



“Perspectiva de género: La discriminación que transcurre la mujer durante el periodo de gestación”

Nombre y Apellido: Moyano, Maria Luz

Documento: 38.339.787

Legajo: VABG126130

Fecha de entrega: 26 de Junio del 2022

Tutor de la Carrera: Agustín, Ferrer

Tipo de producto: Modelo de Caso

Tipo de temática: Cuestiones de Género

Carrera: Abogacía

Institución: Universidad Empresarial Siglo 21

Sumario: I. Introducción. – II. Hechos de la causa, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. – III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi. – IV. La descripción del análisis conceptual y análisis jurisprudencial. – VII. Análisis Doctrinario. VIII. Comentarios de la autora. IX Conclusiones- X. Referencias Bibliográficas.

I.Introducción

En las sociedades democráticas existe, por una parte, la afirmación jurídica de la igualdad, y por otro lado, las inequidades sociales que estructuran la vida de las personas.

En Argentina en la década de 1980 múltiples mujeres empiezan a ingresar al mercado laboral aumentando la participación laboral femenina. Sumado a ello el gran movimiento feminista ha logrado achicar brechas de género, pero así mismo no puede discutirse que aún persisten diversos estereotipos que fomentan una posición privilegiada y dominante del género masculino por sobre el femenino.

Desde la visión del ámbito laboral la situación de las mujeres es de suma relevancia. Según informes, las mujeres están concentradas en empleos menos remunerados, de menor cualificación y mayor inseguridad laboral. La gran lucha del movimiento feminista logro una conquista de avances legislativos, tanto nacionales, como internacionales. En función de ello traigo una breve descripción de derechos relevantes para el tema que se tratara.

En la década del 90, se ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1996), donde se consagra que “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 3). En la misma línea, se sancionó la Ley 26.485 de “protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” produciendo un avance significativo en torno a la temática de la violencia y la desigualdad por género.

A pesar de que existen múltiples avances, seguimos encontrándonos con diversas situaciones en donde podemos ver la inferioridad del género femenino y que por lo tanto, siguen habiendo situaciones de discriminación y violencia laboral en contra de la mujer. Por lo cual, lo importante y relevante del fallo en este escrito son los derechos que goza la mujer en el transcurso de su embarazo y la estabilidad que se le debe brindar a la hora de cuestiones de salud.

Con respecto adhiero que la violencia en contra de la mujer gestante, es un problema que se genera en muchos contextos y se expresa de distintas formas. El proceso que transcurre la mujer en su gestación y la maternidad son tiempos de vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias. Las mujeres trabajadoras en estado de gestación y las madres trabajadoras en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos.

El análisis de la decisión judicial de éste caso, comprende un conflicto entre principios, ambos amparados por la Ley de Personal Policial de la Provincia de Córdoba (Ley 9.728) es decir, se presenta un problema jurídico de tipo axiológico a la hora de resolver y justificar tal decisión. Cuando se habla de axiología jurídica, se refiere a la estimación o valoración del contenido de las normas que integran un ordenamiento jurídico determinado.

II. Hechos de la causa, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

En la ciudad de Córdoba, Castro Paula Gisella deduce acción contencioso-administrativa en la Cámara, de plena jurisdicción en contra de la Provincia de Córdoba pretendiendo se declare la nulidad e inaplicabilidad de los arts.54, 68 inc. E y 69 inc. C de la Ley 9728, permitiéndole tener un saldo mayor de días de licencia por enfermedad para toda su carrera policial, restituyéndole, si correspondiere, diferencias de haberes ilegítimamente descontados, con intereses y costas.

La pretensión de la parte actora consistió en que no correspondía considerar como “Licencia por razones de salud” en los términos del Art. 54 de la Ley. 9728, a los días de reposo por prescripción médica en virtud de un embarazo de alto riesgo, es decir, en la no discriminación basada en las contingencias padecidas por la mujer durante el periodo de gestación y maternidad, exigiendo el respeto de los 180 días de licencia previstos en la Ley. 9905 y luego en la reglamentación del art. 55 de la Ley de Personal Policial.

La parte demandada resolvió la cuestión aplicando la pauta genérica del art. 54 de la Ley 9728, y considero consumida la Licencia por razones de salud, como así también la coloco en estado de disponibilidad, quedándole solo siete días para evitar el pase a situación pasiva con las consecuencias que ello implica.

De los hechos y las pruebas ofrecidas por ambas parte la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación resuelve dar lugar parcialmente a la petición de la actora en contra de la Provincia de Córdoba y en consecuencia, declarar la nulidad de las Resoluciones. Se resuelve condenar a la demandada al pago de las diferencias de haberes más sus intereses, y las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios profesionales.

III. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia

Se reúnen en audiencia pública las señoras vocales de la Cámara en lo contencioso administrativo luego de agotarse la vía administrativa, a los fines de dictar sentencia. La vocal Cecilia María de Guernica considero que los actos cuestionados por parte de la demandada se encuentran viciados de nulidad absoluta por ser irrazonables, arbitrarios y contener una fundamentación aparente. Sostiene la misma que el “reposo” que se le prescribió en los dos embarazos fueron dispuestos medicamente como a cualquier mujer embarazada en la misma situación y para evitar un grave daño a la salud tanto de la madre como de sus hijos por nacer.

Hace alusión que la misma no encuadra en la situación del art. 54 que considero la parte demandada, sino que, se trata de una situación extraordinaria y especifica que no puede ser considerada dentro de la norma o pauta genérica, sino que debió haberse contemplado en el art. 55 como licencia extraordinaria.

Se plantea la inconstitucionalidad de la normativa y su aplicación al presente caso, considerando que atenta contra la garantía de igualdad ante la ley (arts. 16 y 14 bis y 75 inc. 22 de la CN), el derecho de propiedad (art. 17 CN), el principio de la razonabilidad (art.28 CN) y el principio de jerarquía normativa (art.31 CN). A raíz de ello, le corresponde aplicar la extensión de la licencia extraordinaria por maternidad prevista en el (art. 55 inc.d) a todos los días de inasistencia ocurridos durante ambos embarazos.

Por otro lado la Señora Vocal Guernica plantea la problemática de género que subyace de la pretensión esgrimida por la actora. Considerando que frente a una situación de hecho que involucre una cuestión de género, el criterio hermenéutico de interpretación y aplicación del derecho, debe partir de un concepto de justicia equitativa, a fin de garantizar la mayor protección al derecho de la mujer, integrando el principio de igualdad a la desigualdad

inherente a ambos sexos. Pero al momento de los actos cuestionados es muy claro el trato discriminatorio a la actora.

La diferencia por antonomasia entre ambos sexos es la capacidad de la mujer de llevar un niño en su vientre, de cursar un embarazo. Por tal motivo las vicisitudes que pueden presentarse en su salud, relacionadas con el periodo de gestación, no podrán nunca ser padecidas por el hombre, ni las consecuencias de cualquier tipo de enfermedad pueden ser las mismas frente a una mujer embarazada o una persona (mujer u hombre) que no lo esté. Por ello la Vocal alude que la situación planteada en autos, del principio de igualdad, en los términos citados por la autora implican la reducción de las desigualdades para asegurar la igualdad en el goce de los derechos y aceptar la pretensión esgrimida diciendo que es indiscutible.

Se reconoce la inaplicabilidad de la normativa a situaciones como las que atravesó la actora, y la legitimidad de su reclamo, lo cual devienen de actos nulos cuestionados en los autos, por lo cual la demanda resulto procedente. Lo cual se condenó a la demandada a abonar a la actora las diferencias de haberes producidos entre la situación de servicio efectivo y la de la disponibilidad.

Más los intereses correspondientes en virtud de las especiales circunstancias que rodean la causa considerados por este Tribunal (at.130 CPD) aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182. Se impuso las costas por el orden causado y la regulación de honorarios profesionales de los letrados intervinientes. La segunda Vocal Angeloz compartió los fundamentos y conclusiones de la Señora Vocal Guernica y voto en idéntico sentido.

IV. La descripción del análisis conceptual.

Análisis jurisprudencial

La protección de la mujer contra toda forma de violencia y/o discriminación por razones de embarazo, parto, o maternidad, así como la protección de la familia y el interés superior del niño se encuentran especial y concretamente garantizados tanto por nuestra Constitución Nacional como en diversos instrumentos internacionales, así como en diversas leyes, 26.485 (Ley de protección integral a las mujeres) 24.632 (Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer). Existe un corpus iuris,

compuesto de normas legales, constitucionales, supralegales, nacionales e internacionales, destinadas a brindar la máxima protección a la mujer, a la maternidad y al niño.

La cámara del trabajo determinó en un fallo precedente, que existiendo tantos ordenamientos jurídicos internacionales relacionados con el tema, supone que el Estado no puede invocar la primacía de su ordenamiento jurídico interno, cuando el mismo pudiera resultar limitativo de los mayores derechos garantizados por los Tratados (art.4 y 5 PIDES).

En este contexto, el motivo por el cual las normas citadas otorgan una tutela especial a la mujer, a la familia y a la maternidad, radica en que tanto el embarazo, como el parto y la licencia post parto, ubican a la mujer en un estado particular de vulnerabilidad y, por ende, constituyen factores sensibles de discriminación.

Por ello consideran que la protección de las normas citadas, cuya intención y espíritu no es otro que proteger del despido y/o de cualquier acto discriminatorio a la mujer que va a ser madre y, por ende, al niño y a la familia, especialmente durante el período pre parto. A su vez en este caso se vulnera la protección integral de la familia que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional. En el caso, la demandada exige que se le reconozca el acto discriminatorio que le habían realizado por dar aviso de su estado de embarazo en periodo de prueba, la Cámara consideró que el distracto decidido por la demandada durante el período en que la trabajadora gozaba de especial tutela, vulneró la protección de la mujer, de la maternidad, de la familia y del interés superior del niño contemplada en la normativa citada.

El despido por razón del estado de maternidad supone un acto ilícito- discriminatorio. Así, esta Cámara resolvió a favor de la parte actora y agrego reparar el daño causado por parte de la demandada elevándose el monto de condena. En sentido coincidente, La cámara de apelaciones del trabajo determino ante la demanda interpuesta por la actora de despido por causa de embarazo, que queda perfeccionada la discriminación por motivo de embarazo y a su vez agrego la reparación de daños producidos.

Es importante recordar que el despido de la persona trabajadora por el hecho de encontrarse en proceso de embarazo constituye violencia de género, en concreto, un acto ilícito de discriminación contra la mujer producido en la esfera del empleo. Establecer mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de

compensación justos y eficaces, la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, instituye que la mujer víctima de violencia de género -en cualquiera de sus tipos o modalidades- puede reclamar una reparación plena, o sea, una “reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia” (art.35).

Las reglas de la prueba en los casos de violencia de género son particulares. Efectivamente, en primer lugar, el art. 16 de la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, al fijar las reglas judiciales mínimas, dispone como garantía la de “amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”.

En los procesos civiles relativos a un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

Por otra parte cabe recordar que el daño moral en estos casos no debe dejarse de lado ya que se lesionan los sentimientos que determinan dolor y sufrimiento físicos, espirituales, en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria. Siendo eso así, se trata de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido.

VII. Análisis Doctrinario

La Dra. Barbatti en un ensayo aborda el tema de la perspectiva de género y trae a colación el principio antidiscriminatorio contenido en el art. 16 De nuestra Carta Magna y en una importante cantidad de normas tanto internas como supranacionales, las cuales resultan insuficientes para desactivar relaciones sociales de dominación basadas en el género, que encuentran su raíz en patrones socioculturales arraigados y naturalizados que terminan determinando que algunos grupos de personas se encuentren en situación de opresión mientras que otros se encuentren en situación de privilegio.

En la Revolución Francesa la igualdad de todos los seres humanos llevo dos siglos para adquirir eficacia en relación con las mujeres, el largo camino iniciado desde ese hito

hacia el día de hoy, ha estado marcado por la lucha de los movimientos feministas y los activistas por la diversidad sexual. Asimismo no alcanzo para que la mujer tenga asegurado el efectivo goce de sus derechos y libertades. Se hizo necesario entonces articular mecanismos concretos para obtener su reconocimiento expreso, ya sea a través de prohibiciones generales de ejercicio de violencia o discriminación por sexo, como así también de acciones positivas como fueron en un principio los cupos.

Por otra parte, desde hace unos años comenzaron a producirse cambios en la forma de pensar los derechos consagrados en normas de antigua data y aparente neutralidad. Es en este punto en el que surge como necesaria la intervención de la justicia, que analice de una particular manera los hechos y el derecho invocados, cuando llegan a su conocimiento situaciones en las cuales de alguna manera se observe comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, es decir, se está requiriendo una nueva forma de juzgar.

Cuando hablamos de diferenciación en razón del sexo nos referimos a mujeres y varones y sus diferencias biológicas, a una serie de características genéticas que nos marcan desde el nacimiento y que vienen dadas por la presencia de órganos diferenciados. Está ligado a la composición anatómica de nuestros cuerpos. En consecuencia, asumir el entramado en el que se produce el conflicto requiere reconocer que existen estos estereotipos o patrones socioculturales que sostienen la desigualdad.

Así, esta visibilización de la asignación diferenciada de roles permite revelar que no se tienen las mismas oportunidades y trato y, a partir de allí, hacerse cargo de estas asimetrías y actuar en consecuencia para compensarlas, impartiendo un trato diferenciado cuando es necesario y adoptando especiales medidas de protección (erreius,2021).

VII. Comentarios de la autora

Luego de lo expuesto se puede ver el crecimiento en cuanto a normativas para proteger la discriminación que sufre la mujer en el empleo, pero también se deja claro que aún no se han eliminado totalmente las desigualdades respecto al género.

Además, no basta con declarar la igualdad de trato, cuando en la realidad no existe igualdad de oportunidades. Esto significa que el diferente y jerarquizado papel que los hombres y las mujeres tienen dentro de la familia y la sociedad y las consecuencias de esta

asignación de papeles en el ciclo de vida, dificultan enormemente cualquier propuesta de igualdad.

Amerita ello, como resolvió La Cámara de nuestra provincia de Córdoba, en el fallo bajo análisis, postura a la que adhiero, donde se puede notar muy clara la discriminación a la que fue sometida la actora ya que se veía transcurriendo dos estados de embarazos diferentes, lo cual, un hombre nunca pasaría por ello. Ese es un indicio muy claro de discriminación.

Consecuentemente, entiendo que frente a una situación de hecho que involucre una cuestión de género, el criterio hermenéutico de interpretación y aplicación del derecho, debe partir de un concepto de justicia equitativa, a fin de garantizar la mayor protección al derecho de la mujer; integrando el principio de igualdad a la desigualdad inherente a ambos sexos. La reglamentación vigente al momento del dictado de los actos cuestionados, consagra en el fallo bajo análisis un trato discriminatorio a la actora, en su condición de mujer.

Pero situar a este derecho como principio rector para todo accionar estatal, generó en el caso bajo análisis, un conflicto de leyes que por un lado se consideró la situación como algo genérico, lo cual, es irrazonable, arbitral y contiene una fundamentación aparente, por tratarse de una cuestión ligada pura y exclusivamente a proteger a la mujer en estado de embarazo y prevenir un daño a la persona por nacer, ya que, la Licencia extraordinaria carece de explicaciones ante situaciones de excepciones tal como estás. Por lo mismo, se debe aplicar siempre la Ley más favorable y amplia para la parte en estado de vulnerabilidad.

IX. Conclusiones

Por todo lo expuesto considero que; resulta sumamente importante recordar que el Convenio Colectivo De Trabajo que ampara a la actora garantiza a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tiene carácter de derecho adquirido desde el momento en que la trabajadora procede a notificar su embarazo.

Dada la condición natural de la mujer como procreadora y las responsabilidades que se le han impuesto culturalmente, las leyes que abordan el tema referido a la maternidad y a las responsabilidades familiares implican uno de los principales desafíos en el mercado de trabajo, ya que son una clara muestra de la inequidad que subsiste en la actualidad.

El desafío debe estar puesto en consolidar y profundizar los cambios sociales y culturales que se han obtenido en nuestro país en los últimos años, es necesario destacar una

participación laboral aun mayor de las mujeres, lo cual indudablemente debe ser visto como un avance social. A pesar de lo cual todavía quedan ajustes por realizar a partir de la implementación de políticas activas de empleo que dé cuenta de las diferencias y desigualdades que todavía perduran en el mercado laboral.

En conclusión, sigue existiendo un trato desigual por exclusiva cuestión de género, como es aquí el embarazo cursado por la trabajadora, dando lugar a la falta de protección y a la estabilidad laboral que la Ley le brinda. De esta manera, sin dudas la procedencia del daño moral es una herramienta eficaz para hacer frente a las injusticias recibidas por mujeres en el ámbito laboral.

Referencia Bibliográfica

Tribunal superior de justicia Provincia de Córdoba (Cámara contencioso Administrativa).

“Castro, Paula Giselle C/ Provincia de Córdoba- Plena jurisdicción”, expediente n.º 1633860. 14 de febrero del 2020. Recuperado de:
<http://jurisprudenciaba.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley N° 23.054. Recuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Ley N° 9.728 Personal policial de la provincia de Córdoba. 12 de enero del 2010.
 Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-cordoba-9728-personal-policial-provincia-cordoba.htm>

Ley N° 20.744. Régimen de contrato de trabajo. Buenos aires 13 de mayo de 1976.
 Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Ley N° 26.485. Ley de protección integral a las mujeres. Marzo 11 de 2009. Recuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

Ley N° 24.430. Constitución de la Nación Argentina. 3 de enero de 1995. Recuperada de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley N° 24.632. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". 1 de abril de 1996. Recuperada

de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

Bustamante Casa, M. (diciembre 2008) El mobbing laboral. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/maria-cecilia-bustamante-casas-mobbing-laboral-dacc080115-2008-12/123456789-0abc-defg5110-80ccanirtcod>

Lobato, J. (junio, 2019) *Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”*. Recuperado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652019000100049

Dworkin, R. (Septiembre 1984) *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel S.A. Recuperado de: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf

Iglesias, M. Mercado, K. Villa, L (Noviembre 2018) *Estabilidad de la mujer trabajadora en estado de embarazo*. Cartagena de Indias. Revistas jurídicas CURN. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/267966757.pdf>

Vargas, P. J. J. (2017). La desigualdad de género en el mercado laboral. *Revista de información laboral*, 6. Recuperado de: <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Jimenez.pdf>

Cámara Nacional del Trabajo. “L.E.A c/ Coto Centro Integral de comercialización S.A s/ Despido”. 22 de febrero del 2020. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--coto-centro-integral-comercializacion-sa-despido-fa22040002-2022-02-22/123456789-200-0402-2ots-eupmocsollaf>

Cámara Nacional del Trabajo.”Rouco, Carol Debora c/ La Gota Farmacéutica S.R.L s/ Despido”. 2 de julio del 2015. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-rouco-carol-debora-gota-farmaceutica-srl-despido-fa15040004-2015-07-02/123456789-400-0405-1ots-eupmocsollaf?file:///C:/Users/Notebook/Downloads/15040004.pdf>

Barbatti Dechiara, S. (13 de abril del 2021). La perspectiva de género en las sentencias laborales: análisis sistemático de la doctrina judicial. Recuperado de: <https://www.erreius.com/actualidad/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/Nota/1140/la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias-laborales-analisis-sistematico-de-la-doctrina-judicial#:~:text=%C2%BFQU%C3%89%20ES%20LA%20PERSPECTIVA%20DE,un%20fen%C3%B3meno%20estructural%20y%20sistem%C3%A1tico>