

## **Equidad de género y contratación pública: las cláusulas sociales**

*Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 451, pág. 51.*

**Agustín R. Moscariello<sup>1</sup>**

**SUMARIO: 1. Introducción - la visión de género 2. La perspectiva constitucional 3. Aspecto "negativo" de la visión de género 4. Las políticas públicas sobre equidad de género en la provincia de Santa Fe, República Argentina 5. Aspecto "positivo" de la perspectiva de género: las contrataciones públicas sustentables 6. La contratación social y la equidad de género 6.1. Inclusión de cláusulas sociales o de género 6.2. El reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional y las contrataciones públicas sustentables 6.3. El caso "Sisnero" 7. Colofón**

### **1. Introducción - la visión de género**

Para comenzar este breve estudio, resulta menester repasar el concepto de equidad de género.

Así, la doctrina ha sostenido que la visión de género busca el desarrollo humano basado en la equidad, "entendida ésta como la distribución justa de recurso y beneficios entre mujeres y hombres que conforman las normas y valores culturales"<sup>2</sup>.

De tal modo, el concepto de "género", utilizado desde 1960, comenzó a tener mayor relevancia desde 1995 en el marco de negociaciones y documentos de la ONU; entendiéndose por tal "el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos"<sup>3</sup>.

Ahora bien, la "equidad de género" tiende, dentro de este contexto, a lograr un reparto justo entre hombres y mujeres, eliminando discriminaciones arbitrarias.

En tal sentido, cabe señalar que la perspectiva género puede ser abordada desde dos visiones distintas, una "negativa", y la otra "positiva"; mientras la primera se ocupa de

---

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral), Profesor de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la Universidad Católica Argentina, Sede Rosario.

<sup>2</sup> CHAVES, Olga; FOX (h), Eduardo, "La necesidad de implementar políticas públicas con una visión de género", LL Suplemento Actualidad, 11/11/2010, pág. 1, AR/DOC/7494/2010.

<sup>3</sup> MEDINA, Graciela, "Ley de protección integral a las mujeres. Objetivo y derechos protegidos", DFyP 2011 (diciembre), 01/12/2011, pág. 3; donde la autora expone los errores más comunes al momento de hablar de género, entre otros: a) identificar la palabra género como sinónimo de mujer; b) entender que la perspectiva de género es la "problemática de la mujer", cuando es de la relación entre mujeres y hombres; c) considerar remover patrones culturales, sin generar transformaciones; d) pensar que la perspectiva de género es "adaptar" a las mujeres al mundo de los hombres.

enfocar los temas relacionados con la violencia de género, la segunda, enfoca el continente de soluciones tendentes a generar mejores condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Antes veamos la dimensión constitucional; luego repasaremos la situación de las políticas públicas en Santa Fe, para finalmente llegar al tema de las contrataciones públicas sustentables, y las cláusulas sociales.

De tal modo, pretendemos con este estudio introducir la perspectiva de género en las contrataciones administrativas, en su especie de "contrataciones públicas sustentables", demostrando que las mismas pueden desarrollar políticas públicas inclusivas.

En cuanto a lo metodológico, como dijimos antes, veremos primero la dimensión constitucional, para luego abordar la visión de género desde una perspectiva "negativa", pasando por la enunciación de políticas públicas de este tipo en la provincia de Santa Fe (República Argentina), para luego ver dentro del aspecto "positivo" de la visión de género a las contrataciones públicas sustentables, y específicamente dentro de ésta última, a la llamada "contratación social" o "cláusulas sociales".

## **2. La perspectiva constitucional**

Desde la visión de la Constitución Nacional esta temática involucra, en primer lugar, al principio de igualdad (art. 16 CN).

Interpretando este principio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la "igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias"<sup>4</sup>.

Al respecto la filosofía tomista aceptaba que entre las hombres existen elementos que los igualan entre sí, y otros, por el contrario que los diferencian. Ello se materializa en los conceptos de "persona" e "individuo": en cuanto persona, somos todos iguales; mientras que como individuos no, ya que la individualidad presupone diferenciación.<sup>5</sup>

Por tanto, la pauta para valorar si se ha violado o no el principio de igualdad (cayendo en discriminaciones arbitrarias) va a estar dada por la razonabilidad u objetividad de las distinciones que se realicen entre las personas.

Y frente a criterios irrazonables o arbitrarios de distinción o discriminación, aparecen (de la mano de la doctrina y jurisprudencia norteamericana) el escrutinio estricto, el escrutinio intermedio o el juicio de razonabilidad.

---

<sup>4</sup> CSJN, *in re* "Guillermo Olivar", Fallos 16:118; "Gómez y Federico" Fallos 312:851 (también publicado en Jurisprudencia Argentina, tomo 1989-IV, pág. 170), considerando 13º.

<sup>5</sup> CASIELLO, Juan, Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1954, Abeledo Perrot, pág. 303-4.

Así, la cláusula de igual protección ante la ley establece básicamente que el Estado debe dar igual trato a personas que se encuentren en situaciones similares. Y para el caso bajo el análisis de la cláusula de igualdad esté en juego un derecho fundamental, el test a llevar a cabo será el escrutinio estricto (la acción estatal deberá ser necesaria, existir un interés estatal urgente "*compelling government purpose*", y la carga de la prueba en cabeza del Estado). Igual test se deberá llevar a cabo ante "*categorías sospechosas*" (tales como la raza o el origen nacional). Frente a categorías "*cuasi sospechosas*" (edad, género) se debe llevar a cabo un escrutinio intermedio (una relación de medios a fines substancial, un interés estatal importante, y la carga de la prueba generalmente en cabeza del Estado). Finalmente, para casos analizados bajo la cláusula de igualdad que no involucren derechos fundamentales, no contengan categorías sospechosas ni causi sospechosas, el test será el de razonabilidad<sup>6</sup>.

Precisamente, en lo vinculado con la discriminación de género, vemos que en el derecho norteamericano la manda de la enmienda 14<sup>o</sup>, que establece que los estados miembros no pueden privar a las personas de "igual protección ante la ley"<sup>7</sup> no era entendida en el siglo XIX como continente de la discriminación por género. Fue con la enmienda 19<sup>o</sup> que cambió la perspectiva de interpretación de la misma<sup>8</sup> (ello en el marco de la llamada "interpretación dinámica")<sup>9</sup>. El primer caso de protección bajo la enmienda 14<sup>o</sup> en materia de sexo fue hecho por la Corte de los Estados Unidos en "Reed v. Reed" (404 US 71, 1971)<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> FINE, Toni M., *An introduction to the Anglo-American Legal System*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 35. Estos tests han sido receptados por la CSJN en autos "Repetto" (08/11/1988), "Calvo y Pessini" (24/02/1998), "Gottschau" (08/08/2006), "Reyes Aguilera" (04/09/2007), "Hoof", y "Mantecon Valdez" (12/08/2008), entre otros. Dejaremos para otra oportunidad un análisis más pormenorizado de los mismos.

<sup>7</sup> "Ningun Estado podrá ..... ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus limites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

<sup>8</sup> TRIBE, Laurence H., *American Constitucional Law*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2000, pág. 68. La enmienda 19na establece: "*1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo*".

<sup>9</sup> Tesis a la que el recientemente fallecido Antonin Scalia tanto se oponía como exponente del "originalismo". Para Lui, Karlan y Schroeder, por su parte, la relectura que ha hecho la Corte Norteamericana de la enmienda 14<sup>o</sup> implica un rechazo expreso del originalismo a favor de enfoques sensibles a cambios sociales e históricos. LIU, Goodwin; KARLAN, Pamela S. y SCHROEDER, Chistopher H., *Keeping fatih with the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010, pág. 54.

<sup>10</sup> Donde ante la muerte de un menor intestado su madre (Sally Reed) se presentó ante los tribunal de testamenterías (generalmente llamados "*Surrogate's Court*") solicitando ser reconocida como administradora de la herencia de su hijo, al tiempo que el padre (Cecil Reed) interpuso otra petición similar. La ley sobre la materia establecía una nómina de administradores, entre los que estaban "el padre o la madre", y en otro artículo (sección) prevía que "entre muchas personas llamadas en concurrencia bajo la sección 15-312 a administrar, los varones serán preferidos a las mujeres". Por ello, la Corte del Estado de Idaho dió la razón al padre. Llevado el caso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta revocó el fallo estadual. Ello por cuanto, sin perjuicio de que la enmienda XIV no deniega a los Estados la facultad de tratar diferentes categorías de personas en diferentes modos, "*sin perjuicio de su sexo, las personas que se encuentran en cualquier de las categorías enumeradas en esa sección, están en pie de igualdad con respecto a los objetivos de la ley. Al preceptuar tratamiento disímil a hombres y mujeres que están en igual situación, la cuestionada sección viola la cláusula de la igual*

Volviendo a nuestro ordenamiento, cabe recordar que en lo relativo a la igualdad, el art. 37 2do párrafo CN prevé la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, el que será garantizado por acciones positivas.

En similar orden de ideas, el art. 14 bis CN en cuanto establece el principio de "igual remuneración por igual tarea". Ello por cuanto la distinción entre hombre y mujer no tendría que influir en la determinación del emolumento.

Finalmente, en la parte orgánica de la Constitución, encontramos otros preceptos pertinentes, tales como el art. 75 inc. 23 de la CN que prevé como competencia del Congreso *"legislar y promover medidas de acción positiva que garantice la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"*. Y el art. 75 inc. 19 CN, la llamada *"nueva cláusula del progreso"*, por la cual se debe proveer lo conducente al desarrollo humano, así como la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna para leyes de organización y de base en materia de educación (inc. 19 3er párrafo).

Todo lo cual se vincula con las acciones positivas y discriminación inversa.

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, podemos mencionar la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, aprobado por ley 23.179, con jerarquía constitucional; y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer ("convención de Belem do Pará), aprobada por ley 24.632.

Lo que nos remite a la dignidad de la persona, valor inherente al ser humano.

También hay muestras en el derecho público provincial. Así, por ejemplo, la dignidad del hombre se encuentra reconocida en la Constitución de Santa Fe (artículos 7 y 15)<sup>11</sup>.

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial argentino de reciente vigencia, el que recepta varios principios constitucionales.

Así, en su el artículo 51 del CCC dispone la inviolabilidad de la persona humana

---

*protección de la ley"*. MILLER, Jonathan N., GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 1576/1579.

<sup>11</sup> Art. 7º, *"El Estado reconoce a la persona humana en su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla"*; mientras que el artículo 15 al tratar sobre la propiedad privada, dispone que *"la iniciativa económica de los individuos es libre. Sin embargo, no puede desarrollarse en pugna con la utilidad social o con mengua de la seguridad, libertad o dignidad humana. En este sentido, la ley puede limitarla, con medidas que encuadren en la potestad del gobierno local"*. De tal modo, en la provincia de Santa Fe, sin perjuicio de la inviolabilidad de la propiedad privada y la libertad de la iniciativa económica de los individuos, ella está limitada por la dignidad humana.

("La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"); al tiempo que el artículo 52 sanciona las afectaciones a dicha dignidad<sup>12</sup>.

### **3. Aspecto "negativo" de la visión de género**

La visión "negativa" comprende, como dijimos antes soluciones a la acuciante problemática de la violencia de género, que atenta, indudablemente contra la igualdad y equidad de género.

Así, la también llamada violencia familiar ha sido abordada desde distintas soluciones legislativas, tanto a nivel nacional como provincial.

La problemática de la violencia intrafamiliar puede comprender tanto a la mujer niña, la mujer adolescente, la mujer adulta, o la mujer adulta mayor, con distintos enfoques interdisciplinarios según el grupo etario.

Respecto de esta última, el maltrato a los adultos mayores ha surgido como problema social hace poco tiempo, pero no implica que no haya existido desde antes, por el contrario, existía y estaba oculto. El maltrato a los mayores fue descrito por primera vez en 1975 por revistas científicas inglesas como "*granny battering*" o "*abuelita golpeada*"<sup>13</sup>.

Respecto a lo estadístico, en la provincia Santa Fe, en 2013 ingresaron en las ciudades de Rosario y Santa Fe más de 14.000 causas por violencia familiar; denuncias que suelen agolparse principalmente los días lunes<sup>14</sup>.

Esta visión "negativa" nos lleva a la temática de las mujeres en su relación con los hombres, y su calificación en tal dialéctica, como "vulnerables" (sin perjuicio de lo cual, algunos grupos feministas recelan de esta calificación apriorística de la mujer como *vulnerable per se*; siendo claro que algunas mujeres integran el colectivo de los vulnerables).

Ahora bien, ¿qué significa ser **vulnerable**? Se trata de "*aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con*

---

<sup>12</sup> "ARTICULO 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".

<sup>13</sup> GOMEZ MAIORANA, Ángeles Mariana, "Grupos vulnerables: los ancianos", LL Suplemento Actualidad, 27/04/2011, 28/04/2011, pág. 1.

<sup>14</sup> Mensaje del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Dr. Roberto Héctor Falistocco, en la apertura oficial del Año Judicial 2015, citado por GALLI FIANI, María Magdalena, "Víctimas de violencia familiar y acceso a la justicia", en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, María del Carmen Mussa y Oscar Davini (Directores), en prensa.

*plenitur ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*<sup>15</sup>.

Al respecto, no podemos dejar de mencionar las "*100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*", a las que ha adherido el poder judicial de la provincia de Santa Fe, como fuente de "*soft law*".

El objetivo buscado al identificar a los vulnerables, es brindarles "igualdad de armas", vale decir que puedan tener ante la justicia las mismas chances o "armas" que tendría una persona que no se encuentra en la situación de vulnerabilidad, garantizando una igualdad real y material en el proceso, y haciendo efectiva la tutela judicial efectiva.

Lamentablemente, de modo general (aunque no exclusivo), la víctima de la violencia de familia, suele ser la mujer. Y para el caso de víctimas mujeres adultas mayores, se podría configurar un caso de llamada "*doble vulnerabilidad*"<sup>16</sup>.

Ahora bien ¿Qué es la **violencia**? La mayoría de la doctrina la ha definido como cualquier relación, proceso o condición por la cual un individuo o un grupo social viola la integridad física, psicológica o social de una persona<sup>17</sup>.

Respecto del origen de la violencia, se han esgrimido distintas teorías.

1) Teoría naturista; esta tesis resalta el carácter inevitable de la violencia, descarta la posibilidad de eliminarla, sólo atina a minimizar sus efectos negativos (mediante castigo, represión, etc). Al identificar causas individuales, busca soluciones individuales.

2) Tesis culturalista; esta teoría habla de violencia como una reacción a determinadas circunstancias, donde los ambientes alimentan el comportamiento violento y los patrones de conductas violentas son social y psicológicamente modificables. Esta tesitura busca soluciones sociales a problemas sociales.

3) Tesis interaccionista; posición que asume que la violencia tiene una base natural, pero adquiere significación y sentido de prácticas sociales de una cultura determinada.

Esta última presupone que la violencia no es ni un comportamiento propiamente natural ni independiente de las circunstancias de una cultura determinada. Sostiene, que estamos en un milenio marcado por la violencia. De tal modo, la violencia es una construcción social e histórica, por tanto, humana. De allí que su definición dependa del momento social e histórico en que se la mire <sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> GALLI FIANT, María Magdalena, "Víctimas de violencia familiar y acceso a la justicia", en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, María del Carmen Mussa y Oscar Davini (Directores), en prensa.

<sup>16</sup> PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, "Violencia de género y ancianidad: doble vulnerabilidad", en en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, María del Carmen Mussa y Oscar Davini (Directores), en prensa.

<sup>17</sup> AAVV, "Análisis de la violencia familiar hacia el adulto mayor", DFyP 2010 (julio), 01/07/2010, pág. 32.

<sup>18</sup> AAVV, "Análisis de la violencia familiar hacia el adulto mayor", DFyP 2010 (julio), 01/07/2010, pág. 32.

Se trata, en definitiva, de la eterna discusión de "crianza" versus "naturaleza", que tanto se ha dado en ámbitos médicos. Así, siendo por tanto un fenómeno en parte "histórico", se encuentra condicionado por el aquí y ahora, de modo tal que lo que antes no se consideraba violento, podría serlo hoy.

Esta ausencia de amenaza, la ausencia de violencia o de amenaza de violencia, es lo que conocemos como el valor de la *seguridad* (en su acepción más tradicional).

Así la seguridad se nos presenta como un valor jurídico al que aspiramos. La ausencia del mismo, es lo que llamamos "inseguridad".

En segundo lugar, encontramos que la "seguridad" es un valor adjetivado. Vale decir, generalmente se habla de distintos tipos de seguridad, a saber: seguridad ciudadana; pública, o personal; seguridad jurídica; ambiental; nacional; internacional; alimentaria; vial; informática.

La violencia puede ser, a su vez, puede ser, tanto: a) macro: cuando el maltrato se da dentro de las instituciones. b) medio: conductas que afectan al vulnerable dentro de la comunidad (conductas antisociales, victimización); o c) Micro: conflictos en los ámbitos domésticos.

Respecto de éste último tipo de violencia, la provincia de Santa Fe sancionó, en 1998, la ley 11.529 de Violencia Familiar, reglamentada recién en 2001 mediante el decreto N° 1745/01, que establece el trámite ante situaciones de violencia familiar.

La violencia intrafamiliar *"se presenta como una realidad compleja, que involucra muy diversas formas y manifestaciones de maltrato, por acción y por omisión"*<sup>19</sup>. Esta problemática ha sido abordada suficientemente por el derecho de familia; al tiempo que las violencias "macro" y "medio" corresponden que sean consideradas dentro del derecho público, administrativo en particular, y las ciencias de la administración.

#### **4. Las políticas públicas sobre equidad de género en la provincia de Santa Fe, República Argentina**

La doctrina ha dicho que el compromiso para garantizar el "derecho humano a la equidad de género" *"debe formar parte no sólo de los debates parlamentarios, sino de la agenda de los restantes poderes"*<sup>20</sup>. De ahí la importancia de la actuación del poder judicial y de la implementación de políticas públicas de equidad de género.

De tal modo, en lo relativo a las políticas públicas inclusivas en la provincia de

---

<sup>19</sup> GALLI FIANT, María Magdalena, "Víctimas de violencia familiar y acceso a la justicia", en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, María del Carmen Mussa y Oscar Davini (Directores), en prensa.

<sup>20</sup> PICÓN, Liliana, "La equidad de género en el ámbito laboral. Libertad de contratación y función jurisdiccional. El caso 'Sisnero' ", LLNOA, 2011 (febrero), pág. 15.

Santa Fe, hemos encontrado diversas herramientas jurídicas a los fines de atacar estos problemas de violencia macro, medio y micro.

En primer lugar, en el ámbito de la constitucionalismo provincial, podemos mencionar el art. 14 de la Constitución Provincial que establece la igualdad en cargos electivos *"pueden, asimismo, tener acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad, según los requisitos que se determinen"*. De igual modo, el artículo 20 de la Constitución de Santa Fe, al reglamentar la protección del trabajo, establece que *"reglamenta las condiciones en que el trabajo se realiza, incluso la jornada legal de trabajo, y otorga una especial protección a la mujer y al menor que trabajan"*.

Como reglamentación de dicha manda, la ley provincial N° 10.802 prevé el "cupos femenino"; ya que toda lista de candidatos que presenten los partidos políticos para elecciones provinciales, municipales, comunales y/o convencionales constituyentes, la tercera parte como mínimo estará compuesta por mujeres en forma intercalada y/o sucesivas. El incumplimiento de la esta norma impide la oficialización de listas por el Tribunal Electoral provincial.

De igual modo, la provincia de Santa Fe ha adherido a la ley nacional n° 26.485 "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales", mediante la sanción de la ley provincial n° 13.438 y su decreto reglamentario 4028/13. La ley nacional, como ha dicho la doctrina, es una norma transversal que atraviesa distintas ramas del derecho.

En lo relativo a la adhesión que ha hecho la provincia de Santa Fe, en el reglamento 4028/13, en la cual ha definido a la "relación desigual de poder" como *"la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de varones y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales"*.

En la definición de políticas públicas el reglamento hace especial hincapié en la protección de mujeres en situación de vulnerabilidad.

En la cuestión de organización administrativa, el mencionado decreto, en la reglamentación del art. 6 inciso f), establece a la Dirección Provincial de Políticas de Género, como órgano que dispondrá la coordinación de las áreas del ámbito provincial y las jurisdicciones locales; al tiempo que la reglamentación del art. 8 establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Desarrollo Social a través de la mencionada



Dirección Provincial. Esta Dirección podrá conformar una "Comisión Interinstitucional" conformada por representantes de todas las áreas del Poder Ejecutivo Provincial, cuya función primordial será la de articular acciones entre la Dirección y los ministerios y secretarías. Establece, asimismo, la creación de un Consejo Consultivo "Provincial para prevenir, asistir y erradicar la Violencia de género", presidido por la Directora Provincial de Políticas de Género. Además, el decreto crea el "Observatorio Provincial de Violencia de Género", destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia de género (art. 12).

Entre las competencias de la Dirección Políticas de Género, podemos mencionar (art. 9): disponer las medidas para la elaboración, implementación y monitoreo del Plan Provincial de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, en el marco del Plan de Igualdad de Oportunidades, realizando para ello un diagnóstico de la violencia de género en la provincia, sistematizando información de la administración, del poder judicial, de la academia, colegios profesionales, ONG's, encuestas. También tiene atribuciones para recabar sugerencias y estrategias para la prevención de la violencia contra las mujeres. Brinda capacitaciones a las fuerzas policiales y de seguridad, colegios profesionales (u monitorear dichas capacitaciones); diseñar una *"Guía de Atención para situaciones de Violencia"*. Articular un sistema de derivación de casos de violencia de género en todo el territorio provincial. Coordinar con el Ministerio de Educación, medidas para incorporar en los programas curriculares la perspectiva de género y contenidos curriculares específicos de sensibilización frente a la violencia de género y de fomento de la igualdad real de varones y mujeres.

El referido reglamento contiene disposiciones de procedimiento administrativo (art. 17), previendo que la Dirección diseñará el procedimiento, opcional para la mujer (pudiendo recurrir directamente a la vía judicial) en miras a garantizar una respuesta integral y efectiva a la mujer víctima de violencia, conforme a las mejores prácticas en atención de violencia.

La ley orgánica de Ministerios, nº 13.509 de fecha 26 de noviembre de 2015, prevé por su parte, en el art. 26 inciso 6º, como atribución del Ministerio Desarrollo Social: *"Entender políticas con perspectiva de género que contribuyan a la equidad y a la superación de las diversas formas de discriminación y violencia contra las mujeres, promoviendo el desarrollo de las condiciones sociales adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todas las mujeres"*;

La perspectiva de género se encuentra presente también en "Programa Vínculos para la Prevención Social de la Violencia y el Delito en Gobiernos Locales", creado por

decreto N° 1.199 de fecha 20 de mayo de 2013; así como el "Plan de Igualdad de Oportunidades y Derechos" creado por el Ministerio de Desarrollo Social en el año 2012 a través de su Dirección de Políticas de Género<sup>21</sup>, y la creación de la "Red de Casas de Amparo para víctimas de violencia de género.

En el ámbito del derecho público, encontramos una mención a la perspectiva de género en el voto del Dr. Federico Lisa en autos "Pacheco, Magdalena Beatriz c/ Municipalidad de San Justo s/RCA"<sup>22</sup> de la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Santa Fe. Caso en el que la actora, ante el fallecimiento de su padre, solicita el ingreso a planta permanente en la Municipalidad demandada, conforme lo dispuesto en el art. 130 del anexo I de la ley 9286 (en lo que configura un modo peculiar de acceso a la función pública, que luego fue declarado inconstitucional por la Corte provincial y la misma Cámara<sup>23</sup>).

En el caso, ante la negativa del Estado local a permitir su ingreso por carencia de "aptitud psicofísica" (argumentando, además, la cuestión de sexo), sin perjuicio de lo cual, el recurso fue declarado procedente.

En lo relativo a la perspectiva de género, el voto del Dr. Lisa llama la atención a la existencia de funciones dentro del cargo presupuestario del agente difunto que podían ser desempeñadas por personal femenino, ya que *"una interpretación apegada a la naturaleza de las funciones que ejercía específica y concretamente el agente fallecido... podría significar una discriminación vedada por las normas generales del ordenamiento fundamental"*.

## **5. Aspecto "positivo" de la perspectiva de género: las contrataciones públicas sustentables**

Como aspectos "positivos" de la perspectiva de género, vamos a mencionar acciones que operan en pos de lograr la equidad en la relación entre mujeres y hombres.

Y en tal sentido, como manifestación expresa y muestra de instrumentalización de las acciones positivas, vamos a analizar a las "contrataciones públicas sustentables", tema de que un tiempo a esta parte ha ocupado la atención de autorizada doctrina.

Así, la profesora Miriam Ivanega, las ha caracterizado como una forma de

---

<sup>21</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, "Plan de Igualdad de Oportunidades y Derechos", pág. 9, Santa Fe, 2013.

<sup>22</sup> De fecha 16.03.2004, AyS tomo 2, pág. 443 del Tribunal.

<sup>23</sup> En Autos "Keaodeelert" (La Ley Litoral 2005, pág. 399), criterio que luego fue reiterado por el Alto Tribunal provincial en "Navarrete Filomena c/ Comuna de Bernabé Molina", de fecha 08/06/2005, LexisNexis On line: 35025713. La CCA n° 1 de Santa Fe, por su parte, declaró la inconstitucionalidad de la norma en el caso "Vargas" del 25/03/2010, LexisNexis On line 70062106 y "Piriz, Hernán Oscar c/ Municipalidad de Coronda" del 18/08/2005 (A. y S. CCA 1 tomo 2, pág. 431).

contratación donde se incorporan pautas y reglas ambientales, económicas y sociales; logrando de tal modo, cumplir con los fines propios del objeto contractual, al tiempo que se suman beneficios para el organismo, la sociedad y los ámbitos involucrados<sup>24</sup>.

Con este género de contrataciones se pone de relieve que ella puede ser empleada para instrumentar distintas políticas públicas<sup>25</sup>. Al respecto, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sostiene que *"la contratación pública como política pública contribuye, debe contribuir, a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humano brille su presencia"*<sup>26</sup>.

Por ello, según algunos autores, la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas<sup>27</sup>. Máxime si se tiene en cuenta que el gasto público<sup>28</sup> ha ido en aumento en la Argentina desde año 2002 al 2014, elevándose desde el 20,46% al 38,15%<sup>29</sup>.

Así, se reconoce al Estado como un *"agente económico de primer orden"*, resaltando la importancia del presupuesto público que se aplica a las contrataciones administrativas<sup>30</sup>.

Las contrataciones públicas sustentables aparecen en el derecho argentino con la sanción del reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional, por decreto n° 893/12, específicamente en los artículos 194 a 199 de su anexo. Existiendo además, en la normativa del régimen de compras y contrataciones de la Administración pública provincial de Córdoba N° 10.155, que prevé esta figura en su art. 5°<sup>31</sup>, así como en distintas normas del derecho público provincial<sup>31</sup>. También la Ciudad Autónoma de Buenos

---

<sup>24</sup> IVANEGA, Miriam M., "Reglamento de contratos administrativos. Alcance de la potestad modificatoria", La Ley diario del 14/08/2013, pág. 1.

<sup>25</sup> Ver IVANEGA, Miriam M., "Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos", en Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 81 y sigs. De igual modo, GELLI, María Angélica, "Contratos administrativos y principios constitucionales", La Ley, AR/DOC/1544/2014.

<sup>26</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, "La contratación del sector público como política pública", en AAVV Tendencias actuales en contratación pública, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Director), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pág. 100.

<sup>27</sup> JIMENEZ, Pilar Batet, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", recuperado en la página web <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4681-las-clausulas-sociales-en-la-contratacion-publica-/>, en fecha 27.02.2016.

<sup>28</sup> Entendiéndose por tal, el gasto total que realiza el sector público de un país a lo largo de un año, que se lleva a cabo para adquirir bienes y servicios y la prestación de subsidios y transferencias, con el objetivo de satisfacer las necesidades de sus habitantes, el consumo público y contribuir a la redistribución de la riqueza.

<sup>29</sup> INDEC, BCRA.

<sup>30</sup> LATORRE BOZA, Derik, "Aplicación de criterios sociales como elemento de la contratación pública sostenible", Contratación administrativa práctica, N° 106, marzo 2011.

<sup>31</sup> Ver al respecto, MOSCARIELLO, Agustín R., "La contratación pública sustentable", en Revista de Derecho Administrativo N° 99, mayo/junio 2015, Abeledo Perrot, pág. 813.

Aires cuenta con un "Manual para incorporar criterios de sustentabilidad en las compras".

De tal modo, las contrataciones públicas sustentables se presentan como un género que incluye tres sub-especies: a) la contratación verde o ecológica; b) la contratación ética; y c) la contratación social.

a) La contratación pública verde ha sido definida como *"el proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercaderías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercaderías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar"*<sup>32</sup>.

b) la contratación ética tiene en cuenta el cumplimiento de condiciones laborales dignas, la lucha contra el trabajo infantil a lo largo de toda la cadena de suministros, así como también el apoyo expreso a iniciativas y productos de "comercio justo"<sup>33</sup>.

c) y finalmente, la contratación social persigue la mejora de la calidad del empleo, la contratación de personas con capacidades diferentes y la visión de género<sup>34</sup>.

Centraremos nuestra atención en la "contratación social", y en particular, dada la temática de esta publicación especial, en la perspectiva de género dentro de la misma.

## **6. La contratación social y la equidad de género**

La contratación pública social, puede hacer mucho en favor de la equidad de género, favoreciendo el empleo de más mujeres y mejorando su calidad; en el marco de concebir a los contratos administrativos como una técnica más de intervención del Estado en la economía, y poniendo el poder de compra del mismo al servicio de fines de interés general y social.

Ello además si se tiene en cuenta que, generalmente, el gasto en compra de suministros, servicios y obras públicas, supera con creces cualquier presupuesto de políticas sociales. De tal modo, se busca con esta institución lograr una sinergia entre políticas públicas inclusivas de género y las contrataciones administrativas.

En la normativa comunitaria europea la Directiva de Contratación Pública 2014/14/EU señala en su considerando 4º sostiene que *"la contratación pública*

<sup>32</sup> PERNAS GARCÍA, J. José, Contratación pública verde, La Ley, Madrid, 2011, pág. 28.

<sup>33</sup> Un ejemplo de contratación social está presente el art. 36 de la ley nacional de obras públicas nº 13.064, que establece: *"El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran. Sin perjuicio de lo establecido en artículo 39, toda infracción al cumplimiento de estas obligaciones podrá considerarse negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato por culpa del contratista y en todos los casos impedirá el trámite y el pago de los certificados de obras"*.

<sup>34</sup> Más allá de la caracterización que ha hecho la doctrina, lo cierto es que, en la realidad, la contratación ética y la social aparecen, muchas veces, como difíciles de distinguir en la realidad.

*desempeña un papel clave en la Estrategia Europea 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*<sup>35</sup>.

Las cláusulas sociales en la contratación pública consiste en que los poderes públicos incorporen a los procedimientos contractuales objetivos de política social en sentido amplio<sup>36</sup>. E implican, de algún modo, la traslación al ámbito público de la *responsabilidad social de la empresa*, que consiste en la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y relaciones con sus interlocutores<sup>37</sup>.

Al respecto, hay quienes consideran que con la inclusión de estos elementos en el contrato, el resultado termina siendo un encarecimiento de las contrataciones estatales (situación similar a la que sucede, a veces, con el "compre nacional"). Al tiempo que otros autores consideran que ello reporta beneficios para el Estado, al reducir el gasto público y aumentar los ingresos<sup>38</sup>.

Estas "cláusulas sociales" en las contrataciones públicas, que en su vertiente de perspectiva o equidad de género podríamos llamar "cláusulas de género".

### **6.1. Inclusión de cláusulas sociales o de género**

Ahora bien, ¿en qué fases del procedimiento precontractual y contractual se podrían incluir estas "cláusulas sociales" o "cláusulas de género"?

Estas cláusulas podrían ser incluidas:

a) fases iniciales del iter contractual: en la confección de los pliegos particulares, en la definición del objeto del contrato (siempre directamente vinculados al objeto del contrato, respetando el principio de proporcionalidad y no discriminación).

Por ejemplo, podrían incluirse cláusulas sociales en la acreditación de solvencia técnica. Obviamente, la solvencia exigida de naturaleza social debe ser proporcional al

---

<sup>35</sup> LESMES ZABALEGUI, Santiago y ÁLVAREZ DE EULATE BADA, Leire, "Guía de contratación pública socialmente responsable", REAS Euskadi, Bilbao, pág.5.

<sup>36</sup> BALLINA DÍAZ, Diego, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Nº 3, Sección Colaboraciones, La Ley, quincena del 15 al 27 Feb. 2011, Ref. 296/2011, tomo 1, pág. 296.

<sup>37</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, "Las cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE", Contratación administrativa práctica, Nº 113, Noviembre 2011.

<sup>38</sup> MEDINA JURADO, Purificación, "Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas", Revista Cemci, Número 7, Mar-Jun 2010.

contenido del contrato<sup>39</sup>. O, como ha dicho la doctrina española, incluyendo en los pliegos cláusulas de contratación con la Administración pública criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursan<sup>40</sup>.

Además, desde el inicio del *iter contractual*, la propia definición del contrato puede determinar una importante función social<sup>41</sup>.

b) En la presentación de ofertas, dando la posibilidad a quienes estén en cumplimiento de estas cláusulas a cotizar de modo distinto al resto de los oferentes (tal como sucede con la contratación sustentable en el decreto 893/12, a nivel federal argentino).

c) Como medida más extrema, se podría excluir al oferente o interesado que haya sido sancionado o condenado con sentencia firme por infracciones o delitos de discriminación contra el colectivo de las mujeres, o por sanción administrativa firme.

d) Estableciendo cuotas o reservas de mercado a favor de empresas, cooperativas, ONG's o personas que estén en cumplimiento de estas cláusulas o que tenga cierta "certificación social". Evidentemente, estas reservas de mercado, deberán estar fundadas en ley.

e) Como criterio Adjudicación: dando más puntos al contratista que respete los aspectos sociales; permitiendo un desempate, u otorgando la posibilidad de mejorar la oferta a quien esté en cumplimiento de las cláusulas.

Obviamente, la inclusión de cláusulas sociales como condición de adjudicación tendrá que respetar el principio de publicidad (dichos criterios deberán estar incluidos en los pliegos e informados en el llamado a licitación) y que no resulten discriminatorios<sup>42</sup>. Además, de ello, nuevamente, la exigencia social debe estar razonablemente vinculada con el objeto del contrato.

f) En la etapa de ejecución del contrato: estableciendo sanciones contractuales a quienes no cumplan con las cláusulas sociales.

En tal sentido, la doctrina española tiene dicho que no son admisibles las

---

<sup>39</sup> BALLINA DÍAZ, Diego, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, N° 3, Sección Colaboraciones, La Ley, quincena del 15 al 27 Feb. 2011, Ref. 296/2011, tomo 1, pág. 296. En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos.

<sup>40</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa, "La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público", Actualidad jurídica Aranzadi, Nro 794/2010, parte Comentario, BIB 2010/254.

<sup>41</sup> BALLINA DÍAZ, Diego, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, N° 3, Sección Colaboraciones, La Ley, quincena del 15 al 27 Feb. 2011, Ref. 296/2011, tomo 1, pág. 296.

<sup>42</sup> GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, "Las cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE", Contratación administrativa práctica, N° 113, Noviembre 2011.

condiciones de ejecución que impongan obligaciones generales en el funcionamiento empresarial del adjudicatario; por ejemplo, se podría exigir al contratista que el 50% de los trabajadores que van a emplearse en la ejecución de un contrato sean mujeres, pero no sería viable exigirle al mismo contratista que el 50% del total de sus empleados sean mujeres, pues ello sería contrario a la libertad de empresa<sup>43</sup>.

Todo ello, obviamente, con máximo respecto a los principios que rigen la licitación pública y que se extienden al resto de contrataciones: publicidad, concurrencia, igualdad. Así como la razonabilidad, la igualdad y el principio de no discriminación.

Respecto del principio de igualdad, y conectando con dicho más arriba al respecto, resulta conveniente recordar que la doctrina ha aceptado algunos criterios de preferencias en las contrataciones públicas, en cuanto sean establecidas por una ley, sean generales, de tipo impersonales y obedezcan a motivos razonables<sup>44</sup>; o al decir de Julio Rodolfo Comadira, "la igualdad correctamente interpretada, no obsta para que, ..., se puedan consagrar categorías objetivas de preferencia razonablemente fundadas"<sup>45</sup>.

Una herramienta válida y eficaz para la consagración de las contrataciones sociales está dado por las certificaciones o "etiquetas sociales"<sup>46</sup>. Vale decir, certificaciones de calidad públicas o privadas, nacionales o internacionales que acrediten el cumplimiento de los fines sociales (equidad de género, respeto del cupo de personas con discapacidad, cumplimiento de estándares de calidad de empleo, cumplimiento de la normativa laboral y previsional).

La doctrina ha clasificado a las "cláusulas sociales" según su fuente en: a) legales, b) reglamentarias, c) o que surjan de actos administrativos de alcance general no normativo. Claro está que según el grado de intervención que la cláusula produzca en el mercado será más o menos necesario el dictado de una ley (o al menos una habilitación legal por amplia que sea).

Ahora bien, dejamos planteado el interrogante de ¿si la Administración puede imponer a sus concesionarios (de servicios públicos, de obras, etc.) el cumplimiento de estas cláusulas sociales en sus relaciones de derecho privado con terceras personas (contratistas, etc.)? ¿ello atenta contra la libertad de ejercer industria lícita? Veremos más

<sup>43</sup> JIMENEZ, Pilar Batet, "Las cláusulas sociales en la contratación pública", recuperado en la página web <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4681-las-clausulas-sociales-en-la-contratacion-publica-/>, en fecha 27.02.2016.

<sup>44</sup> MAIRAL, Héctor A., La Licitación pública, protección jurídica de los oferentes, Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. 20.

<sup>45</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, La licitación pública, (nociones, principios, cuestiones), Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 48.

<sup>46</sup> TORRES, Hugo I., "Sustentabilidad social del trabajo agrario a través de la contratación pública", Octubre de 2013, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), ID infojus: DACF130324. De tal modo, la Administración estaría logrando un doble control: uno tradicional o directo, por la vía de la fiscalización e inspección, de naturaleza represiva, y otra con carácter de estímulo.

abajo lo que ha resuelto la Corte Suprema de Justicia Nacional.

## **6.2. El reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional y las contrataciones públicas sustentables**

Como habíamos dicho más arriba, el decreto 893/12 (reglamentario del decreto delegado 1023/01) incorpora criterios sobre el tema que nos ocupa.

Así, concibe a los "*mecanismos de sustentabilidad*" como el conjunto de técnicas tendentes a promover la adecuada y efectiva instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas<sup>47</sup>. Y define, además, a los "*criterios de sustentabilidad*" como aquellos que deberán "garantizar el mejor impacto ambiental, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral vigente, en especial en lo que se relaciona con condiciones dignas e equitativas de trabajo y ausencia de trabajo infantil"<sup>48</sup>.

El art. 197 del anexo establece la ventaja que gozarán los oferentes que cumplan con los criterios de sustentabilidad, ellos podrán presentar ofertas por parte del región en el porcentaje que se fije en el pliego particular de que se trate, que no podrá ser inferior al 20% del total del renglón. Y si el pliego no establece el porcentaje, se entiende que podrá cotizar el 20% del total del renglón.

## **6.3. El caso "Sisnero"**

En el plano jurisprudencial, presentaremos como muestra de lo expuesto lo resuelto en el caso "Sisnero" de la CSJN.

El mismo tiene su génesis en una acción de amparo colectivo (y acción individual individual conjunta) contra empresas de transporte público de pasajeros, por considerar que la no contratación de mujeres en carácter de choferes de colectivos implicaba una discriminación de género; al mismo tiempo, que una de las actoras buscaba como pretensión individual quien solicitaba ser chofer de colectivos.

Vale decir, se trata de buscar la inclusión de cláusulas de equidad de género por la vía pretoriana, en el marco de la prestación de servicios públicos, identificando y denunciando -al mismo tiempo- una situación de discriminación de género por parte de las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta.

La acción colectiva fue admitida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y

---

<sup>47</sup> Art. 194 anexo decreto 893/12.

<sup>48</sup> Art. 195 anexo decreto 893/12.



Comercial de Salta, Sala V <sup>49</sup>. Para luego ser revocado el fallo por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta<sup>50</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando procedente el recurso extraordinario federal, dejó sin efecto la sentencia impugnada y mandó a dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto por la CSJN<sup>51</sup>.

El quid del caso según la Corte Federal consistió en determinar si las empresas de transporte público de pasajeros de Salta incurrieron en discriminación contra las mujeres, en general, y en particular contra la actora, vulnerando sus derechos constitucionales.

La CSJN consideró que se encontraba probada de modo indirecto (pues la discriminación suele ser solapada y de difícil prueba).

El Alto Tribunal Federal entendió que *"la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (ídem "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315)"*<sup>52</sup>.

De tal modo, el Tribunal Cimero pone de relieve que el cumplimiento efectivo de los derechos humanos se puede exigir tanto frente al Estado, como ante particulares, en este caso un concesionario de un servicio público de la ciudad de Salta.

Asimismo, la CSJN dispuso que los principios de igualdad y prohibición de discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional e internacional<sup>53</sup>.

Respecto de la prueba, la Corte entendió que la sentencia de la Corte Provincial había admitido la *"presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad"*, lo que había quedado en evidencia con la falta de mujeres en la conducción de colectivos de pasajeros. De tal modo, *"la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable"*, por lo que su prueba resulta compleja.

Por ello, el Alto Tribunal Federal consideró aplicable la inversión de la carga probatoria (siguiendo a la Corte Norteamericana en esto en "Mc Donnell Douglas Corp vs.

<sup>49</sup> In re "Sisnero, Mirta Graciela y ots. c/ Tadelva SRL" de fecha 18/11/2009, publicado LLNOA 2010 (febrero), pág. 68. La Cámara hizo lugar a la acción, mandando contratar mujeres hasta alcanzar el 30% de la plantilla de choferes (tomando el criterio de ley de cupo femenino provincial).

<sup>50</sup> Fallo de fecha 08/06/2010, publicado LLNOA 2010 (julio), pág. 560; LLNOA 2011 (febrero), pág. 15.

<sup>51</sup> Fallo del 20 de mayo de 2014.

<sup>52</sup> Asimismo, *"nada hya en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad"* (Considerando 3º).

<sup>53</sup> Considerando 2º.

Green"), ya que *"si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que se puede presumir su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia"*<sup>54</sup>.

Siguiendo el razonamiento, la CSJN entendió acreditados diversos hechos conducentes y suficientes para configurar *prima facie* una situación discriminatoria; no siendo suficientes las *"dogmáticas explicaciones esbozadas por la empresa"* para *"destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contras las mujeres en general"*<sup>55</sup> y contra la actora en particular.

Finalmente, la Corte Provincial de Salta dictó nuevo pronunciamiento conforme las pautas del fallo del Alto Tribunal Federal<sup>56</sup>, ordenando el cese inmediato de la discriminación en razón de género y la efectivización de ciertas medidas de acción positiva<sup>57</sup>.

Se trató, en definitiva, además de un supuesto de discriminación de género, de un caso de creación pretoriana de cláusulas sociales en el marco del contrato de concesión de servicios públicos, donde la Cámara Civil y Comercial de Salta, Sala V, al no tener parámetro extendió jurisprudencialmente del 30% de los cargos públicos electivos.

Sin lugar a duda, este tipo de actos discriminatorios resulta vejatorio de la dignidad de la persona; dignidad que históricamente ha sido entendida como fuente de los derechos humanos, y más modernamente, algunos autores, lo entienden como un derecho en sí.

En cuanto a la discriminación, y en particular, la discriminación de género, la doctrina tiene dicho que para luchar contra la misma, hay que luchar contra enraizados patrones de comportamiento social, y tal tipo de prácticas es llevada a cabo por *" 'quiere' sino que además tiene que 'poder' hacerlo"*<sup>58</sup>, desconociendo la dignidad del "otro".

En el caso de la discriminación por género contra las mujeres, se da la paradoja que el sujeto pasivo de dicha discriminación no es una minoría en términos de población

---

<sup>54</sup> Considerando 5.

<sup>55</sup> Considerando 6º.

<sup>56</sup> La Ley 2015-D, pág. 324.

<sup>57</sup> Medidas que el tribunal salteño califica como *"programa provisorio que no sustituye la actividad que corresponde a otros estamentos del gobierno y que regirá hasta que sean reemplazadas por otras legales, reglamentarias o convencionales"*, a saber: a) la presentación, por parte de las empresas de transporte público de pasajeros mediante nota conjunta de un listado especificatorio de los requisitos técnicos, psicofísicos y de pruebas de conducción que exigen para sus postulantes, conforme a pautas que garanticen la igualdad de oportunidades de empleo y un único criterio de selección, excluyente de toda forma de discriminación; b) inscripción de las solicitudes de la mujeres en un registro que llevará la autoridad regulatoria del transporte (AMT, Autoridad Metropolitana de Transporte), listado donde aparecerá primero la actora Sisnero; c) la puesta en vigencia de un programa de capacitación y sensibilización en la temática de género.

<sup>58</sup> DOBARRO, Viviana Mariel y DEL MAZO, Carlos Gabriel, "Derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género en el acceso al empleo. El caso 'Sisnero' ", DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, pág. 199.

general, ya que las mujeres son mayoría en nuestro país, aunque sí, muchas veces son minoría en ciertos ámbitos laborales<sup>59</sup>.

## **7. Colofón**

Hemos visto lo que llamamos arbitrariamente las vertientes "negativas" y "positiva" de la perspectiva de género en el ámbito del derecho público, con cierta referencia al caso de las políticas públicas de equidad de género en la provincia de Santa Fe, República Argentina.

Comprobamos que tanto la doctrina como el legislador internacional han ideado herramientas jurídicas tendientes a lograr brindar "igualdad de armas" y tutela judicial y administrativa efectiva a las mujeres víctimas de violencia, y al colectivo de los "vulnerables". Sobre el particular, resulta fundamental el papel de la Administración, en su actividad cotidiana y continua cerca al ciudadano, como gestor objetivo de los intereses generales en la lucha por la equidad de género.

En tal sentido, argumentamos que las contrataciones públicas, dada su alta participación en el gasto público argentino, pueden utilizarse como medio para el desarrollo y gestión de políticas públicas inclusivas, mediante la implementación de las contrataciones sustentables y, en particular, las "cláusulas sociales".

Con estas contrataciones sociales, la actividad administrativa se pondría a la cabeza de las acciones en favor de la igualdad, dando a los particulares el ejemplo y fijando un norte a ser seguido por el resto de la comunidad.

Mucho queda por hacer en este sentido.

Por otro lado, vimos en el aspecto procesal que ante la dificultad probatoria de los actos de discriminación, la CSJN tiene sentado el criterio de inversión de la carga de la prueba ante indicios o hechos conducentes y suficientes que permitan presumir la existencia de una discriminación perversa. En tales casos, será el demandado el encargado de destruir la presunción de la existencia de hechos discriminatorios.

Finalmente, dejamos planteados los interrogantes de si se podría extender jurisprudencialmente o legalmente las normas de cupo femenino a las contrataciones administrativas (en particular en el ámbito del derecho público provincial); y de si el incumplimiento de las llamadas "cláusulas sociales" podrían llegar a tener tal entidad para frustrar la finalidad del contrato público<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> De todos modos, han existido en la historia de la humanidad muchos casos de gravísimas discriminaciones hacia sectores mayoritarios de la población, tal como el régimen de Apartheid en Sudáfrica.

<sup>60</sup> Sobre la frustración del fin del contrato administrativo, ver BONATO, Mauro R. y RASCHETTI, Franco, "La frustración del fin en los contratos administrativos", RAP Nro. 447, pág. 23.

