



ABOGACIA

Seminario Final

La mujer embarazada como objeto de protección jurídica: una mirada de la perspectiva de género

Modelo de caso– Cuestiones de género

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, (06/08/2020). “Servicios Río Colorado S.A. En J: 156437 'N. O. G. E. C/ Servicios Río Colorado S.A. S/ Despido' S/ Recurso Extraordinario Provincial”

Alumno: Barkudi María Natalia

DNI: 24.176.838

Legajo: VABG82186

Entregable: IV

Tutora: Ab. Vanesa Descalzo

Año: 2.021

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi*. IV. Antecedentes. a) Juzgar con perspectiva de género. b) El trabajo vinculado a la perspectiva de género. c) Jurisprudencia comparada. d) Postura de la autora. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción

Las cuestiones de género en estos últimos años han aportado al sistema judicial una nueva óptica empeñada en eliminar las desigualdades que caracterizan los vínculos entre hombres y mujeres. En razón de ello, la importancia del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en “N. O. G. E. C/ Servicios Río Colorado S.A. S/ Despido S/ Recurso Extraordinario Provincial” (06/08/2020) surge de que en el mismo los ministros de justicia utilizaron la perspectiva de género (prevista en la ley 26.485, 2009) como fundamento para refutar doblemente la correspondencia en la concesión de la indemnización por despido por maternidad.

Esta alusión a un doble fundamento se vinculó con una novedosa tarea jurídica que favoreció a la procedencia de la indemnización por maternidad (art. 178 LCT) sin mediar notificación fehaciente del estado de gravidez de la trabajadora. Los argumentos centrales admitieron que si bien no mediaba notificación fehaciente de tal estado, correspondía dar al caso una mirada de perspectiva de género como paradigma vigente de estos días, y en su razón sopesar en favor de la vulnerabilidad de la parte más débil (la trabajadora embarazada) por encima de las clásicas estructuras legales, dotándose así a este resolutorio de una jerarquía y razonabilidad acorde a los objetivos de la ley 26.485.

La situación fáctica que se pretende analizar nos conduce a la comprensión de que esta causa se encuentra afectada por una problemática de relevancia (Alchourrón & Bulygin, 2012) que busca determinar la pertinencia en la aplicabilidad de determinadas normas a un caso. Ciertamente, ello reviste una complejidad manifiesta, toda vez que la justicia se enfrenta a un caso difícil que escapa al común denominador de causas laborales.

Puesto a resolver, este problema se hace visible en la inclusión de una mirada de género a los hechos discutidos. El juez como pieza trascendental, se enfrentará a la complejidad de determinar si las particularidades de este caso ameritan la aplicabilidad de la ley 26.485 a lo resuelto. De ser así, esta nueva lente cambiaría el curso normal y ordinario de las cosas, pasando de un simple despido, a un despido encuadrado como caso

de violencia de género, en cual si bien no media la existencia de notificación fehaciente como la norma demanda (art. 178 LCT), inclina la balanza en favor de la parte actora y la favorece con la debida indemnización.

II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal

La premisa fáctica de esta causa se funda en que la señora “N” demandó a Servicios Río Colorado S.A con el fin de que esta última le abonara las sumas que le correspondían en concepto de indemnización luego de haber sido despedida incausadamente. Lo discutido del caso fue que la actora al momento de ser desvinculada de la firma se encontraba en estado de gravidez, considerando tal hecho el motivo del cese de la relación laboral.

Puntualmente la actora argumentaría que teniendo escasos tres meses de antigüedad en su empleo, y luego de transcurridos pocos días de haber dado a conocer su estado de embarazo en una cena laboral (de modo oral y no escrito), había recibido un acta notarial donde constaba su despido. Sin embargo, y ante la supuesta falta de liquidación de determinados rubros indemnizatorios, la misma daría inicio a acciones legales tendientes a su cobro.

La demandada por su parte argumentaría no haber sido puesta fehacientemente en conocimiento considerando desajustado a derecho el monto indemnizatorio pretendido fundando su postura en que la ex dependiente se hallaba en período de prueba al momento de ser desvinculada. Tras lo así manifestado la Cámara Cuarta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial resolvió parcialmente en favor de la demanda.

Lo dispuesto fue condenar a Servicios Río Colorado S.A. a abonar a la actora una suma dineraria concepto de sueldo anual complementario, antigüedad, preaviso, integración de mes de despido e indemnización conforme al art. 178 LCT. Este decisorio contó como fundamento que el despido se había producido dentro del plazo de siete meses y medio anteriores a la fecha de parto (art. 178 LCT).

Contra lo resuelto, la demandada interpuso recurso extraordinario provincial, mostrando sentirse agraviada porque la justicia había desatendido al hecho de que no se habían cumplido los requisitos mandados por el art. 178 LCT. Puntualmente la empleadora la falta de puesta en conocimiento fehaciente del estado de gravidez de la dependiente.

Con votación unánime, la Cámara resolvió rechazar el recurso extraordinario tentado por Servicios Río Colorado S.A. y confirmar la decisión del Tribunal de mérito. Fdo: Dr. José V. Valerio, Dr. Mario Daniel Adaro, y Dr. Omar Alejandro Palermo.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

En primer lugar, los ministros advirtieron que el art. 178 LCT disponía que salvo prueba en contrario, el despido de la mujer trabajadora obedecía a razones de maternidad o embarazo cuando fuera dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y ½) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto. Su aplicabilidad sería viable siempre y cuando la mujer hubiera cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo o nacimiento del niño.

Sin embargo, si bien era certero que no había mediado notificación fehaciente por parte de la actora, lo cierto era que la firma se encontraba anoticiada de su estado y que no se estaba haciendo cargo de ello. Lo razonado conduciría a determinar que se encontraban cumplidos los requisitos que determinaban la procedencia de la indemnización en los que mediaba el embarazo como disparador.

Desde otro ángulo de las cosas, los magistrados expusieron además que al encontrarse en su plena vigencia una serie de instrumentos internacionales (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ‘Belem Do Pará’, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ‘CEDAW’) esta causa debía ser juzgada desde el razonamiento de que era necesario proteger a la mujer contra la violencia ejercida en contra de la misma. Es por ello que los hechos debían ser juzgados también desde el enfoque de la Ley N° 26.485 destinada a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Todo ello además encontraba fundamento en la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto predicaba la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública en cumplimiento del objetivo señalado. Finalmente se estuvo en condiciones de afirmar que la interpretación y aplicación de la norma cuestionada (art. 178 de la ley de contrato de trabajo) resulta ajustada a derecho y que el quejoso no había aportado elemento alguno para desvirtuar los motivos de la resolución atacada, concluyendo en la viabilidad de la indemnización agravada en protección del embarazo y la maternidad (art. 178 LCT).

IV. Antecedentes

a) Juzgar con perspectiva de género

Es importante comenzar por indagar el concepto de género. El mismo refiere a la construcción social de lo femenino y lo masculino en razón de las diferencias biológicas entre ambos sexos y alude, de manera más amplia, a la existencia de un sistema de relaciones de género; esto implica la existencia de orden institucional, basado en un conjunto de normas y convenciones que condicionan a la mujer en su acceso a diversas oportunidades y limitan el abanico de elecciones a su alcance (Montalvo Romero, 2020).

En este sentido, el género constituye un estratificador social similar a la raza, la etnia, o la orientación sexual. De tal suerte las diferencias biológicas entre varón y mujer se traducen y asimilan en diferencias también en términos de:

- a) igualdad ante la ley;
- b) igualdad de oportunidades;
- c) e igualdad de participación (Antón Gracia, 2010).

El Estado Argentino ha ratificado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, en razón de ello, entre los deberes del Estado figura, actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer (art. 7). La obligación de los Estados no se limita a reaccionar ante eventuales actos de violencia contra la mujer, sino que también abarca el descubrimiento de las pautas de desigualdad que pueden desembocar en actos de violencia y la adopción de medidas para corregirlas (Ricciardi, 2010)

En cuanto al concepto de género, hay que tener en cuenta que el mismo refiere al:

(...) conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente. (Medina, 2015, pág. 5)

Aplicar este enfoque posee una importancia de tal relevancia que incluso la doctrina se manifiesta en su favor argumentando:

La perspectiva de género en la ciencia nos ayuda no solo a transformar las inequidades en el acceso, el reconocimiento, el crecimiento y la remuneración del trabajo que las mujeres desarrollamos en este ámbito, sino a conocer mejor nuestras sociedades. Este enfoque introduce

diversidad y pluralidad en la construcción de los problemas de investigación y, en consecuencia, en la obtención de los resultados que derivan, muchas veces, en propuestas de extensión, vinculación o transferencia en nuestras comunidades. (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina - CONICET, 2021, p. 2)

Aun así, hay que prestar particular atención a lo afirmado por Ronconi & Vita (2013), quienes explican que no alcanza con divulgar o impartir talleres de violencia de género, si luego se dicta otro sobre derecho laboral en donde se trabaja desde una perspectiva contraria o se ignora la cuestión

b) El trabajo vinculado a la perspectiva de género

Los derechos humanos laborales aplican a todo lo relacionado con hombres y mujeres dependientes del trabajo asalariado. Esto posibilita el reconocimiento de la dignidad humana, permitiéndoles alcanzar el bienestar material en condiciones de seguridad económica libertad, dignidad, e igualdad de oportunidades (Herrera, 2004).

Pero si en ese contexto algo falla, las relaciones se resquebrajan y aparecen las consecuencias no deseadas que muchas veces culminan en un litigio. Casi paradójicamente, la llegada de un hijo se ubica entre los sucesos más importantes en la vida de la mujer, pero sin embargo también la deja expuesta de modo casi inevitable a un sistema patriarcal que la discrimina por su estado y por la carga que ello representa, dado las particularidades propias que rigen en la materia (Ley de Contrato de Trabajo, en adelante, LCT).

Muchos podrían pensar que con el auge de los Derechos Humanos en los últimos años, las mujeres podrían haber alcanzado la anhelada igualdad laboral, pero no ha sido así. Basta con dar una mirada profunda a las páginas de justicia, para llegar a consolidar argumentos suficientes para confirmar que la violencia laboral de género existe y persiste, tal y como lo refleja la causa bajo estudio.

Si bien estas conductas se han ido morigerando a lo largo de la historia, también es cierto que en la actualidad la diversidad de identidades y expresiones de género exige una deconstrucción del sistema binario del sexo/género interiorizado en la construcción de la legislación nacional e internacional (Morales de la Rosa, 2019). Esta perspectiva es la que determina a la justicia pronunciarse de modos radicalmente disimiles, o incluso opuestos a lo que era en el pasado.

Si lo que se pretende –como en este caso- es dotar de protección a la mujer embarazada, ello no puede ejecutarse sin políticas que reconstruyan las bases de actuación jurídica y el rol fundamental que adquieren los Estados para controlar las prácticas discriminatorias. Aspirar a una protección integral de los derechos humanos de todas las personas, está vinculado diluir a un sistema fundamentalmente patriarcado que institucionaliza la superioridad de varones sobre las mujeres.

En este aspecto, la legislación vigente aporta una herramienta en esta lucha. Partiendo por el Convenio Internacional de Trabajo (CIT) núm. 103 (Convenio sobre Protección de la Maternidad), de 1952, que establece el principio de no discriminación con respecto a todas las trabajadoras, y pasando por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (entre otros), hasta llegar a la Ley de Contrato de Trabajo (1976) y a la ley 26.485 destinada a erradicar, sancionar y prevenir la violencia de género (art. 2) sancionada en el año 2009.

Cabe destacar, que la única exigencia que se formula en el CIT núm. 103, es la presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha prevista para el parto. En tanto, en el texto de la LCT existe un título especial que regula los aspectos importantes del mismo, y donde se reconoce a la mujer una presunción en su favor que asume -salvo prueba en contrario- que el despido obedece a razones de maternidad o embarazo cuando haya tenido lugar entre los siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto (art. 178 LCT).

Pero a la vez, la norma es incólume al aseverar que ello requiere que “la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento”. Recién en tales condiciones, se dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley (un año de remuneraciones).

c) Jurisprudencia comparada

¿Qué rol juega la perspectiva de género en los casos de despido por causa de embarazo? Veamos que dice la jurisprudencia.

Juzg. del Trabajo III Nominación, San Miguel de Tucumán, 28/05/2019, “R. L. S. vs Sanatorio 9 de Julio S.A. s/ Cobro de pesos”: en el caso la Cámara hizo lugar a la demanda por despido arbitrario interpuesta por la trabajadora, quien se desempeñaba

como enfermera y fuera despedida luego de notificar su embarazo a su empleador. El tribunal interpretó que las previsiones de los arts. 178 y 182 de la LCT eran aplicables, calificó de discriminatoria la decisión de la patronal, y lo más novedoso fue que condenó a las autoridades de la empresa y empleados de RRHH de la demandada a realizar una capacitación sobre perspectivas de género.

CNAT, Sala VI, Expte. N° 33.411/15 Sentencia Definitiva N° 72.961 del 27/06/19 "Szelest Preciosa Valeria c/Federal Resguaed S.A. y Otro s/Despido": en este caso, la justicia argumentó que en el caso se habían aportado elementos de juicio que permitían colegir la comisión de conductas tendientes a impedir que la trabajadora cumpla con ese requisito legal de notificación fehaciente previsto en el art. 178LCT. Esto se verificaba por cuanto se ponderó que hubo una negativa del patrono a recepcionar la copia del estudio ecográfico que daba cuenta del embarazo.

Esto llevaba a presumir que si bien no se había cumplido notificación fehaciente del estado de gravidez de la trabajadora, la resolución adoptada en grado, la indemnización por causa de embarazo, era concordante con el espíritu de las convenciones internacionales que tenían en mira eliminar todo acto o práctica de discriminación en razón del género, así como también la interpretación que de ellas efectúan los órganos encargados de aplicarlas; argumentando con ella el sostenimiento de la decisión apelada.

Sin embargo, en esta misma causa, toma particular relevancia el voto en disidencia del Dr. Pose quien argumentó:

La apelante afirma que la actora no notificó su estado de gravidez (artículo 178 de la LCT). Ello es viable pues el legislador subordinó la operatividad del resarcimiento a una comunicación fehaciente del estado de gravidez y, en el caso, el reclamo de la pretensión ejercitada se apoyó en dos hechos puntuales -el público conocimiento del estado de gravidez en el ámbito laboral y la negativa empresaria a otorgar tareas y recibir la ecografía que acreditaba el estado de gravidez (...) es por ello que no se puede compartir la conclusión de la juzgadora que infiere, a través de hechos equívocos, que la demandada tenía conocimiento del estado de gravidez que, además, no puede presumirse como notorio.

Vemos, como en este segundo caso, la postura adoptada por el Dr. Pose muestra una plena discordancia con los argumentos del resto de los magistrados, pero al margen de ello, este juez se aparta plena e inescrupulosamente de cualquier sesgo de perspectiva

de género. Ello nos coloca en una situación que nos impone re pensar si la justicia se encuentra eficaz y suficientemente capacitada para atender en este tipo de casos.

d) Postura de la autora

Claramente, mi postura personal se apega al mandato internacional que imponen las convenciones internacionales a las que adhiere argentina desde hace ya largos años. Y en su consecuencia es que encuentro desacertada la postura esgrimida por el dr. Pose en el referido antecedente de la causa “Szelest”.

Juzgar con perspectiva de género, como bien lo explica Herrera (2004), posibilita el reconocimiento de la dignidad humana, permitiéndoles alcanzar el bienestar material en condiciones de seguridad económica libertad, dignidad, e igualdad de oportunidades. Y tal como lo sostiene la CONICET (2021) dimensión género enriquece sobremanera el diagnóstico de las realidades bajo análisis y favorece las estrategias de actuación, ofreciendo grandes ventajas en la efectiva tutela de las personas debiendo llegar a constituirse en un elemento transversal de cualquier acción.

Adoptar este criterio, no ha de ser un simple capricho, ni mucho menos una cuestión de elecciones. Sino que debe simbolizar la asunción del Estado –por medio de sus poderes- del mandato impuesto por los instrumentos internacionales a los que adhiere el país, y a los claros objetivos de la ley 26.485.

Esta ley es contundente al proclamar que se entiende por violencia contra las mujeres a:

toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.
(Art. 4)

Con lo cual, y atento a que en este caso se pusieron en juego la gran mayoría de estos elementos, es que me encuentro plenamente conforme con lo sentenciado. La parte empleadora se encontraba en pleno conocimiento del estado de gravidez de la actora, y haberla despedido, se convierte en una clara agresión hacia la misma.

Las normas legisladas en este terreno, poseen un espíritu que las dignifica y dimensiona con un alcance mucho más amplio que el de las páginas en que fueron escritas. Pero a la vista queda la obviedad que ello no obsta a su cumplimiento.

Erradicar la violencia de género, quizás sea un objetivo incansable, pero no por ello debemos medir esfuerzos y renunciar a su atención. Tal y como lo asume Ricciardi (2010), la obligación de los Estados no debe limitarse a reaccionar ante eventuales actos de violencia contra la mujer, sino que también debe propenderse camino el descubrimiento de las pautas de desigualdad que pueden desembocar en actos de violencia y la adopción de medidas para corregirlas.

V. Conclusiones

- El deber de notificación del estado de gravidez de una trabajadora hacia su empleador es un requisito indispensable conforme las disposiciones del art. 178 LCT. Si ello no se cumple, en principio representa una importante complejidad para aquella mujer que invoque que ha sido despedida por motivo de embarazo.
- La falta de notificación fehaciente fue lo puesto como eje de discusión desde una mirada jurídica, y lo novedoso de este caso fue que la interpretación que los magistrados aportaron al caso, permitieron subsanar esta falencia material mediante una clarificación de los alcances de las formalidades del referido art. 178 LCT.
- A nivel jurídico, este antecedente forma convicción respecto a la presunción de que aun sin mediar notificación fehaciente del estado de gravidez de la trabajadora, su despido la coloca en un hecho encuadrable como discriminatorio.
- En este terreno, también adquiere relevancia la sanción de la ley 26.485; dado que a raíz de la misma, la justicia se compromete a juzgar los hechos controvertidos desde una mirada de género que pretende erradicar cualquier acto discriminatorio relacionado con la condición de mujer.
- Las cuestiones de género asumen un rol transversal en todo el sistema judicial, y ello se plasma en un poder judicial que asume el compromiso asumido por un Estado que se ha comprometido en participar abiertamente con políticas de género y protocolos de acción directa ante casos de violencia de género de cualquier índole, incluso, en el ámbito del derecho laboral.

-
- La problemática de relevancia ha quedado resuelta con los argumentos del tribunal, los cuales han dado mérito al juzgamiento de este caso a partir de las bases de la ley 26.485 de protección integral a la mujer.

VI. Referencias

a) Doctrina

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: ed. Astrea.
- Antón Gracia, B. d., & Peña Cisneros, M. A. (2009). *Discriminación por género en el ámbito empresarial*. México: CONAPRED.
- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina - CONICET. (08 de marzo de 2021). Mujeres y niñas en la ciencia. Una reflexión en plural. Obtenido de <https://cisor.conicet.gov.ar/nubepalabras/>
- Herrera, C. (2004). *Derechos Humanos laborales y derechos humanos en el mundo del trabajo en México, Derechos Económicos, sociales y culturales*. México: Porrúa-Universidad Iberoamericana.
- Medina, G. (2015). Juzgar con perspectiva de género: “¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas n°10*, pp. 3-35.
- Montalvo Romero, J. (2020). El Trabajo desde la Perspectiva de Género. *Revista de la facultad de Derecho, (49)*, pp. 1-19.
- Ricciardi, V. (2010). El derecho a la vivienda como elemento imprescindible para vivir una vida libre de violencia doméstica. *COHRE (Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojo)*, pp. 1-18.
- Ronconi, L., & Vita, L. (2013). La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas. Academia. *Revista sobre enseñanza del Derecho, año 11, n° 22*, pp.115-155.
- Trevino Ghioldi, S. (2007). Discriminación por maternidad en el empleo y acoso sexual. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, pp. 175-201.

b) Jurisprudencia

CNAT, Sala VI, (2019). "Szelest Preciosa Valeria c/Federal Resguaed S.A. y Otros/Despido", Expte. N° 33.411/15 (27/06/19).

J.T. III Nom. de San Miguel de Tucumán, (2019). "R.L.S. vs. Sanatorio 9 de Julio S.A. s/Cobro de pesos" (28/05/2019).

S.C.J de Mendoza. (2020). "Servicios Río Colorado S.A. En J: 156437 'N. O. G. E. C/ Servicios Río Colorado S.A. S/ Despido' S/ Recurso Extraordinario Provincial" (06/08/2020).

c) Legislación

Ley n° 20.744, (1976). Ley de Contrato de Trabajo. (BO 13/05/1976). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*

Ley n° 23.179, (1985). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (BO 03/06/1985). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*

Ley n° 26.485, (2009). Ley de Protección Integral a las Mujeres. BO 14/04/2009. *Honorable Congreso de la Nación Argentina*

Ley n° 27.499, (2018). Ley Micaela. (BO 10/01/2019). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*