



La protección de la maternidad en el empleo público

“Castro, Paula Giselle c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción”, expediente n.º 1633860, resuelto por la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación de Córdoba, en fecha 14 de febrero de 2020

NOTA A FALLO

Carrera: Abogacía

Nombre de la alumna: Alma Julieta Reineri

Legajo: VABG77188

DNI: 36.220.291

Fecha de entrega: 06 de Julio

Tutora: María Belén Gulli

Año 2021

Tribunal: Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación de Córdoba.

Fallo: “Castro, Paula Giselle c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción”, expediente n.º 1633860.

Fecha de la sentencia: 14 de febrero de 2020

Sumario: I- Introducción. II- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. III- Análisis de la *ratio decidendi*. IV- Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias: doctrina, legislación, jurisprudencia.

I. Introducción

La igualdad de género y el acceso al empleo es una problemática que debe ser abordada de un modo integral, desde el aspecto económico, social y jurídico, por los diversos organismos que intervienen de un modo u otro en la temática. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado un documento denominado “Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo” (2011) donde expresa que la igualdad de género reconoce el derecho a todas las personas a acceder a un empleo que asegure un nivel de vida digno, que otorgue seguridad frente a la adversidad, que respete los derechos humanos y permita el desarrollo de la creatividad y la realización personal.

Asimismo, en el marco constitucional argentino, existen diversas normas protectoras, como por ejemplo el principio de igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional y la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), que goza de jerarquía constitucional, y en lo que aquí interesa define, a la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer...” (art. 1 e). También, la Constitución de la Provincia de Córdoba prevé el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 19) y, en lo que específicamente importa en este trabajo, la protección a la maternidad (art. 23 y 24).

El caso elegido, a los fines de este análisis, se caratula “Castro, Paula Giselle c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción” resuelto por la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación de Córdoba, en fecha 14 de febrero de 2020. Este refleja la situación de una agente de la policía de la provincia que fue colocada en situación de disponibilidad por entender el Jefe de la Policía y el Ministro de Seguridad de la provincia que la misma había excedido el plazo de licencia por enfermedad, cuando en realidad se trataba de una licencia por embarazo riesgoso. En el año 2013, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba dicta el decreto 304/13 que corrige a la situación de la licencia por enfermedad y describe la situación del embarazo de riesgo y cómo se contabilizarán los días de licencia en dicho caso.

El problema jurídico del caso es axiológico, dado que existe una contradicción entre una norma con un principio superior del sistema normativo. Explica Dworkin (2004) que tanto las normas como los principios son tenidos en cuenta por el juez al momento de dictar una sentencia. Cuando existe contradicción entre una regla y un principio debe primar este último.

En el fallo se advierte una contradicción entre las normas que regulan las licencias que corresponden al personal policial (arts. 54, 68 inc. e y 69 inc. c de la Ley 9728) por un lado, y la “CEDAW” por el otro, específicamente en su artículo primero inciso e, que se mencionara precedentemente. Dicho artículo expresa el principio de igualdad o No discriminación. La discriminación contra la mujer se evidenciará cuando existe una “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo...”, dado que al regular de un modo igual las licencias por enfermedad y embarazo no se realiza la discriminación positiva necesaria para equilibrar los derechos de los hombres y mujeres.

El caso elegido resalta la dificultad en la legislación aplicable al personal policial de la provincia de Córdoba en relación a la distinción de licencias por enfermedad inculpables y licencias vinculadas a reposo indicado por causa de embarazo.

La importancia del análisis de este fallo radica en comprender la existencia de distinciones por cuestiones de género que, cuando deben ser abordadas en base a la igualdad y no discriminación, para que la legislación vigente no resulte contradictoria con

instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. Es decir, entender las diferencias para legislar de manera realmente igualitaria, desde la perspectiva de género.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

Paula Giselle Castro, agente de la policía de la Provincia de Córdoba, inicia acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción en contra de la Provincia de Córdoba, solicitando se declare la nulidad e inaplicabilidad de la Resolución N° 52468/2011 que homologa la colocación en situación de disponibilidad de la actora y sus confirmatorias N° 53356/2012 y N° 483/2012.

Asimismo, solicita la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los artículos 54, que regula la licencia por razones de salud, 68 inc. e que establece la situación de servicio efectivo para el personal con licencia por razones de salud y hasta seis meses, cuando la antigüedad sea menor de 15 años y 69 inc. c que prevé la situación de disponibilidad para el personal cuya licencia por enfermedad supere el plazo de seis meses, de la Ley del Personal Policial de la provincia de Córdoba, N° 9728. La finalidad del pedido de inconstitucionalidad de dichos artículos se funda en que, la actora, considera que se le debe permitir tener un mayor número de días de licencia por enfermedad, dado que han considerado licencia por razones de salud a un reposo por embarazo riesgoso. Por tanto, considera que existe discriminación hacia ella basada en el embarazo. También exige que se respete su licencia por maternidad de 180 días.

La Provincia de Córdoba, contesta la demanda. Acompaña como prueba el expediente administrativo. Sostiene la validez de los actos administrativos dictados. Plantea la incompetencia del tribunal para entender en la causa. También, invoca que la patología de la actora (presión alta) puede sucederle a cualquier persona y que por eso no puede ser contabilizado el tiempo como licencia por embarazo.

Previo al ejercicio de la acción interpuesta en la Cámara Contencioso-Administrativa, se agotó la vía administrativa, con la interposición de un recurso jerárquico ante el Ministerio de Seguridad que confirmó la resolución del Jefe de la Policía.

La Cámara resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda dictando las nulidad de las resoluciones N° 52468/2011, N° 53356/2012 y N° 483/2012, dictadas las dos primeras por el Jefe de Policía y la última por el Ministro de Seguridad, ordenando que se le abonen las diferencias salariales correspondientes.

III- Análisis de la *ratio decidendi*

La Cámara realiza una síntesis de la normativa aplicable y mencionada por las partes, concluyendo que la Reglamentación del art. 54 de la Ley 9728, Dcto. 763/12, establece en el Punto 11 que “Los días de licencia usufructuados por una agente en estado de gravidez, se registrarán en forma diferenciada de aquellos que usaren fuera del periodo de embarazo...”, siempre que deba guardar reposo absoluto ordenado por un médico especialista por “estar en riesgo la salud o integridad física de la agente o del niño por nacer”. Dicho diagnóstico debe estar acompañado por los estudios médicos correspondientes. Asimismo, el Departamento de Medicina Laboral debe homologar el diagnóstico.

Resaltan que el concepto de perspectiva de género consagrado por la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer celebrada en Beijing en el año 1995 permite transformar la igualdad formal en igualdad real. “Ello implica otorgar a la mujer la misma consideración que al hombre, contemplando su diferencia” (considerando VII).

Luego de citar la definición de discriminación hacia la mujer, concluyen que la “reglamentación vigente al momento del dictado de los actos cuestionados, aplicada sin distinción alguna por parte de la Administración a todo el personal policial, consagra en el caso particular un trato discriminatorio a la actora, en su condición de mujer”. Esta discriminación se encuentra basada en que sólo la mujer puede llevar adelante un embarazo. Esa sola situación genera que no pueda aplicarse la misma reglamentación en cuestión de licencia por enfermedad y debe ofrecerse especial protección. Esa especial protección es la que refleja una igualdad real entre hombres y mujeres.

Asimismo, expresa la Cámara que la misma Administración advirtió la desigualdad cuando corrigió la legislación con la reglamentación del artículo 54 mediante el dictado del Decreto N° 304/2013 “que excluyen del cómputo de la licencia por razones

de salud a los fines de la declaración de disponibilidad, a aquella usufructuada por el personal policial en estado de gravidez” (considerando VIII).

IV- Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

La situación de desigualdad que viven las mujeres en el ámbito laboral es una realidad en muchas sociedades, dado que enfrentan situaciones de desventaja y discriminación. Alcanzar una igualdad real es beneficioso, no sólo para la mujer, sino para el crecimiento económico general y la reducción de la pobreza¹.

La “CEDAW”, en su artículo 11, establece la prohibición expresa de despido por razones de embarazo o licencia por maternidad y obliga a crear la licencia por maternidad pagada. La “Convención de Belem do Pará”, en su artículo 9, establece la especial protección de las mujeres en situación de vulnerabilidad provocada por el embarazo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el año 2000, ha dictado el Convenio sobre la protección de la maternidad (N° 183). Dicho convenio realiza una distinción entre licencia por maternidad y licencia en caso de enfermedad o complicaciones derivadas del embarazo. La licencia por maternidad deberá ser de 14 semanas como mínimo (art. 4.1), enfatizando en que es obligatoria la licencia post parto de seis semanas como mínimo. Luego, estos plazos son extendidos por la recomendación n° 191. Asimismo, en el artículo 5, se establece que “sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de complicaciones...”. Es decir que, claramente se pueden distinguir que las licencias no son incompatibles, sino complementarias. Por otro lado, en el artículo 6, se determina que se debe otorgar un ingreso que garantice un nivel de vida adecuado y condiciones de salud apropiadas para la mujer y el niño, así como prestaciones médicas.

También, es importante destacar que el Convenio N° 183 prohíbe el despido durante el embarazo o en el uso de las licencias por maternidad o enfermedad o complicación devenida del embarazo o parto.

¹ Organización Internacional del Trabajo. “Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo”. Fecha de consulta: 5 de junio de 2021. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/instructionalmaterial/wcms_170457.pdf

Resulta interesante destacar la conclusión de Etala (2001) quien explica que:

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, los tratados concluidos con las organizaciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes. En esta condición están prácticamente la totalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por la República Argentina (p. 6)

La Constitución de la provincia de Córdoba, en su apartado que establece los derechos de la mujer (art. 24), determina, en primer lugar, la igualdad entre hombres y mujeres, respetando las características sociobiológicas de cada uno; y en segundo lugar, garantiza la protección de la maternidad y determina que “las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su especial función familiar”.

En este marco, me interesa resaltar un aporte que realizan Vera Ocampo y Ferreira (2020) citando a Brodsky de Petric (s/f) cuando explican que significa una mujer en situación de extrema vulnerabilidad y porque se les brinda protección. Como explican los autores citados:

la protección de la maternidad es un instituto que ha sido receptado por la legislación laboral para proteger a las trabajadoras que se encuentran atravesando lo que ha sido representado de la siguiente manera: "circunstancias que confieren de sensible vulnerabilidad a un sector de trabajadoras que potencia de por sí a la de género en una ecuación que gráficamente podemos enunciar: trabajador + mujer + maternidad = ser humano de extrema vulnerabilidad" (Vera Ocampo y Ferreira, 2020, citando a Brodsky de Petric (s/f), p.6)

Luego de comprender lo que implica la situación de extrema vulnerabilidad, es conveniente incluir un término que es más amplio que la igualdad formal prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional argentina, y que determina una ampliación real de la protección de las mujeres embarazadas.

Pérez del Viso (2021) define la igualdad esencial como aquella que se encuentra en la esencia de las personas, pero no puede desconocerse que la sociedad, las instituciones, “pueden otorgar o dejar de otorgar posibilidades y derechos a las mismas” (s/d). Por tanto, para que esa igualdad esencial pueda ser en la realidad debe estar acompañada de medidas activas, que garanticen el efectivo ejercicio de los derechos. Una medida activa que se vincula con el caso estudiado es el dictado del Decreto 304/13 que en la reglamentación del artículo 54 punto 11 establece que “Los días de licencia

usufructuados por una agente en estado de gravidez, se registrarán en forma diferenciada de aquellos que usaren fuera del período de embarazo”.

Asimismo, relacionando estas medidas activas con las recomendaciones de la OIT, se resalta que “consiste en garantizar que realmente la mujer sólo pueda ser despedida por un motivo que no esté relacionado ni con el embarazo, ni con la licencia de maternidad, ni con la presencia de un niño en el hogar”².

En relación a la jurisprudencia, en la causa “López c/ Imágenes S.R.L. y otro”³, citando a su vez la causa “Jiménez c/ Pena” se ha explicado que:

... la mujer gestante goza del principio general de no discriminación que menta el art. 16 de la Constitución Nacional y 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo y que la Ley 23.592 también sanciona todo acto discriminatorio por lo que una interpretación armónica de las normas en juego permiten concluir que a la luz del contrato a prueba no se deriva de él una suerte de "bill" de indemnidad a favor del empresario, ya que el bien jurídico protegido, a no dudarlo, tanto una y otra normativa es promover nuevas contrataciones, facilitar la selección de personal etc. por un lado, y por el otro la protección de la maternidad, de la salud de la mujer y de su hijo, y en definitiva, una política de promoción de la institución familiar"

Si bien las circunstancias que rodean el caso son distintas, la esencia de protección de la maternidad es la misma.

V- Postura de la autora

Luego de haber analizado el caso y la resolución del tribunal puedo manifestar que estoy de acuerdo con la decisión que tomó la Cámara por los motivos que expondré a continuación.

Al momento que sucedieron los hechos aún no se encontraba vigente el decreto 304/13 que modificó la reglamentación del artículo 54 de la Ley 9728 por eso que una aplicación literal, sin perspectiva de género, provocó el dictado de dos resoluciones administrativas contrarias a la búsqueda de la igualdad real. Al momento del dictado de

² Conferencia Internacional del Trabajo (1999) “La protección de la maternidad en el trabajo”. Fecha de consulta 5 de junio de 2021. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-v-1.htm#La%20protecci%C3%B3n%20del%20empleo>

³ Cámara del Trabajo de Córdoba, “López Graciela Cecilia c/ Imágenes S.R.L. y otro”. (2011).

la sentencia de Cámara se encontraba vigente esa reglamentación por eso la Cámara no dudo en declarar la nulidad de los actos administrativos.

Retomando los fundamentos de discriminación hacia la mujer y necesidad de igualdad real, es que considero clave el tratamiento diverso de las licencias por maternidad, licencias por complicaciones del embarazo y aquellas que son por enfermedad, comunes a cualquier agente de la policía o empleado de cualquier ámbito. La posibilidad de tratamiento diverso apuntará a esa igualdad esencial que plantea Pérez del Viso y a la generación de acciones positivas que verdaderamente garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato que promueve la Constitución Nacional argentina, la “CEDAW”, la “Convención de Belem do Pará” y la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Asimismo, la prohibición de la utilización de mecanismos como las cesantías o despidos por causas de embarazo ofrecen una real protección de la mujer, aún cuando el despido se produzca con posterioridad al nacimiento del hijo. Claro está que la invocación de causa de despido no es el embarazo en sí, pero si se invocan otras causales como el exceso de días de licencia o las faltas, pero analizando el nexo causal se puede concluir que el motivo es el embarazo. Estas son las prácticas que deben ser desterradas del ámbito laboral para lograr disminuir las situaciones de extrema vulnerabilidad que viven las mujeres, y más aún cuando se encuentran transitando un embarazo. Como se dijo en el antecedente jurisprudencial citado se debe eliminar el “bill” de indemnidad que la misma legislación les ofrece a los empleadores.

VI- Conclusión

La presente nota giró en torno al fallo “Castro” dictado por la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación de Córdoba, en cual se pudo advertir la presencia de un problema jurídico axiológico dado que se advierte una contradicción entre las normas que regulan las licencias que corresponden al personal policial (arts. 54, 68 inc. e y 69 inc. c de la Ley 9728) versus la “CEDAW”, dado que existe una discriminación hacia la mujer por su condición de tal. Especialmente, la contradicción aparece al regular de un modo igual las licencias por enfermedad y embarazo, como si fueran idénticas

situaciones, omitiendo realizar la discriminación positiva que permite equilibrar los derechos de hombres y mujeres.

El problema jurídico fue allanado por la Cámara, al declarar la nulidad de las resoluciones N° 52468/2011, N° 53356/2012 y N° 483/2012, ordenando que se abonen las diferencias salariales pertinentes. Resalta la Cámara que tal como se encontraba reglamentada la licencia por enfermedad y embarazo en las normas que regulan al personal policial constituían un trato discriminatorio hacia la mujer por su condición de tal.

Teniendo presente lo dicho, luego de la reconstrucción de los argumentos del Tribunal y vinculándolo con los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales, se ha podido evidenciar la importancia de este tema para la sociedad, y no sólo desde lo jurídico.

El problema identificado en la introducción demostró la necesidad de adecuar las normas jurídicas a las Convenciones o Tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes que Argentina ha suscripto, con la finalidad de alcanzar una igualdad real y no meramente formal, sobre todo en los casos de mujeres vulnerables. El embarazo y la maternidad son situaciones que ponen a las mujeres en escenarios de vulnerabilidad si no cuentan con la debida protección.

Finalmente, cabe destacar que la misma provincia corrigió esta circunstancia desfavorable con la reglamentación del artículo 54 mediante el dictado del Decreto N° 304/2013, en el que se excluye del cómputo por licencias de razones de salud, a los días utilizados cuando el personal policial esté embarazada.

VII- Referencias

Doctrina

Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.

Etala, C.A. (2001) “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y su interpretación”. Publicado en La Ley 2001-F-1466.

Pérez del Viso, A. (31 de mayo de 2021). “La Re- Humanización del Derecho Laboral. Un esfuerzo por aplicar la perspectiva de género”. *Revista Ideides*. Disponible en: <http://revista-ideides.com/la-re-humanizacion-del-derecho-laboral-un-esfuerzo-por-aplicar-la-perspectiva-de-genero/> (consultado el 5/6/2021)

Vera Ocampo, C- Ferreira, P. L (22/09/2020) “Trabajadora en situación de vulnerabilidad: su protección en el período de prueba, en el marco de la legislación de emergencia en cuarentena”. Publicado en La Ley. TR LALEY AR/DOC/2779/2020

Legislación

Constitución Nacional argentina

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer “CEDAW” (Ley nacional N° 23179).

Convenio de la OIT sobre protección de la maternidad.

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Ley 9728 “Personal Policial de la Provincia de Córdoba”

Decreto N° 304/2013 Poder Ejecutivo Córdoba

Jurisprudencia

C.C.Adm. de Tercera Nominación de Córdoba “Castro, Paula Giselle c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción”, expediente n.º 1633860. (2020)

C.del Trab. de Córdoba, “López Graciela Cecilia c/ Imágenes S.R.L. y otro” (2011).

Otros

Conferencia Internacional del Trabajo (1999) “La protección de la maternidad en el trabajo”. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-v-1.htm>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2011) “Directrices para incluir la perspectiva de género en las políticas de empleo”. Recuperado de

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/instructionalmaterial/wcms_170457.pdf