1 Fuentes jurídicas internas e internacionales.

Partiendo de la ilustración acerca de los Derechos Humanos desarrollada por BIDART CAMPOS, que los definió como “las facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres, inherentes a ellos por su calidad de persona”²⁹, he de destacar que desde el ámbito del Derecho Internacional, se ha sostenido una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y el aseguramiento de del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales del hombre por todos y sin distinción alguna.

Entonces la igualdad jurídica, conducta positiva contraria al ilícito “discriminar” tiene recepción en la normativa supranacional en numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales. Sólo a modo de

²⁷ Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio técnico sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”, N° 158, entrada en vigor: 22/06/1982.

²⁸ Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio fundamental sobre la discriminación (empleo y ocupación)*”, N° 111, entrada en vigor: 15/06/1960.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán. “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, edición: s/d, TOMO I, ciudad: s/d, editorial: Ediar, pp. 476-480.

ejemplificar, enunciaré el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”³⁰.

El respeto del principio de no discriminación, entonces, es otro de los aspectos principales para la protección y promoción de los Derechos Humanos; en razón de ello, todas las personas somos iguales ante la ley y tenemos derecho a igual protección. La igualdad es una condición indispensable para el ejercicio de los derechos, pues, si arbitrariamente se denegase a una persona el goce de algunos de ellos, se incurriría en un trato discriminatorio en yuxtaposición con la violación a la obligación de respetar la prerrogativa en cuestión.

En el orden normativo interno, debo hacer referencia a las dos normativas sobresalientes que operan como base jurídica en lo que la prohibición de discriminación compete. El Art. 16 de la Constitución de la República Argentina que señala que “*no se admiten prerrogativas de sangre ni de nacimiento, así como tampoco fueros personales ni títulos de nobleza, siendo todos los habitantes iguales ante la ley y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad*”³¹; y la ley 23.592 de “Actos Discriminatorios”, que en su Art. 1 establece que “*quien impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las 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*”³².

En lo estrictamente vinculado con el Derecho del Trabajo, es fundamental hacer mención a la normativa especial que protege al trabajador en el ámbito privado y a aquella que protege al trabajador cuya actividad de dependencia se encuentra enmarcada en el sector público.

En primer término es preciso señalar la Ley de Contrato de Trabajo³³, que rige las relaciones de carácter privado. Dentro de esta norma es fructífero destacar el Art. 17 sobre la prohibición de hacer discriminaciones, que indica: “*por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad*”; y el Art. 81 sobre igualdad de trato, que expresa: “*el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador*”.

³⁰ Francia, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) “Declaración universal de Derechos Humanos”, 10/12/48.

³¹ Argentina, Cámara de Diputados y Senadores, reunidos en Congreso promulgan la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), promulgada: 03/01/1995.

³² Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 23.592, “Actos discriminatorios”, promulgada: 23/08/88.

³³ Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 20.744, “Ley de Contrato de Trabajo”, texto ordenado por Decreto 390/1976, 13/05/1976.

En segundo término, en referencia a las relaciones localizadas en el ámbito del empleo público, a nivel nacional, debo precisar que la ley marco de regulación de empleo público nacional³⁴ en su Art. 24 consagra: “*El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo: (...)Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

4.2 Tratamiento jurisprudencial actual. Imposibilidad de prevenir el daño. Incompatibilidad con preceptos normativos.

En la actualidad, en la República Argentina, la jurisprudencia en muchos casos se ha hecho cargo de versar por el cumplimiento del axioma constitucional y supranacional, en lo que a conductas discriminatorias trata³⁵. Aun así, esto resulta en la práctica una solución muchas veces extemporánea. La inteligencia legislativa otorga soluciones plausibles pero que no logran evitar el perjuicio ocasionado al sujeto víctima de discriminación. En la mayoría de los reclamos, se termina reconociendo el hecho ilícito y otorgándole al damnificado, en calidad de acreedor, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Esa reparación, incluso cuando se otorga de forma integral, contemplando el daño moral, resulta un alivio meramente económico. No obsta como reparación precisa de la conducta dañosa y mucho menos aun evita el martirio que sufre quien es víctima en este tipo de situaciones.

La indemnización, aun integral, como mencioné, no aplica como factor de protección, sino como reparación *ex post*, en contraste con los preceptos normativos que permiten al sujeto gozar de la igualdad ante cualquier situación fáctica.

4.3 Aplicación de medidas cautelares innominadas como posible solución a la problemática.

En este apartado –así como en los apartados 4.4, 5.2 y 5.3–, me encuentro frente a la posibilidad de plasmar uno de los objetivos del presente trabajo. Sugeriré, en consecuencia, opciones a fin de brindar una solución a la problemática de la discriminación laboral mediante la implementación de medidas cautelares innominadas.

De forma previa a la exposición, debo poner el acento en que éstas no son las únicas alternativas elaborables; pero considero que deben ser un puntapié para el estudio y el análisis de otras formas, ante la ausencia de legislación y la inexistencia –casi total– de su requerimiento por parte de los abogados y de la concesión por parte de la Justicia Laboral argentina. Lo antedicho cabe también para el estudio en el derecho comparado, puesto que a nivel mundial, existen muy pocos mecanismos de tal índole a favor del trabajador víctima de discriminación.

³⁴ Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 25.164, “*Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional*”, promulgada: 06/10/1999.

³⁵ Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “P. S. L. c/ La Pompeya S.A. s/despido”, 21/09/2011.

En consecuencia, el trabajador profanado en su derecho, podrá requerir una medida cautelar innominada de carácter innovativa, que ordene al presunto victimario que cese en los actos de perturbación o discriminación. Es importante resaltar que se trata de una medida cautelar, puesto que se dictará de manera provisoria, ya que no podrá limitar la conducta de un sujeto –en este caso el victimario– de forma permanente sin una sentencia que reconozca la vulneración de derechos que implica tal acción; además posee carácter cautelar por perseguir un fin distinto a la pretensión de fondo –trabajar en condiciones dignas y la reparación por los daños sufridos–. A partir de ello, convengo que posee carácter innovativa –y por esta razón se encuentra dentro de las cautelares innominadas–; su intencionalidad no es la de mantener el *status quo* de la situación, sino por el contrario, pretende una modificación –innovación– en las conductas realizadas por una persona o grupo de ellas determinadas.

A fin de abarcar otra alternativa posible en miras de tutelar los derechos del trabajador, se podrá requerir como medida cautelar innominada –ya que no es una cautelar expresamente comprendida en el Código Procesal y por lo tanto posee un carácter residual–, la intervención de un veedor judicial en el ámbito laboral donde se produce el quebranto de los derechos e igualdades jurídicas de la víctima. Este mecanismo, que proviene del Derecho Societario y faculta al juez para ordenar cautelarmente la intervención de una sociedad mediante la designación de un veedor, de un coadministrador o de un administrador, es aplicable por analogía a esta eventualidad del Derecho Laboral. El objetivo es controlar, mientras se desarrolle el proceso, que no existan hechos configurativos de discriminación y al mismo tiempo, que se mantenga la relación laboral.

4.4 Diligencia de medidas anticipatorias como instrumento de tutela de derechos.

Como he sostenido, la confusión doctrinaria sobre el carácter dependiente de las medidas cautelar o el carácter como instituto autónomo de las medidas anticipatorias, ha generado que en la práctica se denieguen este último tipo de medidas. La poca inteligencia actual de la norma procesal se suma al rol pasivo que se empeñan en mantener muchos magistrados, operando en desmedro de los derechos del trabajador. Por esta razón, me parece oportuno repetir y subrayar la importancia de considerar a las medidas anticipatorias como un mecanismo con particulares y alcances diferentes a las características y eficacias de las medidas cautelares; de manera contraria, se seguirá denegando tal tutela, porque el objeto de la misma coincide con el del juicio ordinario, circunstancia que aducen, desvirtúa el instituto cautelar³⁶.

Para concretar, el trabajador que ha sido despedido por causas fundadas en discriminaciones de cualquier tipo, podrá solicitar la nulidad del acto y conjuntamente, requerir una medida anticipatoria a fin de ser reinstalado en su puesto de trabajo. Vale fundamentar la petición de nulidad del acto en cualquiera de las fuentes enumeradas en este trabajo, como la ley 23.592, y en aquellas que en razón de la brevedad no se han

³⁶ Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos “Christensen, Viviana S. c/ Automóvil Club Argentino”, 12/03/2008; Argentina, CNTrab., Sala de ferias, en autos “Castia, Ricardo y otros c/ Alto Paraná S.A. s/ amparo sindical”, 31/07/2011.

mencionado. Los efectos de la nulidad son la restitución íntegra en el puesto de trabajo, consistiendo entonces, en situar las cosas tal y como estaban antes de producirse el ilícito, mediante la readmisión forzosa del trabajador.

A su vez, es preciso señalar que en este caso, estoy abordando una pretensión anticipatoria, toda vez que su fin indudablemente coincide con el objeto de debate en el proceso principal. Además, su aprobación no significará de ningún modo, la satisfacción total y permanente de la demanda –como sucede en el caso de las medidas autosatisfactivas–, por el contrario, se dictará en carácter provisorio sujeta a las demostraciones receptadas por los jueces en el juicio ordinario.

Por otra parte, cabe destacar el carácter innovativo de esta medida anticipatoria, ya que busca la modificación de la situación existente, transformando el despido en reinstalación; en su esencia está evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

4.5 Situación especial en el caso de las mujeres. Vías procesales propuestas.

A nivel nacional, la Ley 26.485 de “*Protección integral de las mujeres*”³⁷ en su Art. 26, faculta directamente a los jueces a adoptar medidas cautelares que impidan los actos de violencia. En concreto, se prevé la protección judicial urgente y preventiva (una de las alternativas que vengo desarrollando a lo largo de este trabajo), cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en su Art. 3. Entre los derechos protegidos, figuran algunos que derivan de la relación de trabajo, a saber: una vida sin violencia y sin discriminaciones, la salud, la educación y la seguridad personal, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, el respeto de la dignidad, entre otros.

En consonancia con lo indicado, durante cualquier etapa del proceso el juez interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar medidas cautelares de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia; también podrá decretar medidas anticipatorias³⁸.

5. MOBBING. ACOSO PSICOLÓGICO EN EL ÁMBITO LABORAL

A fin de abordar un concepto que me permita introducirme al estudio de este nuevo fenómeno vinculado al Derecho del Trabajo, es probable que transmita más dudas que certezas. Esto, que puede ser observado como una falencia de comprensión, no debe ser entendido de ese modo; por el contrario, deberá ser utilizado como parámetro para pensar nuevos enfoques y reflexionar sobre posibles procedimientos justos a fin de solucionar, en la práctica, este dilema.

³⁷ Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 26.485, “*Protección integral de las mujeres*” promulgada: 01/04/2009.

³⁸ PINOTTI, Mónica. “*Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*”, 1^{er} Ed., Buenos Aires, editorial: Vera Arevalo – Visión Jurídica Ediciones, 2014, pp. 142-146.

Fue el experto psicólogo y psiquiatra europeo Heinz Leymanm quien, en la década del 80, dio la primera definición técnica acerca del mobbing, en el Congreso de Hamburgo sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. Expresó que era el encadenamiento, a lo largo de un periodo de tiempo relativamente corto, de conductas hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera, la víctima, con el objeto de lograr su exclusión laboral³⁹.

Partiendo de esta enunciación, la conceptualización de mobbing responde a una noción elaborada desde el ámbito de la psicología; coincidiendo desde tal disciplina en describirlo como: “*episodios sistemáticos y reiterados de agresión psicológica urdidos con la finalidad de destruir a la víctima, realizados por una o más personas*”. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, esto tiene como consecuencia directa la exclusión de la víctima, al menos de forma temporal, del mundo laboral.

El mobbing más allá de representar un tema novedoso, discutible y susceptible de ser analizado desde diferentes puntos de vista, lamentablemente, es una derivación de la violencia laboral que cada vez reconoce más afectados que se esfuerzan por encontrar respuestas en un sistema jurídico que por el momento sólo otorga alternativas de protección.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal, es preciso hacer hincapié en la dificultad probatoria que conlleva el mobbing, por cuanto se trata de comportamientos que se desarrollan en el ambiente laboral y pueden desencadenarse en ámbitos o circunstancias donde no existen otras personas que puedan observar el proceso. Justamente por eso, el magistrado que deba dirimir la cuestión planteada no podrá permitir que el formalismo neutralice los objetos tuitivos del derecho de fondo.

Para que la dificultad probatoria no se transforme en impunidad, es imprescindible que se aplique la “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”, de manera tal que sobre ambas partes –y no solamente la parte actora–, recaiga la obligación de realizar los esfuerzos posibles para llevar la verdad de los hechos al proceso. En el supuesto de despidos por causa de discriminación, esta desigualdad está contemplada expresamente, y por ese motivo, se establece que el damnificado deberá probar indicios y el empleador deberá probar que la causa de despido no obedece a una discriminación

5.1 Ausencia de normativa específica en el orden nacional. Breve reseña de algunas normativas de situaciones análogas al mobbing en los ordenamientos provinciales. Críticas. Ausencia de regulación frente al empleo de carácter privado.

Ante la ausencia de normativa específica sobre mobbing a nivel nacional, en la República Argentina, me parece conveniente reseñar las fuentes normativas existentes a nivel provincial y municipal; no sin antes aclarar, que la mayoría de estas pautas no

³⁹ BANERA, Jorge. “*La estrategia ante el acoso laboral*”, 1^{era} Ed., Buenos Aires, editorial: Ediciones La República, 2009, pp. 31-39.

hacen referencia directa a la figura en cuestión, sino que se limitan a definir conceptos más genéricos como el acoso y el hostigamiento.

a) Provincia de Buenos Aires. La ley 13.168⁴⁰ haciendo únicamente referencia a la violencia laboral en el ámbito del empleo público, define como tal al: *“accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su postura jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora manifestando algún abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico o social”*.

b) Provincia de Santa Fe. La Ley 12.434⁴¹ considera a la violencia laboral como *“toda conducta activa u omisiva ejercida en el ámbito laboral por funcionarios o empleados públicos que constituya un abuso de poder materializado, inequidad salarial fundada en razones de género, maltrato físico, sexual, psicológico y social del trabajador”*; haciendo extensivo su ámbito de aplicación no sólo a la Administración Pública provincial –centralizada y descentralizada– sino también a las sociedades del Estado, las sociedades de economía mixta y a los poderes legislativo y judicial de la provincia.

c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 1.225⁴² entiende por violencia laboral: *“las acciones u omisiones de personas o grupos de personas que, en ocasión del ámbito o la relación laboral, en forma sistemática y recurrente, atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social de un trabajador/a, mediante acoso sexual, abusos, abuso de poder, ataques, amenazas, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, trato discriminatorio, maltrato físico, psicológico y/o social”*; extendiendo su ámbito de aplicación a todas las relaciones laborales de índole públicas, comprendiendo al personal que presta servicios con carácter permanente, transitorio o contratado de cualquier organismo de los integrados en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los entes jurídicos descentralizados y de las sociedades estatales. Además, y con carácter novedoso, otorga una protección tanto a las víctimas que denuncian la situación de violencia laboral como a los testigos, presumiendo salvo prueba en contrario, que la cesantía o exoneración y cualquier alteración en las condiciones de empleo que resulte perjudicial para la persona afectada, obedece a su denuncia o participación en el procedimiento relacionado con la violencia laboral, cuando dicha alteración ocurre dentro de los seis (6) meses subsiguientes a su denuncia o participación.

Si bien otras provincias de nuestro país cuentan con regulación específica en cuanto a violencia laboral se trata –puesto que muy pocas de ellas receptan la terminología *mobbing*–, no me parece imperioso abordarlas en particular, ya que los ejemplos

⁴⁰ Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Ley Provincial N° 13.168, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 27/01/2004.

⁴¹ Argentina, Legislatura de la Provincia de Santa Fe, Ley Provincial N° 12.434, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 01/08/2005.

⁴² Argentina, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Municipal N° 1.225, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 05/01/2004.

planteados y las normativas no detalladas, regulan la contingencia de forma similar. Por añadidura, debo reconocer que, las distintas normativas, carecen de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado; por otra parte, los procedimientos preventivos que prevén aluden al ámbito Administrativo, sin contener ninguna de ellas un factor de atribución directo para el requerimiento de una medida cautelar o una medida anticipatoria de la índole de las que se han tratado –y se tratarán– en este trabajo. Es decir, en reglas generales, se limitan a definir –vagamente– el problema y a establecer sanciones y/o formas de reparación para el trabajador acosado que no inciden de manera cierta en la resolución del problema.

5.2 La implementación de medidas cautelares innominadas como mecanismo de protección. Una alternativa al vacío legal

En primer término, y haciendo referencia a lo indicado en el apartado 4.3, incumbe sostener la posibilidad de aplicar los mecanismos detallados, también, para el supuesto de mobbing. Sin embargo, y con el fin de no agotar el objeto de este trabajo, agregaré otras alternativas.

Por consiguiente, podrá el trabajador víctima de mobbing solicitar la aplicación de una medida cautelar innominada con carácter innovativo tendiente a exonerarlo de su obligación de prestar tareas –una de las obligaciones principales en cabeza del sujeto dependiente de la relación laboral– y seguir percibiendo las prestaciones monetarias que son contrapartida de su puesta a disposición. Es importante manifestar la calidad cautelar de tal medida, ya que sólo dispensa al trabajador de su obligación hasta que se compruebe, o no, la situación denunciada y se devenguen las consecuencias; y esta dispensa, lejos está de ser la pretensión principal de la víctima. Asimismo, reviste carácter innovativo –por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos expuestos, de cautelar innominada– ya que persigue la obtención de una situación nueva distinta a la existente al momento de iniciar la demanda e incluso distinta a la que podría configurar, según una parte de la doctrina, la contracara de la prohibición de innovar.

La descripta, se trata de una conducta de autoprotección ante lo lesivo del hostigamiento y a su vez, constituye otra vía para forzar el cumplimiento debido del contrato laboral, aspirando a la reposición en el puesto de trabajo en condiciones normales, independientemente de la reparación de los perjuicios. Si bien este procedimiento no ha sido intentado, por lo que tampoco ha sido receptado jurisprudencialmente en Argentina, tiene sustento en el derecho comparado –y aún así guarda el carácter de extrañeza por su poca aplicación–; en España, un juez de lo social de Barcelona liberó a la mujer de la “*pesadilla*” de tener que volver al trabajo, en el que era víctima de hostigamiento laboral; y simultáneamente obligó a la empresa a seguir pagándole el sueldo y las cuotas a la Seguridad Social⁴³.

⁴³ GARCÍA, Jesús. “*Un juez exonera a una víctima de acoso laboral de ir al trabajo*”, *El País*, Sociedad, Barcelona, 24/10/2012, (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666_947982.html) consultado: 07/07/2014.

Otra alternativa viable que tendrá el trabajador, será requerir por medio de una medida cautelar innominada de carácter innovativa, el cese de las acciones de hostigamiento (de forma similar a lo descrito en el apartado referente a la aplicación de medidas cautelares en caso de discriminación). A pesar del paralelismo, es importante mencionar este requerimiento como opción, puesto que sólo ha habido un caso en la República Argentina en el que se ha receptado; en tal caso se concedió a favor de la parte actora, la pretensión cautelar que pretendía poner fin a las conductas de maltrato ejecutadas por sus empleadores⁴⁴.

Por último, y en caso de que el acoso psicológico haya derivado en un despido directo, la parte damnificada podrá intentar una medida cautelar innominada, con el propósito de suspender provisoriamente la ejecución de tal acto. Vale la pena realizar dos aclaraciones al respecto, en primer término, la situación planteada difiere de la solicitud de nulidad del despido en los casos de discriminación puesto que en este caso, no existe ley que torne anulable el despido, se trata de una mera suspensión de efectos; en segundo término la aplicación de esta medida tiene origen en la diligencia cautelar prevista en el Derecho Societario que permite la suspensión de los efectos de las asambleas, es decir, no tiene efectos permanentes, sino que pospone la ejecución del acto jurídico y permite, en el caso de ser utilizada a los fines laborales tratados, mantener la fuente de trabajo hasta que exista sentencia condenatoria para el acosador.

5.3 Medidas anticipatorias tendientes al resguardo del trabajador.

En el presente punto, haré referencia a la posibilidad de utilizar por parte del trabajador, una facultad del empleador, como medio para descartar de la relación laboral el hostigamiento e igualmente conservar su puesto de trabajo. Con tal propósito, será necesario que se requiera una medida anticipatoria con el fin de que mediante la aplicación del “*ius variandi*” –facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato de trabajo– se modifiquen ciertas circunstancias de la relación laboral. A modo de ejemplo, podrá el trabajador solicitar el traslado de puesto o de centro de trabajo así como la reordenación o reducción de la jornada laboral.

Es importante considerar este requerimiento como una medida anticipatoria, ya que en caso de aceptarse, conduce a una satisfacción total de la pretensión, de modo provisorio, puesto que permite la subsistencia de la relación laboral y a su vez, evita la contingencia negativa: el mobbing, actuando como tutela anticipada de los derechos que asisten al trabajador.

5.4 La necesidad de realizar mecanismos concordantes con la implementación de vías procesales para la preservación de los trabajadores y su puesto.

En la actualidad, aquel trabajador que efectúa una denuncia de mobbing, realiza una acción más cercana a una expresión de buenos deseos, que a una real posibilidad de

⁴⁴ Argentina, CCiv.Lab. de la Provincia del Neuquén, SALA I, sentencia definitiva en autos “Barrionuevo, Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”, Expte. 329711/2005, 11/04/2006.

hacer visible la situación laboral de acoso que imputa. Por esta causa, resulta imperioso que – conjuntamente con la aplicación de nuevas vías procesales de solución–, el Estado otorgue una protección legal al trabajador, con el objeto de que quien denuncie una situación de acoso laboral, no se encuentre absolutamente desprotegido y a la merced de su victimario. En consonancia con esta necesidad surgen, *a priori*, dos interrogantes que trataré de responder:

¿De qué manera podría ser esto implementado? Concediéndole, por ejemplo, una especie de estabilidad relativa temporal. Pues solo así, mediando una protección, será posible desenmascarar y sancionar el acoso laboral y contar con un ambiente de trabajo decente.

¿A qué protección me refiero? Como mecanismo práctico de prevención, sería oportuno implementar una protección similar a aquella de la que gozan las mujeres embarazadas o los representantes gremiales, quienes una vez que comunican de forma fehaciente la contingencia resguardada, adquieren una estabilidad especial. Es decir, gozaran los trabajadores denunciadores, en el supuesto de asemejarlos a las mujeres embarazadas, de una presunción a su favor en caso de despido, considerándose el mismo como consecuencia de la situación y correspondiéndole consecuentemente una indemnización agravada; o gozaran en el caso de asemejarlos a la situación de a los representantes sindicales, de una estabilidad relativa propia que requerirá, en caso de pretender proceder al despido, de una exclusión judicial de tutela.

Otra iniciativa de salvaguarda, igualmente aplicable, es que en el caso de ser el trabajador despedido como represalia, exista un mecanismo que permita impugnar el despido en un plazo determinado; con el fin de que sea declarado nulo.

5.5 Una forma de acoso particular: el acoso sexual y sus implicancias. Aplicación de medidas análogas para su tratamiento.

Siguiendo la Recomendación de la Comunidad Europea 92/131⁴⁵, se debe entender por acoso sexual: “*toda conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten la dignidad de las mujeres y de los hombres en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros*”. Por lo tanto, todo comportamiento coactivo – directo o indirecto, verbal o físico– de carácter estrictamente sexual, que no es deseado por la persona a quien va dirigido y afecta, consecuentemente, su dignidad, incidiendo en forma negativa en el ámbito laboral, donde los protagonistas se desarrollan, configura este fenómeno.

A modo de posibilitar la comprensión, al menos de forma escueta, me parece oportuno explicar la amplitud del acoso sexual. Éste puede provenir de un hostigamiento leve, verbal (comentarios obscenos, conversaciones de contenido sexual delante de la víctima, piropos) o no verbal (miradas lascivas e invasivas, gestos obscenos, compulsión de material pornográfico delante de la víctima); así como de un

⁴⁵ Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 92/131/CEE, “*Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*”, 27/11/1991, publicada: Diario Oficial N° L 049 de 24/02/1992, pp. 1-8, (<http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/RECOMENDACION92131.pdf>), consultado: 08/06/2014.

hostigamiento grave (llamadas, insinuaciones, amenazas o promesas sujetas al cumplimiento del deseo sexual del acosador, abuso físico consumado por la fuerza).

Cualquiera sea el tipo empleado, en caso de no ser consentido por la víctima, muchas veces desencadena represalias, consistentes en traslados, baja de salario, quite de permisos, imposibilidad de ascensos, sometimiento a un ambiente de trabajo hostil o despido. Razonablemente, las derivaciones de este tipo de conductas, resultan muy parecidas a las del mobbing, en cuanto reconocen un proceso de victimización y la invariable aparición de patologías psíquicas y físicas; sin dejar de mencionar los síntomas sociales similares que aparecen en quienes son víctimas o transitan por este tipo de ataques, que funcionan como factor desencadenante de un alto nivel de ansiedad, depresión, rechazo a la concurrencia al lugar de trabajo, entre otros⁴⁶.

Si bien existe normativa legal al respecto del acoso sexual –más allá de ser una conducta penalmente tipificada–, ésta es escueta a nivel nacional. En la República Argentina contamos con la Ley 24.632 “*Convención de Belem do Pará*”⁴⁷ que define la violencia contra la mujer, incluyendo el acoso sexual, en todos sus posibles ámbitos de aplicación y los derechos tutelados.

Como podemos deducir, resulta insuficiente. Algunos de los carencias que trae aparejada la normativa son: la falta de especificidad en el ámbito laboral, la exclusión del hombre como sujeto plausible de ser víctima del acoso sexual, la inexistencia de mecanismos prácticos de solución y la imposibilidad de continuar manteniendo la relación laboral sin verse sometidas, las víctimas, a las conductas a las que me vengo refiriendo.

Como consecuencia de la exigua normativa y la ausencia de medios procesales de prevención, en innumerables ocasiones el acoso sexual ha sido reconocido en los tribunales del fuero laboral, como causante suficiente y habilitante de despido indirecto y por ende plausible de indemnización por el daño moral producido⁴⁸. Esto, si bien es meritorio, no coincide con las garantías otorgadas por la Constitución Nacional, no posibilita la continuidad de la relación laboral, opera en menoscabo de derechos fundamentales de la víctima y fundamentalmente, no logra revertir o cesar la conducta ilícita.

Por lo expuesto, es inexcusable la necesidad de aplicar procedimientos similares a los aportados en el presente trabajo, también a casos de acoso sexual en el ámbito laboral. A modo de ejemplo, y tratando de no ser redundando con los contenidos ya vertidos, cabe la aplicación de medidas cautelares innominadas en su especie de innovativa, así

⁴⁶ ASSAD, Sandra; CONTRERA, Guillermo; CONTRERA, Ileana. “*Mobbing. Hostigamiento psicológico en el trabajo*”, 1era Ed., Buenos Aires, editorial: Gowa Ediciones Profesionales, 2010, pp. 177-180.

⁴⁷ Argentina, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley Nacional N° 24.632, “*Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de BELEM DO PARA.*” promulgada: 01/04/1996.

⁴⁸ Argentina, CNTrab., Sala X, sentencia definitiva en autos: “*B.E.A. c/ Formatos eficientes S.A. s/ despido*”, 13/02/07; Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos: “*D.A.B c/ El parlamento S.A. s/ despido*”, 14/05/08; Argentina, CNTrab, Sala VII, sentencia definitiva en autos: “*G.C.A c/ Cinco al día S.R.L y otro s/ despido*”, 28/10/08.

como la aplicación de medidas anticipatorias (puesto la irreparabilidad de los daños de carácter psíquico y físicos que conlleva el acoso sexual) a modo de tutelar en forma anticipada los derechos que se ven menoscabados durante el lapso que el trabajador sufre este padecimiento.

CONCLUSIONES

Para finalizar, me parece oportuno a modo clarificador, hacer una síntesis de las proposiciones planteadas durante el tratamiento del presente trabajo.

En primer término quiero señalar que las medidas cautelares como medio de preservación de la eficacia de los procesos, requieren para su dictado la conjunción de tres requisitos básicos: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el ofrecimiento de una contracautela.

Los recaudos mencionados serán exigidos tanto para el dictado de medidas nominadas –incluidas expresamente en los Códigos Procesales– como para la aplicación de las medidas genéricas, que son aquellas que exceden los límites establecidos en las nominadas o configuran una preservación absolutamente distinta a las contempladas.

En segundo término y en relación con este punto del desarrollo, subrayo que he considerado a las medidas innovativas como medidas genéricas puesto que, entiendo, exceden en cuanto a límites y alcances a la medida de no innovar y por lo tanto, no pueden ser tomadas como su faz positiva. Esta concepción también implica, posteriormente, la posibilidad de demandar la aplicación de medidas anticipatorias de carácter innovativo.

Las medidas anticipatorias a las que me refiero, son aquellas que facultan al juez para pronunciarse, una vez iniciado el proceso, otorgándole en todo o en parte la pretensión requerida al actor; configurando de este modo una tutela efectiva de derechos. He indicado la importancia de considerar a estas providencias de manera aislada de las providencias cautelares, ya que su mera confusión, imposibilita la aplicación de la medida anticipatoria.

La diferencia, radica fundamentalmente en la pretensión que persigue cada uno de estos institutos; mientras la medida cautelar procura salvaguardar la eficacia del proceso, la medida anticipatoria pretende obtención total o parcial –de forma provisoria– del objeto del litigio judicial. Las medidas cautelares, a diferencia de lo expuesto, no podrán tener el mismo fin que el proceso principal; por esta razón, una mera confusión conceptual, conlleva la denegación de la providencia.

Es importante resaltar que la tutela anticipada –ya que su objeto coincide con el objeto principal– requiere la existencia de una exigencia especial: el perjuicio irreparable. Esto significa que no basta con la presencia de los tres requisitos de las medidas cautelares, sino que además, se debe demostrar que la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar, ocasionaría de subsistir, un daño irreparable a la víctima.

En tercer término, partiendo de estudiar los fundamentos científicos y jurídicos del Derecho del Trabajo, analicé profundamente el fenómeno del mobbing y las implicancias de la discriminación laboral, lo que no sólo me permitió revelar la situación de desprotección y de ausencia de normativa, sino que también me permitió establecer una serie de alternativas –mediante la aplicación de medidas cautelares o medidas anticipativas– para hacer frente a estas problemáticas. Sólo a fin descriptivo resumiré: el requerimiento de una medida cautelar innominada de carácter innovativa, que ordene al presunto victimario que cese en los actos de perturbación o discriminación; el requerimiento de una medida cautelar innominada que ordene la intervención de un veedor judicial en el ámbito laboral donde se produce el quebranto de los derechos e igualdades jurídicas de la víctima; el requerimiento de una medida anticipatoria que permita la reinstalación del trabajador despedido por causas de discriminación en su puesto de trabajo; la solicitud de una medida cautelar innominada con carácter innovativo con el fin de exonerar al trabajador de su obligación de prestar tareas y seguir percibiendo las prestaciones monetarias; o en caso de que el acoso psicológico haya derivado en un despido directo, el requerimiento de una medida cautelar innominada, con el propósito de suspender provisoriamente la ejecución de tal acto.

Todo lo expuesto sirve para concluir que el sistema actual de protección juega en desmedro de los trabajadores y que se requiere mucho más que normas de prevención para encarnar una verdadera lucha contra las nuevas problemáticas reinantes en el Derecho del Trabajo. Sólo a partir de que los Estados nacionales y los organismos internacionales tomen real conciencia de tal situación, se podrá generar un nuevo rol, más dinámico y activo, conducente a sosegar la necesidad de implementar medidas concretas con el objeto de corregir las desigualdades. Entre tanto, es precisa la necesidad de desarrollar alternativas viables y seguras para hacer frente a estos problemas.

Esto, dicho de otro modo, implica que no significará una real protección de los derechos de todos los trabajadores que sufran hostigamiento o discriminación mientras no se mecanicen medios alternativos o se sancionen leyes generales y procedimientos claros al respecto.

Por este motivo teniendo en cuenta que el fin último de este trabajo es, además de ofrecer alternativas, generar una conciencia colectiva, me parece oportuno concluir con un párrafo del discurso de Nelson Mandela realizado para el prólogo del Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la Organización Mundial de la Salud, del año 2002: *“la violencia medra cuando no existe democracia, respeto por los Derechos Humanos, ni un buen gobierno. (...) En muchas sociedades, la violencia prevalece en tal medida que desbarata las esperanzas de desarrollo económico y social. No podemos permitir que esta situación se mantenga. Muchas personas que conviven con la violencia casi a diario la asumen como consustancial de la condición humana, pero no es así. Es posible prevenirla, así como reorientar por completo las culturas en las que impera. (...)”*.

REFERENCIAS

LIBROS / DOCTRINA

ARAZI, Roland. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2^{da} Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ARAZI, Ronald. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2^{da} Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ASSAD, Sandra; CONTRERA, Guillermo; CONTRERA, Ileana. “*Mobbing. Hostigamiento psicológico en el trabajo*”, 1^{era} Ed., Buenos Aires, editorial: Gowa Ediciones Profesionales, 2010.

BANERA, Jorge. “*La estrategia ante el acoso laboral*”, 1^{era} Ed., Buenos Aires, editorial: Ediciones La República, 2009.

BIDART CAMPOS, Germán. “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, edición: s/d, TOMO I, ciudad: s/d, editorial: Ediar.

CARBONE, Carlos. “*Tutela diferencial postcautelar*”, 1^{era} Ed., Rosario, editorial: Nova Tesis, 2012.

CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2^{da} Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010.

CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2^{da} Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010.

DE LOS SANTOS, Mabel. “*La sentencia anticipada*”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008-1, Sentencia II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DI IORIO, Alfredo. “*Temas de Derecho Procesal*”, 1^{era} Ed., Ciudad: s/d, editorial: Depalma, 1985.

FALCÓN, Enrique. “*Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 1^{era} Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006.

-----“*Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 1^{era} Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006.

1.13.FASSI, Santiago; YAÑEZ, César. “*Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*”, 3^{era} Ed., TOMO II, Buenos Aires, Editorial: ASTREA, 1989.

FERNANDEZ MADRID, Juan. “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, 3^{era} Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2007.

GOZAINI, Osvaldo. “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*”, 2^{da} Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2006, pp. 660-661.

KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”, 1^{er} Ed., Rosario, Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2000.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “*La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización*”, revista: *Aranzadi Social*, TOMO V, 2001, ciudad: s/d, editorial: s/d.

MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto, BERIZONCE, Roberto. “*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. y de la Nación, comentados y anotados*”, 2^{da} Ed., TOMO II-C, Ciudad: s/d, editorial: Editorial Platense, 1988.

PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal*”, 17^{ma}Ed., Ciudad: s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2003,.

PALACIO, Lino. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Edición: s/d, TOMO VIII, Ciudad s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2011.

PEYRANO, Jorge. “*Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes*”, publicado en JA 1995-IV-680.

PINOTTI, Mónica. “*Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*”, 1^{era} Ed., Buenos Aires, editorial: Vera Arevalo – Visión Jurídica Ediciones, 2014.

PODETTI, Ramiro. “*Tratado de Medidas Cautelares*” 2^{da} Ed., TOMO IV, Buenos Aires, editorial: s/d, 1969.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. “*Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, 5^{ta} Ed., Buenos Aires, editorial: Astrea, 2004.

JURISPRUDENCIA

Argentina, CNCiv., Sala C, 27-11-84, D. J. 1985-2-275.

Argentina, CCiv.Lab. de la Provincia del Neuquén, SALA I, sentencia definitiva en autos “Barrionuevo, Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”, Expte. 329711/2005, 11/04/2006.

Argentina, CNTrab., Sala X, sentencia definitiva en autos: “*B.E.A. c/ Formatos eficientes S.A. s/ despido*”, 13/02/07; Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos: “*D.A.B c/ El parlamento S.A. s/ despido*”, 14/05/08; Argentina, CNTrab, Sala VII, sentencia definitiva en autos: “*G.C.A c/ Cinco al día S.R.L y otro s/ despido*”, 28/10/08.

Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “Bernstein, Gustavo c/ Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y otros”, fecha: 29/10/2007; Argentina, CNTrab., Sala II, sentencia definitiva en autos “Simora, Nélica c/ Intervención de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, fecha: 14/03/2008.

Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos “Christensen, Viviana S. c/ Automóvil Club Argentino”, 12/03/2008; Argentina, CNTrab., Sala de feria, en autos “Castia, Ricardo y otros c/ Alto Paraná S.A. s/ amparo sindical”, 31/07/2011.

Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “P. S. L. c/ La Pompeya S.A. s/despido”, 21/09/2011.

LEYES

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 17.454, Sancionada 20/09/1967, Publicada 07/11/1967.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 20.744, “*Ley de Contrato de Trabajo*”, texto ordenado por Decreto 390/1976, 13/05/1976.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 23.592, “*Actos discriminatorios*”, promulgada: 23/08/88.

Argentina, Cámara de Diputados y Senadores, reunidos en Congreso promulgan la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), promulgada: 03/01/1995.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley Nacional N° 24.632, “*Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de BELEM DO PARA.*” promulgada: 01/04/1996.

Argentina, Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, publicada: 12/03/1999.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 25.164, “*Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional*”, promulgada: 06/10/1999.

Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Ley Provincial N° 13.168, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 27/01/2004.

Argentina, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Municipal N° 1.225, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 05/01/2004.

Argentina, Legislatura de la Provincia de Santa Fe, Ley Provincial N° 12.434, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 01/08/2005.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 26.485, “*Protección integral de las mujeres*” promulgada: 01/04/2009.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS.

GARCÍA, Jesús. “*Un juez exonera a una víctima de acoso laboral de ir al trabajo*”, *El País*, Sociedad, Barcelona, 24/10/2012, (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666_947982.html) consultado: 07/07/2014.

CONVENIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES

Francia, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) “*Declaración universal de Derechos Humanos*”, 10/12/48.

Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio fundamental sobre la discriminación (empleo y ocupación)*”, N° 111, entrada en vigor: 15/06/1960.

Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio técnico sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”, N° 158, entrada en vigor: 22/06/1982.

Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 92/131/CEE, “*Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*”, 27/11/1991, publicada: Diario Oficial N° L 049 de 24/02/1992, pp. 1-8, (<http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/RECOMENDACION92131.pdf>), consultado: 08/06/2014.