

Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Discriminación laboral TEDH. *Case of Jurčić v. Croacia*, 4 de febrero de 2021

Por Gabriela Alejandra Vázquez¹

1. Desigualdad estructural de las mujeres en el trabajo: embarazo y maternidad

La desigualdad estructural de las mujeres en el mundo del trabajo se manifiesta de diversas formas y una de ellas se vincula al embarazo actual o potencial, que constituye una de las causas que con mayor intensidad repercute negativamente sobre los derechos laborales y profesionales de las mujeres, tanto en el acceso como en la promoción y permanencia en el empleo. Basta pasar revista de las bases de jurisprudencia para captar que es un motivo significativamente frecuente de segregación del empleo. Ello va unido, por cierto, a la maternidad, porque es sabido que los estereotipos patriarcales –aún imperantes–, asidos a la división sexual trabajo,² colocan sustancialmente a cargo de las mujeres el cuidado de las/os niños/as, así como el de todas las personas de la familia que requieren ser cuidadas (adultos mayores, personas con discapacidad, etc.).

1 Abogada (UCA). Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora Adjunta de Derechos Reales (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Fue Consejera de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, de la Asociación Argentina de Jueces y Juezas del Trabajo y de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina.

2 En el orden patriarcal, el trabajo reproductivo se asigna a las mujeres que se confinan al territorio de lo hogareño –el adentro– y al cuidado de los/as hijos/as y de los miembros de la familia que precisan cuidados. Por otro lado, el trabajo productivo se asigna al varón, quien tiene el rol de proveedor y cuyo territorio es el afuera, el espacio público.

Los trabajos domésticos y de cuidados no remunerados (TDCNR) contribuyen muy significativamente en la economía mundial. En Argentina es el sector económico que más aporta al Producto Interno Bruto, según estudios recientes,³ ya que las mediciones indican que alcanza al 15,9%, seguido por la industria (15,7%) y el comercio (15,5%). El problema es que la distribución de los TDCNR es estructuralmente desigual, porque 9 de cada 10 mujeres realizan estas tareas, las que significan en promedio 6.4 horas diarias, dedicando tres veces más tiempo que los varones. Y es aquí donde el sistema patriarcal sigue vivo y coleando, ya que, como se ha destacado, la distribución asimétrica de los TDCNR es la que “contribuye a explicar que su participación [la de las mujeres] en el mercado laboral sea más baja que la de los varones”; la que “incide en que tengan trabajos más precarios, que implican a su vez una mayor desprotección social”, como “por ejemplo no tener acceso a una obra social y, en un futuro, tener una mayor dificultad para acceder a una jubilación por no tener aportes” y también que las mujeres “presentan mayores niveles de desocupación, ganan menos y, por consiguiente, son más pobres”, puntualizándose que, en definitiva, “es imprescindible entender que las condiciones del trabajo remunerado están estrechamente ligadas a cómo se resuelven las tareas no remuneradas”.⁴

2. La discriminación laboral por embarazo o maternidad en los tratados internacionales

La cuestión del embarazo y la maternidad emergen como obstáculos reales en el desarrollo de la vida laboral y reciben tratamiento específico en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular, con relación a los derechos laborales de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵ (CEDAW), en su artículo 11, inciso 2, obliga a los Estados parte a

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3 Ver Dirección Nacional de Economía Igualdad y Género dependiente del Ministerio de Economía de la Nación, Los cuidados, un sector económico estratégico Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto, 2020. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf

4 Ídem nota 3, p. 3.

5 Este tratado tiene rango constitucional en Argentina de acuerdo al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) también se ha ocupado específicamente de la cuestión en varios Convenios: N° 3 (1919), N° 103 (1952) y N° 183 (2000). El Convenio N° 183 sobre la protección de la maternidad, que revisa al de 1952 y que Argentina no ha ratificado todavía, garantiza a la mujer: una licencia por maternidad de una duración mínima de catorce semanas (art.4°) y una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto (art.5°), además de prestaciones pecuniarias a las mujeres que se ausenten por las referidas licencias (art.6°, inciso 1°). En torno a su *quantum*, las citadas prestaciones deben garantizar “a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado” (art.6°, inc. 2°); cuando estén fijadas en la legislación interna con base en las ganancias anteriores, el monto “no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones” (art. 6°, inc.3°); si la licencia por maternidad debe fijarse por otros métodos, el monto “debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del inciso 3° (art.6°, inc. 4°). Asimismo, se debe garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias “puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres” a las que se aplica el Convenio N° 183 (art.6°, inc. 5°). Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los Fondos de Asistencia Social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción (art.6°, inc.6°). Por último, se dispone que se “deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional”, las que “deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario” (art.6°, inc.7°).

En otro orden de cosas, y a fin de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, el Convenio N° 183 OIT dispone que las prestaciones relativas a la licencia por maternidad o por complicaciones o riesgos del embarazo “deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a Fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales” (art.6°, inc. 8°) y que

un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando: (a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o (b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores (art.8°, inc. 8°).

Otra previsión destacable del tratado es la relativa a la protección del empleo y la no discriminación, ya que dispone en el artículo 8°:

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

3. Embarazo y maternidad en el derecho doméstico argentino

En el derecho argentino de alcance nacional, el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo presume, salvo prueba en contrario, “que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y ½) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto”, siempre que la mujer haya notificado y acreditado en forma el hecho del embarazo y, en su caso, el del nacimiento;⁶ y prevé una indemnización agravada, cuantificada en un año de remuneraciones, para el caso que se la despidiera por esa causa discriminatoria,⁷ que se suma a la del despido injustificado (art. 245 LCT). Por otro lado, la Ley N° 26485 de Protección Integral de la Mujer considera violencia laboral a

aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre [...] maternidad [...] o la realización de test de embarazo (art. 6°, inciso c).

La protección normativa de la persona gestante en el ámbito laboral no hace diferencias entre el embarazo natural y el alcanzado a través de técnicas de reproducción asistida, por lo que las normas a las que se hizo referencia abarcan a cualquiera de dichas hipótesis.

4. La búsqueda del embarazo a través de técnicas de reproducción asistida

Una situación particular de violencia laboral se presenta cuando las mujeres son segregadas del trabajo o perjudicadas en sus condiciones laborales porque deciden acudir a tratamientos científicos de repro-

6 La jurisprudencia ha entendido que la comunicación expresa puede ser suplida por la prueba del conocimiento efectivo que tenga la patronal del estado de gravidez, p. ej., cuando el embarazo es ostensible o, aunque no lo sea, si existen pruebas que demuestran ese conocimiento.

7 Esa indemnización se acumula a la del artículo 245 LCT. Hemos dicho, en otra oportunidad, que podría reclamarse la nulidad del despido fundado en el embarazo o la maternidad, con base en la Ley N° 23592 (art. 1°) y el artículo 11 de la CEDAW. Cf. Vázquez, G. A. (marzo de 2012). El despido por causa de embarazo o maternidad: algunas reflexiones sobre la incidencia del patriarcado en las relaciones laborales, *Revista La Causa Laboral*, 50, 52.

ducción asistida para quedar embarazadas o cuando de hecho los están recibiendo y toman licencia médica para la realización de esas prácticas.

La Ley N° 26862, que es de orden público, garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas tanto las técnicas de baja como las de alta complejidad.⁸

Sobre esa garantía se expidió la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. El Tribunal evaluó allí las afectaciones a los derechos humanos⁹ que había producido a los/as demandantes la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* desde el año 2000. Luego de recordar que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”, consideró que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada” e incluye “la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

En la jurisprudencia nacional es conocido el precedente de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el expediente “Velázquez, Gabriela María Inés c/ Grupo Concesionario del Oeste” (Sentencia del 31.05.2008). El empleador, en oportunidad de despedir a una trabajadora cuando se encontraba en uso de licencia médica para la realización de un tratamiento de fertilización asistida, no invocó ninguna causa que justificara su decisión. La Cámara consideró que el empleador tenía conocimiento de los tratamientos que estaba realizando la dependiente en búsqueda de quedar embarazada y dijo que el despido debía considerarse discriminatorio por aplicación de lo dispuesto por la Ley Antidiscriminatoria N° 23592. El juez Fernández Madrid, quien votó en primer término, también remarcó que, al contestar demanda, la empleadora había invocado que el distracto se había debido a cuestiones de reestructuración de la empresa y que, más allá de la extemporaneidad de la causal invocada,¹⁰ esta no había sido ni mínimamente probada. Ese precedente abrió camino y le siguieron otros en la misma línea conceptual. En el derecho comparado una profusa jurisprudencia tiende a equiparar la protección legal acordada a la mujer durante el embarazo al período en que está realizando un tratamiento de fecundación¹¹ e incluso se ha declarado la nulidad de despidos de trabajadoras que, al tiempo de ser desvinculadas, se encontraban en tratamiento de reproducción asistida.

8 La reglamentación de la Ley N° 26862, realizada por el Decreto del PEN N° 956/2013, considera técnicas de baja complejidad “a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante” y por técnicas de alta complejidad “aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos” (art.2°).

9 A la integridad personal, a la libertad personal, a no padecer injerencias arbitrarias en la vida privada personal y familiar, a fundar una familia, todo ello en relación con la garantía de igualdad y no discriminación. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 317.

10 Con clara alusión a lo establecido por el artículo 243 LCT que no admite la modificación de la causal de despido consignada en la comunicación rescisoria.

11 Ver, los citados por Plaza, M. E. (2020). La búsqueda de la maternidad y el trabajo. En *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, dirigido por Marisa Herrera, Silvia E. Fernández y Natalia de la Torre, tomo Derecho del Trabajo (pp. 165-183), coordinado por G. A. Vázquez y M. E. Plaza. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni.

En el precedente *Jurčić v. Croacia* del TEDH que analizaremos a continuación se abordó justamente un supuesto de discriminación de una mujer trabajadora a quien le fueron negadas compensaciones salariales por complicaciones en el embarazo, sobre la base de considerar que el contrato de trabajo que había suscripto a pocos días de haberse sometido a una técnica de reproducción asistida (*in vitro*) había sido fraudulento y concretado al solo efecto de beneficiarse de las prestaciones del seguro de salud laboral obligatorio.

5. El Caso Jurčić. Los hechos y la decisión final

La señora KRISTINA JURČIC había estado empleada con breves interrupciones desde 1993 y su último empleo se había extendido desde el 19.08.2006 hasta el 31.10.2009. Desde 01.11.2009 estaba desempleada. El 17.11.2009 se sometió a una fertilización *in vitro* y el 27.11.2009 la contrató –para tareas administrativas– una empresa que estaba situada en la ciudad de Split, a 360 km de su casa. El 11.12.2009 la trabajadora presentó la solicitud para registrarse en el plan de seguro de salud del Fondo de Croacia y quedó registrada como empleada asegurada. El 14.12.2009 la trabajadora empezó a sentir náuseas y su médico determinó que la fecundación *in vitro* había sido un éxito, le dijo que necesitaba reposo debido a complicaciones relacionadas con el embarazo y le prescribió una licencia por enfermedad. El 17.12.2009 se confirmó por ecografía que estaba embarazada y el 28.12.2009 Kristina Jurčić presentó ante el Fondo una solicitud de pago de salario compensatorio durante su licencia por las complicaciones del embarazo. El 05.01.2010 la oficina del Fondo inició de oficio una revisión del estado del seguro de salud de la Sra. Jurčić y el 16.02.2010 rechazó su solicitud de registro como empleada asegurada junto con su solicitud de compensación salarial por la licencia. El Fondo argumentó que el 27.11.2009 la Sra. Jurčić no estaba en condiciones médicas para trabajar, porque se había sometido a la fertilización *in vitro* diez días antes. Por esa razón, consideró que su empleo era fraudulento o ficticio y celebrado con el único objetivo de obtener ventajas económicas relacionadas con el estado de los empleados asegurados, entre las que se incluían la compensación salarial durante la ausencia por complicaciones en el embarazo.

La Sra. Jurčić argumentó que se sentía bien luego de someterse a la fertilización *in vitro* y que no tenía manera de saber que el implante sería exitoso y que no existían motivos para que se perdiera una oportunidad de empleo el 27.11.2009. Según el informe de un médico ginecólogo del 03.03.2010, el día en que la trabajadora tomó el empleo con la compañía estaba bien de salud y esperando los resultados de la *in vitro* y remarcó que ni ella ni su ginecólogo podían saber por adelantado si la fertilización sería exitosa y cómo se desarrollaría el embarazo. La actora debía trabajar en la sede de la compañía (Split), pero parte de sus tareas podían realizarse por teletrabajo desde su hogar, aunque el trabajo requería que viajara dentro y fuera de Croacia.

Los médicos del Fondo dijeron que era usual que se ordenara reposo a quien se sometía a una *in vitro* y que entonces no habría podido tomar el trabajo el 27.11.2009, hasta que se hiciera la prueba de embarazo que estaba prevista para el 03.12.2009. Dijeron también que el reposo implicaba no solo

evitar esfuerzos físicos y psicológicos, sino en particular viajar, debido a los sacudimientos que podían perjudicar la implantación durante la fase sensible posterior a la transferencia. Además, dijeron que cada viaje implicaba una situación potencialmente estresante que podía impactar negativamente en el resultado del embarazo porque, en la experiencia ginecológica, a estabilidad psicológica mejora las posibilidades de un resultado favorable de la fertilización *in vitro*.

En definitiva, lo que resolvió el Fondo fue que, si bien el embarazo no podía ser un motivo para no tomar el trabajo, las circunstancias particulares del caso de la Sra. Jurčić indicaban que su empleo debía ser considerado ficticio y con el único objetivo de obtener la compensación salarial otorgada a las personas empleadas.

La Sra. Jurčić cuestionó la decisión del Fondo a nivel administrativo (ante la Oficina Central del Fondo de Seguro de Salud de Croacia) y también en sede jurisdiccional ante el máximo tribunal con competencia administrativa y ante la Corte Constitucional. La actora sostuvo haber sido discriminada como mujer que se somete a una fertilización asistida. Se apoyó expresamente en el CEDH y en la ley croata sobre prevención de la discriminación. También explicó que tenía planeado mudarse cerca de Split, donde su marido tenía registrado su domicilio y adujo que la mayoría de los empleados de la empresa tenían su domicilio en otros lugares, porque la naturaleza del trabajo de la compañía era compatible con el teletrabajo que ella hacía.

Paralelamente, se quejó ante la Defensoría General de Equidad de Género. El 18.12.2009 este organismo le informó que había emitido una advertencia al Fondo en cuanto a que su decisión había violado la prohibición de tratamiento menos favorable por motivos de embarazo y que esto constituía discriminación basada en el sexo. La Defensoría General enfatizó que la interpretación se había basado en definitiva en la premisa de que cada mujer que se había sometido a una fertilización *in vitro* debía ser considerada físicamente incapaz de tomar un empleo, y que una mujer que llevaba adelante una fertilización *in vitro* o embarazada no sería en realidad empleada por ningún empleador. También recomendó al Fondo que abandonara la interpretación que llevaba a cabo en casos similares, en base a la cual, podía entenderse que una mujer que llevaba adelante una fertilización *in vitro* o que pudiera tener un embarazo de alto riesgo no estaba en condiciones de realizar ningún tipo de trabajo.

Los tribunales internos de Croacia apoyaron la decisión administrativa del Fondo, o sea, entendieron que el día en el que la Sra. Jurčić había suscripto el contrato laboral no estaba en condiciones de trabajar y que, en la fase más sensible de un embarazo –de mellizos– no estaba en condiciones de cumplir con sus obligaciones laborales en el sentido dispuesto por la ley laboral, según la cual el empleado debe realizar personalmente las actividades para las que firmó el contrato laboral. Estos hechos llevaron a la conclusión de que no tomó el trabajo con el propósito de cumplir las mutuas obligaciones entre empleador y trabajador, sino que lo había hecho exclusivamente en fraude, o sea, para beneficiarse con las prestaciones del seguro social obligatorio.

El 22.04.2015 la Corte Constitucional de Croacia rechazó la queja y avaló la tesis de las instancias anteriores de que el contrato había sido firmado solamente para adquirir los derechos emergentes del plan de seguro médico obligatorio.

6. La fundamentación jurídica del TEDH

En la sentencia que aquí comentamos el TEDH luego de rechazar la defensa de Croacia, en cuanto a que no se habían agotado los recursos domésticos,¹² concluyó que Kristina Jurčić había sido discriminada en base a su sexo; declaró que el Estado había violado la garantía de igualdad y no discriminación en razón del sexo –artículo 14 del CEDH en relación al artículo 1 del Protocolo N° 1– y dispuso que se le pague a la damnificada la suma de EUR 7.500 por daños no pecuniarios con intereses y EUR 1.150 por costas y gastos causídicos.

Luego de repasar los hechos, la sentencia del TEDH realiza un profuso relevamiento de las normas jurídicas trascendentes para el caso, o sea, las atinentes a la garantía de igualdad y no discriminación y a la protección de la maternidad y de la mujer embarazada en el ámbito del empleo. También se ocupa el Tribunal de relevar la doctrina jurisprudencial.

6.1. El ámbito doméstico

El Tribunal comienza repasando las previsiones específicas de leyes domésticas de la República de Croacia: su Constitución (arts. 14, 62 y 64 § 3); la Ley Laboral (Secciones 3[2], 7 [1] y 64); la Ley de Seguro Obligatorio de Salud (Secciones 26, 28, 42, 43, 104 y 106), con particular referencia a la cobertura de salario compensatorio por embarazo y sus complicaciones; la Regulación sobre derechos, condiciones y forma de goce de los derechos derivados del seguro obligatorio de salud, haciendo mérito especialmente de las facultades de control del Fondo para verificar la realidad de los hechos (Sección 6); la Ley de Prevención de la Discriminación (Secciones 1, 16[1] y 17) y la Ley de Equidad de Género (Secciones 6, 9 y 13).¹³

A continuación, el TEDH analiza los casos juzgados por el Superior Tribunal Administrativo de Croacia en los que este consideró que mujeres embarazadas habían incurrido en contratos laborales ficticios o fraudulentos durante los embarazos y también aquellos en los que decidió que no había fraude.¹⁴ Por último, en lo atinente a las prácticas internas, destacó las partes más relevantes del Informe Anual 2012 de la Defensoría General de Equidad de Género de Croacia, publicado en marzo de 2013, en el que ese organismo había advertido que, en la última década, el Fondo había incurrido en actitudes basadas en estereotipos que irrefutablemente concluían que había contratos de trabajo ficticios o abu-

12 TEDH. *Case of Jurčić v. Croacia*, Application no. 54711/15, 4 de febrero de 2021, Court (First Section), párrs. 47-54.

13 Ídem nota 12, párrs. 24-29.

14 Ídem nota 12, párrs. 30 y 31.

so del sistema de seguro de salud en los casos de mujeres que ingresaban al empleo en estado avanzado de embarazo; atribuyéndose funciones jurisdiccionales y declarando ficticios esos contratos para negar compensaciones de salarios. La Defensoría General de Equidad de Género señaló en ese reporte que había tomado cartas en el asunto de manera proactiva y hecho una reunión con los Ministerios de Salud, de Políticas Sociales y el Fondo, en la que había sugerido que se implementaran medidas, entre ellas, que en los casos de duda de empleo legal se sometiese el caso a un procedimiento civil que definiera la controversia (Párrafo 32).¹⁵

6.2. Normas relevantes de derecho internacional de los DDHH

El TEDH se ocupa de consignar el material internacional relevante para la decisión del caso. De inicio, pone especial énfasis en las previsiones de los artículos 5 y 11 de la CEDAW, ratificado por Croacia. Como se señaló al inicio de este comentario, el artículo 11 de la CEDAW hace tema puntual de los derechos humanos de las mujeres en el campo del empleo y la seguridad social.

En segundo término, en la sentencia se plasma lo reglado por los artículos 6 y 8 del Convenio N° 183 de la OIT, a cuyo contenido puntual nos referimos en el apartado II de este aporte.

En el pronunciamiento también se evoca lo establecido por la Convención de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica,¹⁶ concretamente su artículo 12 § 1, en orden a que los Estados parte deben tomar

las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres.

Por último, el Tribunal no pasa por alto el Apéndice de la Recomendación del 27.03.2019 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para prevenir y combatir el sexismo, en cuanto dispone que

se entiende por sexismo: Cualquier acto, gesto, representación visual, manifestación oral o escrita, práctica o comportamiento, basado en la idea de que una persona o grupo de personas es inferior por razón de su sexo, que tenga lugar en el ámbito público o privado, en línea o fuera de ella, cuyo propósito o efecto sea: [...] v. preservar y reforzar los estereotipos de género.¹⁷

¹⁵ Ídem nota 12, párr. 32.

¹⁶ Este tratado regional, suscripto en el ámbito del Consejo de Europa en 2011, obliga a Croacia en el orden internacional desde 21.01.10.2018, según se consigna en el fallo.

¹⁷ Ídem nota 12, párrs. 42-45.

7. Los argumentos del TEDH

Como se adelantó, el TEDH consideró que Croacia violó la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del CEDH en conjunción con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

a) Principios generales. Para resolver de ese modo, el Tribunal comenzó por recordar los principios generales ya establecidos en otros pronunciamientos y que habrían de guiar la definición del caso. En ese orden, resaltó:

1) Que una diferencia de tratamiento es discriminatoria si “no tiene una justificación objetiva y razonable”, o sea, si no persigue un “propósito legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el objetivo que se propone conseguir;

2) Que solo los diferentes tratamientos basados en una característica identificable, o “status”, pueden considerarse discriminación;

3) Que usualmente se le permite al Estado un amplio margen cuando se trata de medidas generales de estrategia económica o social, debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades porque las autoridades nacionales están, en principio, mejor posicionadas que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público en términos económicos o sociales, y que el Tribunal generalmente respeta las elecciones de política legislativa a menos que sean “manifiestamente sin fundamento razonable”, y que todas las medidas que se tomen por esas razones deben sin embargo ser implementadas de manera no discriminatoria y cumplir con los requerimientos de proporcionalidad. Que, en cualquier caso, independientemente del alcance del margen de apreciación del Estado, la decisión final respecto a la observancia de los requerimientos del CEDH la tiene el Tribunal.

4) Que los avances en la igualdad de sexo es un objetivo primordial para los Estados miembros del Consejo de Europa. Eso significa que, fuera del contexto de las medidas transitorias diseñadas para corregir desigualdades históricas, solo razones de mucho peso habrían de invocarse para que una diferencia de tratamiento por razones de sexo pudiera ser considerada compatible con el CEDH. Consecuentemente, cuando una diferencia de tratamiento se basa en el sexo, el margen de apreciación conferido al Estado es muy estrecho, y en esas situaciones el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea en general adecuada para el cumplimiento del objetivo perseguido, sino que también debe demostrarse que fue necesaria en las circunstancias.

5) Que ya ha reconocido, aunque indirectamente, que es necesaria la protección del embarazo y la maternidad; y

6) Que, en cuanto a la carga probatoria en relación con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH, una vez que un demandante ha demostrado una diferencia de tratamiento, le corresponde al Estado demostrar que fue justificada.¹⁸

¹⁸ Ídem nota 12, párrs. 62-67.

*b) Aplicación de los principios generales al caso.*¹⁹ En primer término, el TEDH consideró que Kristina Jurčić había recibido un trato diferenciado en razón de su sexo, ya que los beneficios del seguro (compensación de salario) le fueron denegados porque su contrato de trabajo había sido declarado ficticio debido a su embarazo y solo las mujeres pueden quedar embarazadas. Es decir, que el trato distinto se arraigaba en el sexo.

A continuación, pasó a evaluar si ese trato diferenciado había tenido una justificación objetiva y razonable o si, en cambio, era discriminatorio. Para ello, se adentró en el análisis del argumento del Gobierno croata, o sea, que se perseguía un objetivo legítimo, consistente en la protección de los recursos públicos, evitar un uso fraudulento y procurar la estabilidad general del sistema de salud. Sobre ese punto, dijo que, en principio, el embarazo de una mujer en sí no puede ser considerado conducta fraudulenta y que, aún más, las obligaciones financieras impuestas a un Estado durante el embarazo de una mujer por sí mismas no pueden constituir razones con peso suficiente para justificar diferencias de tratamiento por sexo.

Luego, el Tribunal afirmó que, aún en la hipótesis de considerar a la protección de los Fondos públicos como un objetivo legítimo, correspondía analizar si la medida, o sea, el trato diferenciado por sexo, era necesaria para lograr el objetivo, teniendo en cuenta el estrecho margen de apreciación otorgado a los Estados en los casos en que la diferencia de trato se basa en el sexo.

Finalmente, consideró que en el caso la negativa a reconocer un beneficio relacionado con el empleo a una mujer embarazada por causa de su embarazo constituía una discriminación directa por razones de sexo, que no se podía justificar por los intereses financieros del Estado y que el tratamiento diferente al que se sometió a aquella, como mujer que quedó embarazada por una inseminación *in vitro*, no fue justificado objetivamente ni necesario en las circunstancias.

En ese sentido, el Tribunal tuvo en cuenta que la investigación de oficio del Fondo se había iniciado bajo la sospecha de que el contrato de trabajo era ficticio porque la Sra. Jurčić había solicitado la compensación salarial por complicaciones en el embarazo poco tiempo después de tomar el empleo. Afirmó que, si bien las autoridades estaban facultadas para verificar la veracidad de los hechos legitimantes del seguro de salud, observaba que la jurisprudencia de la Corte Administrativa en la que el Gobierno croata se había basado para desestimar el pedido de la trabajadora “frecuentemente apunta a mujeres embarazadas y a las mujeres que concretan su contrato de trabajo en estados avanzados de su embarazo o con familiares cercanos”, las que “eran automáticamente puestas en la categoría de ‘empleadas sospechosas cuyas contrataciones ameritaban verificación’, a pesar de que bajo la ley croata a ningún empleador se le permite negarse a emplear a una mujer embarazada por su condición”. Desde esa perspectiva, el TEDH encuentra que “ese enfoque de las autoridades competentes croatas es generalmente problemático”, o sea, inadecuado, afirmación que realiza coincidiendo con las conclusiones de la Defensoría General de Equidad de Género de ese país, a las que aludimos en el apartado VI, a como uno de los elementos relevantes del fallo.

¹⁹ Ídem nota 12, párrs. 68-84.

Por otra parte, el Tribunal tomó nota de la conclusión de las autoridades croatas acerca de que la demandante no había estado en condiciones de trabajar en la fecha en que firmó el contrato de trabajo (27.11.2009) porque su médico le había recomendado reposo después de la fertilización *in vitro* diez días antes. En concreto, dijo que esas autoridades se basaban en el hecho de que la Sra. Jurčić debía trabajar en la sede de los empleadores a más de 350 km. de su lugar de residencia y que viajar en su estado podría reducir sus posibilidades de que la fertilización fuera favorable. A ese respecto, el TEDH descalificó el argumento y señaló que

por principio, incluso cuando la disponibilidad de un empleado es una precondition para el desempeño apropiado de un contrato de empleo, la protección que goza una mujer durante su embarazo no puede depender de si su presencia en el trabajo durante el embarazo es esencial para el correcto funcionamiento de su empleador o por el hecho de que está temporalmente impedida de realizar el trabajo para el cual fue contratada.

Y añadió: “Más aun, la Corte opina que introducir medidas de protección de la maternidad es esencial para sostener el principio de igual tratamiento para hombres y mujeres en el trabajo”.²⁰

En la sentencia, el Tribunal también señaló que, al decidir el caso “las autoridades domésticas se limitaron a concluir que, debido a la fertilización *in vitro*, ella estaba incapacitada para tomar el trabajo en cuestión, implicando así que ella debía abstenerse de hacerlo hasta que se confirmara su embarazo” y puntualizó que “esta conclusión estaba en directa contravención tanto de la legislación doméstica como de la internacional” y que equivalía a “desanimar a la demandante de buscar empleo debido a su perspectiva de posible embarazo”.²¹

El TEDH consideró que esos solos argumentos bastaban para concluir en el sentido que la Sra. Jurčić había sido discriminada en base a su sexo. No obstante, añadió otros factores adicionales según los cuales estimó que el diferente tratamiento sufrido por la trabajadora aparecía “incluso más llamativo”. A ese respecto, puso énfasis en que la Sra. Jurčić había tenido una experiencia laboral de 14 años de trabajo, durante los cuales había pagado regularmente contribuciones al plan de seguro de salud obligatorio y que, por lo tanto, no podía argumentarse que ella no había contribuido al Fondo de seguros al cual subsiguientemente le solicitó ciertos beneficios, concretamente el pago de compensación salarial durante su licencia por enfermedad debido a complicaciones relacionadas al embarazo.

En otro orden de cosas, el Tribunal indicó que la Sra. Jurčić, cuando tomó el trabajo, era consciente de que se había sometido a una fertilización *in vitro*, pero al mismo tiempo no tenía modo de saber si el procedimiento había sido exitoso o si quedaría embarazada. Y agregó que en ese momento no podía saber si su futuro embarazo, de existir, tendría complicaciones que le requirieran tomar licencia

²⁰ Ídem nota 12, párr. 76.

²¹ Ídem nota 12, párr. 77.

por enfermedad por un período de tiempo prolongado. Desde esa mirada, aseveró que las autoridades competentes croatas, al revisar el caso, no habían brindado ninguna explicación acerca de cómo aquella habría podido firmar conscientemente un contrato fraudulento, sin siquiera saber si quedaría o no embarazada, en particular teniendo en mente que ella no se encontraba bajo ninguna obligación legal de informar el hecho de que se había sometido a una fertilización *in vitro* o de que ella pudiera estar embarazada al momento de firmar su contrato, desde que las leyes domésticas prohíben al empleador requerir información concerniente al embarazo de una mujer o indicar a otra persona que pida esa información. Así las cosas, el Tribunal afirma que “pedirle a una mujer información sobre un posible embarazo o su planificación u obligarla a dar esa información al momento de contratarla también significaría una discriminación directa basada en el sexo”.²²

Asimismo, en la sentencia observó el Tribunal como otro elemento de juicio adverso a la postura del país demandado, que las autoridades croatas habían concluido en la condición fraudulenta del contrato sin siquiera evaluar si la Sra. Jurčić había asumido o no sus funciones y comenzado a realizar sus tareas laborales para el empleador.

También se puntualizó que, si las autoridades croatas hubieran tenido alguna evidencia de fraude o invalidez de la relación laboral de la demandante, nada les habría impedido instar un proceso al respecto. El Tribunal consideró reprochable que las autoridades nunca hubiesen buscado establecer si la fertilización *in vitro* que se había practicado requería de su ausencia laboral por razones de salud y advirtió con especial énfasis que “no hay nada que indique que las mujeres que se sometieron a una fertilización *in vitro* generalmente estén impedidas de trabajar durante el tratamiento de fertilidad o embarazo”.

Finalmente, y en coincidencia con las expresiones que vertiera la Defensoría General de Equidad de Género croata, el TEDH expresa su preocupación por las connotaciones o, antes bien, por la noción que subyace en la conclusión de las autoridades domésticas, ya que entiende que ella implicaría partir de la idea de que “las mujeres no deberían trabajar o buscar empleo durante el embarazo o la mera posibilidad de estar embarazadas”. En ese sentido, visualizó que esta especie de “estereotipo de género presenta un obstáculo serio para lograr una real y sustantiva igualdad de género”,²³ la que califica como una de las metas principales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Por otra parte, puso de relieve que las consideraciones de las autoridades domésticas no solo habían demostrado estar en violación a la legislación croata, sino también en contradicción con los estándares de igualdad de género internacionales relevantes, tales como los de la CEDAW, de la Convención de Estambul, del Convenio 183 OIT o de la Recomendación (2019) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En suma, el TEDH finaliza sus consideraciones reiterando que negarse a emplear o a reconocer un beneficio relacionado con el empleo a una mujer embarazada por causa de su embarazo constituye una discriminación directa por razones de sexo, la que no se puede justificar por los intereses financieros del Estado. Y en base a lo anterior, considera que el tratamiento diferente al que se sometió a

²² Ídem nota 12, párr. 81.

²³ Ídem nota 12, párr. 83.

Kristina Jurčić, como mujer que quedó embarazada por una fecundación *in vitro*, no fue justificado objetivamente ni necesario en las circunstancias, implicando la trasgresión de la prohibición de discriminación fijada por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en conjunción con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

c) *El voto concurrente del Juez Wojtyczek*. En su voto concurrente, el juez Wojtyczek exteriorizó sus reservas respecto a la forma en que el Tribunal había conceptualizado la discriminación. Señaló que las partes del razonamiento que presentan la naturaleza de la discriminación eran confusas. Enfatizó que, para establecer una discriminación, es necesario identificar la clase de personas que se encuentran en una situación similar y la clase de personas que se encuentran afectadas por la diferencia en el tratamiento y que, en este caso, ninguna de las dos clases de personas fue definida con precisión. Así, estima que, en su opinión, en el presente caso:

la clase de personas que se encuentran en una situación relevantemente similar abarca a todos los empleados. Todas estas personas reciben un ingreso relacionado con el empleo –así sea un salario o un beneficio que compensa la pérdida del salario si no pueden trabajar–. La diferencia de tratamiento no concierne a una persona aislada sino a toda una clase de personas que pueden definirse –en términos generales– como sigue: (i) mujeres que ingresan a un empleo durante el embarazo; y (ii) que no pueden trabajar durante el embarazo; y (iii) a quienes se les priva de la pensión que compensa la pérdida del salario; aunque (iv) no se ha establecido ningún tipo de fraude por parte de esa persona.

Explicó el magistrado que, desde su visión, las autoridades croatas introdujeron una diferenciación injustificada entre esa clase de personas y la clase que consiste en todos los otros empleados, al negarse a otorgar un beneficio relacionado con el trabajo. Que esa negativa no se basó en el sexo en sí ni en el embarazo en sí, sino en un presunto fraude supuesto desde el momento en que se firmó el contrato de trabajo. Y dijo más, ya que afirmó que “la clase de personas discriminadas abarca no solo a mujeres que se sometieron a una fertilización *in vitro* sino también a otras mujeres embarazadas”; que la “forma en que se embaraza una mujer es irrelevante para definir la clase de personas que son indebidamente diferenciadas por las autoridades”.

El magistrado también objeta el cuestionamiento que se realiza a las autoridades como manifestaciones estereotipadas, pues indica, en resumen, que el Tribunal no especificó cuáles expresiones de las autoridades croatas tiene en mente, así como que no hay motivos suficientes para imputar a las autoridades croatas en ese sentido.

8. Consideraciones finales

Creemos que la decisión del TEDH es acertada, en tanto pone claramente el foco en los estereotipos subyacentes. En concreto, es claramente violatorio de la prohibición de discriminación en razón del

sexo y revelador de una mirada distorsionada por un prejuicio patriarcal, el temperamento reiterado que realizaba el Fondo de Seguro de Salud de Croacia, de verificar y controlar las condiciones del seguro, presumiendo (sin un juicio previo) el fraude de los contratos laborales celebrados por todas aquellas mujeres que, como la Sra. Jurčić, accedían al empleo en etapas iniciales de un embarazo, fuera este natural o surgido a través de técnicas de reproducción asistida.

Colocar en una categoría sospechosa de fraude a la mujer embarazada que reclama prestaciones sustitutivas de su salario, por el solo hecho de haber pasado poco tiempo entre la fecha en que tomara el seguro obligatorio –imperativo para cualquier/a trabajador/a– y la fecha de reclamo del pago de la prestación por la contingencia (en este caso, el salario compensatorio por un embarazo con complicaciones), dando de baja el seguro y negando los beneficios, conspira contra la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres en el mundo del trabajo productivo.

Esta manera de operar arrasa con los derechos de las mujeres en la esfera del empleo, garantizados por la CEDAW; desconoce la importancia social de la maternidad y convierte a su capacidad natural de gestar, en una causa de discriminación y, por lo tanto, en un obstáculo para el desarrollo pleno de su empoderamiento económico y, en general, del goce completo de los derechos humanos, en igualdad de condiciones con el hombre.

En la conducta de las autoridades domésticas estaba presente el preconceito de que “las mujeres no deberían trabajar o buscar empleo durante el embarazo o la mera posibilidad de estar embarazadas”, como lo destaca el Tribunal de Estrasburgo, en un juzgamiento que, sin duda, fue efectuado con adecuada perspectiva de género. Es que para juzgar con perspectiva de género no alcanza con que un tribunal conozca el derecho, en su dimensión multinivel –de normas internacionales y domésticas–, sino que resulta imprescindible que, a ese conocimiento del derecho positivo, los jueces y las juezas sumen el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que provocan los estereotipos patriarcales, arraigados muy profundamente en todos/as quienes hemos sido socializados/as en ese orden de relaciones de poder desigual.

Son esos estereotipos, prejuicios o “preconcepciones de atributos”, para usar palabras de la Corte IDH,²⁴ infinidad de veces imperceptibles, los que afectan la objetividad, distorsionan la percepción de los hechos, dan lugar a decisiones que perpetúan las desigualdades y, de esa forma, siguen siendo causa y consecuencia de la violencia de género.

24 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs.401 y 540.