



SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

NOTA A FALLO

Carrera: ABOGACIA

ALUMNO: Blok, María Marlene

DNI: 35.311.466

Legajo: VABG82708

TUTOR: SUSANA PAOLA ABRAHAM

Año 2023

TEMA: Cuestiones de genero

FALLO: AUTOS: “D.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ EMPLEO PUBLICO”

Tribunal: JUZGADO PROCESAL ADMINISTRATIVO N° 1 – Neuquén, 1° circunscripción. - Firmante: Pusterla, José Carlos - Fecha de Sentencia: 05/02/2021

<http://juriscivil.jusneuquen.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=b519b19ec15e4d38d118d5c96aa841ee>

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Reconstrucción de la Premisa Fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. III.- Ratio Dicidendi. IV.- Análisis conceptual y antecedentes. V.-Postura de la Autora. VI.- Colofón. VII.-Bibliografía: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. -

I.- Introducción

Cuando hablamos de fallar con perspectiva de género, también hablamos de mirar y analizar bajo esta perspectiva, hablamos de cuestionar la discriminación, la desigualdad, el apartar o excluir a la mujer por aquellas cosas que son inherentes a ella, y tratar de eliminar los desequilibrios, que marcan la diferencia entre género. Muchas veces, probablemente sin intención de realizarlo así, reproducimos patrones que sirven de sustento a distintas formas de agresión, discriminación, cosas que quizá uno tiene tan arraigadas, tan intrínsecamente dentro, y ahí está el gran desafío, poder apartarnos de ellas.

Según el art. 4 de la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres la Violencia de Genero es:

Toda conducta, acción u OMISION, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basado en una relación desigual de poder, afecte la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como también la seguridad personal de las mujeres.

Y frente a ello ordena que:

Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres; c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia; d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley; h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra
las Mujeres

Al respecto Bramuzzi (2019) ha dicho que:

Juzgar con perspectiva de género, implica un esfuerzo intelectual por comprender la complejidad social, cultural y política que existe entre hombres y mujeres para visualizar allí las situaciones de opresión de un género sobre otro, basadas en una relación de desigualdad.

El caso que se trae a colación, reafirma la importancia de resolver con perspectiva de género, permitiendo la aplicación del ordenamiento jurídico de forma amplia. Demostrando que, si bien las normas a prima facie resultan imparciales y se visualizan neutras, su simple utilización frente a situaciones particulares, conllevan a una resolución injusta, pudiendo recaer en un acto discriminatorio.

En el abordaje del fallo correspondiente a los autos “D.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ EMPLEO PUBLICO” buscare dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿frente a qué problema se enfrentó el juez al momento de dirimir? ¿Cuál es el encuadre jurídico que se da al caso concreto? ¿Qué solución otorgo? ¿Tuvo perspectiva de género? ¿Cuál es la norma aplicable al caso? Y ¿la solución es justa?

A raíz de ello y luego del análisis, lectura y estudio es que logre identificar que el problema jurídico en el presente, es de tipo de Relevancia, es decir aquel problema en el que necesitamos determinar cuál es el encuadre jurídico que se le va a dar al caso en concreto, cuál va a ser la norma aplicable al caso.

En breve síntesis, la actora señala una errónea aplicación de la norma para su evaluación, considerando que correspondía en su evaluación la aplicación de una Resolución anterior, y basando su derecho en que bajo la Ley N° 26.873 se prescribe que mientras que el niño/a sea lactante el deber de cuidado lo tiene su madre. Por su parte, la demandada basa su postura en Resolución N° 116/17, Resolución que “...en apariencia neutral –porque de su letra no surge preferencia de ningún sexo respecto de otro-, produce

en su aplicación al caso concreto, y en el modo en que se lo hizo, un resultado irrazonable y contrario al marco jurídico...” (considerando 3)

Luego de los considerandos, el Juez resuelve que el reglamento a utilizar era el de la Resolución N° 116/17 y no el anterior como plantea la actora, pero asienta su posición en la igualdad bregada por nuestra CN, la justificación en el art 48 y 92 de la Ley 1703 y en los tratados internacionales incorporados en nuestra Ley suprema, considerando el contexto de la actora, aludiendo que la denegatoria del ascenso, aplicando la Resolución N° 116/17 imparcialmente, tuvo un efecto discriminatorio, ya que no tomaba en consideración la circunstancia particular de la actora, es decir su condición de madre lactante.-

II.- Reconstrucción de la Premisa Fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

A los fines de reconstruir la premisa fáctica del caso frente a estudio, es importante de forma preliminar un recorrido por el iter procesal de las actuaciones.

El fallo al que se recurre es “D.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ EMPLEO PUBLICO”, dictado por el juez a cargo del Juzgado Procesal Administrativo de la 1° Circunscripción de Neuquén. Su competencia se encuentra otorgada por la acción procesal administrativa interpuesta por la Actora “D.L.” contra la Provincia del Neuquén, de ahora en adelante llamada: Demandada., en razón del trato discriminatorio propiciado por esta última, en el marco del ámbito laboral de la actora.

En el año 2017 la actora entendía tener todas las condiciones aptas para su recategorización, la cual fue denegada por la Junta de Calificaciones, justificando que no cumplía con uno de los requisitos básicos que era el mínimo de asistencia deseable para solicitar dicho ascenso.

La actora justifico su inasistencia en los deberes de cuidado de su hija lactante, frente a lo cual la Legislatura mantiene su decisión argumentando que "mujeres y varones tienen iguales derechos y responsabilidades, y que los varones también deberían de asumir el cuidado de un familiar enfermo, no siendo correcto acervar que por ser madre se está en condiciones inferiores que los hombres".

Asegura la actora que la resolución bajo la cual se evaluó su solicitud fue dictada diez días previos a la evaluación y que si se hubiese utilizado una resolución anterior su recategorización hubiese sido otorgada.

Luego de tantas negatorias, y ante la falta de respuesta a su último recurso, interpuso acción de amparo pormora administrativa, el cual fue rechazado, agotándose así la vía administrativa.

Manifestó que la junta detecto que el porcentaje de asistencias había sido del 93,44% y que la nueva resolución exigía el 95%, valor mínimo caracterizado como “deseable”. Y debido a su justificante de inasistencias, considera que la resolución dictada por la Legislatura de la Provincia de Neuquén comete una transgresión al derecho a la carrera administrativa, una violación al derecho a la carrera administrativa y estabilidad en el empleo público y va en contra de la erradicación de toda forma de discriminación contra la mujer, dado que en el presente caso su ausencia justificada estaba directamente vinculada con la maternidad y esta situación es la que la pone en un nivel de desigualdad contra los hombres. Indica que la resolución a la cual ataca se limita a verificar la igualdad entre hombres y mujeres sin tener en cuenta el caso en concreto y olvidándose que el concepto de igualdad debe traducirse en oportunidades efectivas y reales en todos los ámbitos.

La actora indico que “dar a luz y alimentar a sus hijos se traduce en un castigo o estigma a la hora de conseguir un ascenso” y avala su pedido con la Ley n° 26873 que promociona la lactancia materna.

Admitida la demanda se corre traslado a la parte demandada, quien se presenta y contesta acusando a la actora de que intenta sembrar en el proceso cuestiones de violencia y género, niega la discriminación y rechaza la demanda y se corre traslado a la actora, la cual contesta y ratifica todo lo interpuesto en la demanda.

No habiendo llegado a acuerdo en instancia de conciliación, se abre a prueba. En el medio del proceso judicial la actora, debido a una nueva resolución que incluye la atención de hijo lactante, es promovida a la categoría requerida, pero este hecho nuevo no desiste de la acción pretendida.

Clausurado el periodo probatorio se abre la etapa de alegatos. Presentados los mismos o vencido el plazo para hacerlo, según lo normado en el art 61 de la Ley 1305, se le da vista al Ministerio Publico Fiscal y luego pasan los autos para Sentencia.

El juez resuelve hacer lugar a la demanda interpuesta por la actora, declarando la nulidad de la Resolución que había rechazado su ascenso y ordena a la Legislatura a que indemnice a la actora por los daños ocasionados, imponiendo las costas a la parte demandada.

III.- Ratio Dicidendi

La Ratio Dicidendi es la razón para decidir, el motivo que promovió la decisión tomada, por lo que veremos en este acápite son las razones o, mejor dicho, los argumentos jurídicos que llevaron al juez a fallar de la forma que lo ha hecho.

Es sabido que “la motivación de una decisión, consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio” (cfr. Acuerdos N° 34/97 "Presti", N° 5/99 "Defensoría de Menores N°3 c/ Poder Ejecutivo Municipal" y N° 2/14 "Dates" del Registro de esta Secretaría). –

Como se ha expresado, el deber de motivar encuentra su justificación, tanto desde su aspecto público como del privado. En el primero, un sistema de gobierno republicano importa que el poder desplegado por el Estado –y claro está, del juez, en tanto órgano de éste- no resulte arbitrario. Precisamente, la motivación constituye la garantía que el ordenamiento jurídico brinda a los individuos para que el poder se desenvuelva racionalmente y dentro de cauces limitados. Justifica el modo en el que se desarrolla, en tanto permite conocer las razones que lo llevaron a juzgar que esa forma de actuar es la correcta o aceptable (Gascón Abellán, Marina. (2004) Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2004, 16 segunda edición, pág. 189 y sgtes., citado en Acuerdo N° 2/14 "Dates"). –

Adicionalmente la motivación es el fundamento mismo de la legitimidad de la judicatura. La actuación del poder concedido a los jueces, fundamentalmente a través de la sentencia, resultará legítima en tanto quede plasmada la racionalidad que guio su

desarrollo, desde las premisas hasta la resolución final. De esa manera no se presentará como fruto de la arbitrariedad. –

En cuanto al aspecto privado sobre el que se proyecta el imperativo constitucional de fundar las sentencias, está ligado a las partes directamente afectadas por la resolución. Para éstas, la motivación constituye una garantía que tiende a asegurar su derecho de defensa en juicio y el debido proceso. La justificación posibilita a los justiciables el ejercicio de las vías de impugnación, cuando no se conformen con las razones aportadas por el juez (cfr. Acuerdo N° 2/14 "Dates" ya citado). -

Respecto al planteo de la actora sobre la incorrecta aplicación de la norma para su evaluación (Res. 166/17) debiendo aplicarse la norma anterior, el juez indica que los reglamentos no son retroactivos, debido a que les alcanza el mismo principio que a las leyes. Su decisión se funda en que: una norma es retroactiva cuando suprime o limita derechos adquiridos y en este caso en concreto, la actora no contaba con un derecho adquirido para su recategorización, ni a ser categorizada con la norma derogada. Por lo que el reglamento aplicable para la evaluación de la actora es el N° 116/17 (considerando 3 punto a).

En relación al porcentaje de días trabajados y de los motivos de la inasistencia, el juez expone que en la vía administrativa en ningún momento se expuso la denegatoria de la categoría por otro motivo que no sea el no cumplir con el porcentaje deseable de asistencia, e indica que el grueso de esos días de ausencia han sido todos justificados conforme a la Ley N° 1703 inc. 4, el cual se debía al cuidado de su hija enferma que se encontraba en condición de lactante y dentro del primer año de vida. (considerando, punto b, Pág. 21).

Y, en cuanto que la decisión tomada por la Legislatura afecta su carrera administrativa y la estabilidad en el empleo público el juez indica que la actora plantea que la resolución N° 116/17 dejaba margen para que la Junta de Calificación contemplara la situación especial en este caso de madre lactante, y que el órgano competente solo se atuvo al reglamento, que si bien parece imparcial, la Legislatura en el rol de aplicador de

norma omitió ponderar diferencias fácticas concretas desembocando en un trato discriminatorio.

El juez indica que la igualdad rezada en la constitución se basa en que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, que las mujeres deben especial atención por parte del Estado. Cita al art 3 de la CEDAW manifestando que esta obliga a los Estados Partes a tomar en todas las esferas las medidas apropiadas, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre y el art 4. En su inc. 2 indica que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considera discriminatoria.

Basa también su decisión en los artículos 45 y 46 de la Constitución Provincial en los cuales se manifiesta que el Estado debe garantizar la igualdad entre mujeres y varones y el acceso a las oportunidades y derechos en lo económico y que la maternidad y la infancia tendrán derecho a la protección especial del Estado. Por lo que la igualdad no debe ser solo entendida como no discriminación, sino teniendo en cuenta al individuo como integrante de un grupo, manifestando que las normas en su literalidad figuran como neutras porque no distinguen entre grupos pero puede ocurrir que la aplicación de esta en un determinado contexto social produzca un impacto desproporcionado a un determinado grupo, por lo que la resolución de la legislatura N° 116/17 de la cual no indica preferencia sobre ningún sexo, en su aplicación en el caso en concreto, es contraria al marco jurídico de la constitución expresado ut supra. En este sentido en el caso “Artavia Murrillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica” se manifiesta que la Ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique.

También el juez habla de la Ley 26.873, de Lactancia Materna, la cual promueve valga la redundancia la lactancia, aduciendo que la actora estaba al cuidado de su hija lactante enferma, lo cual no ponderar este hecho en la resolución decae en un aumento de desventaja de las mujeres, por lo que cuando la parte demandada indica que “no existió discriminación, porque mujeres y varones tienen iguales responsabilidades de cuidado” transgrede normas legales que prohíben la discriminación (considerando).

La denegatoria del ascenso constituye una conducta discriminatoria indirecta poniendo a la agente en una situación de desigualdad por su condición de madre lactante (considerando pág. 27). A lo largo del desarrollo del considerando vemos innumerables actos discriminatorios por parte de la parte demandada, pero el juez manifiesta que si bien el Reglamento N° 116/17 en apariencia resultaba ser neutro, en la aplicación en el caso en concreto se tornaba discriminatorio, por lo que da lugar a la pretensión de la actora, que si bien ya ha sido recategorizada le corresponde la indemnización por los daños ocasionados. –

IV.- Análisis conceptual y antecedentes

El fallo traído para análisis presento un problema jurídico de relevancia, según Moreno y Vilajosana (2004) este problema jurídico se da cuando existe una indeterminación de la norma aplicable al caso. Por eso mismo es que el Juez al momento de ejercer su función judicial y aplicar el derecho es que debió analizar e interpretar cual era la norma correcta a aplicar en el presente proceso.

El tema central es la desigualdad. Que si bien a prima facie las normas aplicadas para resolver, utilizadas en primera instancia por el organismo público en este caso en concreto la Legislatura de la Provincia del Neuquén no resultan dispares, al momento de no ponderar la situación en concreto de la agente es que se recae en el trato discriminatorio. Denota la importancia de la capacitación respecto de la llamada “Ley Micaela”, capacitación obligatoria para todas las personas que se desempeñen en funciones en el ámbito público, como el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sobre Género y Violencia de Género, no solo para erradicar la violencia física sino por la evidente necesidad de des construirnos, y para adquirir herramientas que permiten identificar las desigualdades de género y poder erradicarlas, ya que el Estado es quien debe garantizarnos la protección e igualdad.

Esto recae en estudio porque la igualdad no es algo absoluto, para que haya igualdad se tienen que ponderar todas las situaciones particulares de las personas, es decir se tienen que equiparar. Por eso mismo el juez al momento de decidir sobre el caso de estudio, baso en parte su análisis en la Ley de Lactancia Materna, incorporando en su análisis la perspectiva de género, para ahora si encontrarse la actora, teniendo en cuenta su situación en particular, en igualdad con el resto. Como indica Roberto SABA, todas

las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias.

En la misma línea de estudio en los autos “B. M., M. E. c/ SIGEN - Resol. 112/05 s/ empleo público”. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala V. (14/02/2012), el tribunal ad quem en su considerando manifiestan que “Si bien en el caso de autos las disposiciones contractuales que vinculaban a la actora con la demandada no tienen un propósito discriminatorio, debe recordarse que no sólo se procura la protección cuando exista una finalidad discriminatoria, sino también cuando el resultado de la aplicación de determinadas disposiciones (contractuales, en este caso) implique un cercenamiento de la igualdad real de género””.

Con esto reafirmamos que, si no se pondera el caso en particular al momento de dirimir o dar una resolución, cuando una norma que a simple vista parece neutra, puede recaer en una desigualdad para determinada persona.

V- Postura de la autora

Luego de un vasto analizando y reafirmando lo expuesto, el problema jurídico principal del presente es un problema de Relevancia. Bajo mi opinión, la decisión del Juez al momento de decidir que norma aplicar, ha sido la acertada.

Como he ido describiendo, el poder DES-construirse, DES-armarse es el verdadero desafío hoy, dejar de reproducir esos patrones que tenemos tan arraigados y que terminar cayendo, muchas veces, en un trato discriminatorio al género femenino. La mujer fue siempre puesta en una situación de DES-igualdad y aun en la actualidad esto se sigue permitiendo.

Como dice Graciela Medina (2016) para lograr juzgar con perspectiva de género hay que erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como “inscriptos” en nuestro propio ser.

Por esto mismo es y fue muy importante la ratificación de diversos tratados internacionales en cuestión de género a nuestro país, ampliándose la protección a las mujeres, como por ejemplo el CEDAW.

Poco a poco nos iremos acercando a una verdadera igualdad. Que si bien es un camino largo, el cual lleva cientos y miles de años, primero logrando la igualdad entre hombres dándole derechos a quienes el pueblo y Estado se los suprimía, y luego no hace tanto tiempo estos mismos fueron otorgados a las mujeres, no tengo duda que en algún tiempo tanto hombres como mujeres estaremos realmente en igualdad de condiciones.

VI.- Colofón

En este trabajo he desglosado, concluí que se llegó a una decisión favorable.

Cuando hablamos de fallos con "perspectiva de género", nos referimos a resoluciones judiciales donde la judicatura, habiendo reconocido situaciones de discriminación, agresión, desigualdad, y/o exclusión sobre las mujeres, han podido abordarlas con justicia para las partes.

Muchas veces nos encontramos frente a resoluciones que, sin querer, reproducen patrones prejuiciosos o basados en estereotipos, o bien se resuelven de maneras convencionales, llevando a soluciones ampliamente injustas, y es ahí donde se encuentra el gran desafío: abrir la mirada, despojarnos de prejuicios, y buscar más allá de lo que la teoría nos ha enseñado.

Las sociedades han cambiado, las formas de relacionarse han cambiado y es importante buscar herramientas para poder afrontar los nuevos conflictos que se presentan, los cuales no siempre encuentran solución en los códigos de fondo.

Es imperioso que el Estado utilice todas las herramientas que derivan de las Convenciones Internacionales a los fines de adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia que en casos de violencia contra las mujeres se precisa, logrando así una estrategia de prevención integral, detectando los factores de riesgo, prevenirlos y, por otro lado, fortaleciendo las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

Como he indicado la igualdad preceptuada en nuestra constitución, la igualdad que tanto se busca y se lucha, debe tener como excepción la circunstancia de aplicación al caso en concreto, con miras de llegar a una igualdad real y efectiva.

Juzgar bajo una perspectiva de género no es solo importante y justo, sino también necesario.

VII.- BIBLIOGRAFIA

Doctrina:

Colección Leyes Explicadas (2021) Ley Micaela / 1 Ed – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial de la Imprenta del Congreso de la Nación

Bramuzzi, G. (2019) Juzgar con perspectiva de género en materia civil. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar> Id SAIJ: DACF190109

Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004). Introducción a la teoría del derecho. Madrid, ES: Marcial Pons

SABA, Roberto (2005) p.7- (Des)igualdad estructural.

MEDINA, Graciela (2016) p.6. Juzgar con Perspectiva de Género ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?

Gascón Abellán, Marina. (2004) Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2004, 16 segunda edición, pág. 189 y sgtes., citado en Acuerdo N° 2/14 "Dates"

Legislación:

Ley 26.873 (2013) Lactancia Materna

Ley 23179 (1985) CEDAW. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Ley 1703, Estatuto del Personal Legislativo

Ley N° 26.485 (2009) Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales

Constitución de la Provincia de Neuquén (17 de febrero de 2006), B.O. 3 de marzo de 2006

Ley 27449 (2017) Ley Micaela

Jurisprudencia

“D.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ EMPLEO PUBLICO” Tribunal: JUZGADO PROCESAL ADMINISTRATIVO N° 1 – Neuquén, 1° circunscripción (05/02/2021)

“B. M., M. E. c/ SIGEN - Resol. 112/05 s/ empleo público”. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala V. (14/02/2012)

Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Sentencia de: 28 de noviembre de 2012, párr. 286

cfr. Acuerdos N° 34/97 "Presti", N° 5/99 "Defensoría de Menores N°3 c/ Poder Ejecutivo Municipal" y N° 2/14 "Dates" del Registro de esta Secretaría