

Trascendencia de un fallo casatorio: la protección de la maternidad y las trabajadoras del servicio doméstico -Comentario al fallo "Acebedo" (elDial.com - AA7359)-

Por Marta B. Brodsky de Petric*, Matías Físolo** y José Antonio Reviriego***

Sumario

1.- La protección de la maternidad de las trabajadoras del servicio doméstico. 2.- El caso y el Estatuto del Servicio Doméstico a la luz de los instrumentos internacionales. 3.- Interpretación y creación judicial ante la carencia de normas sustanciales.-

1.- La protección de la maternidad de las trabajadoras del servicio doméstico

El fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos[1] sienta doctrina legal sobre una cuestión que implica una absurda desigualdad y violenta los derechos de las personas que trabajan en el ámbito del servicio doméstico, máxime su desprotección actual en razón del lugar rezagado que ocupan en materia de status jurídico, y que ha dado lugar a llamar al régimen "**la cenicienta del Derecho del Trabajo**"[2].-

El caso en comentario encuentra origen en la demanda promovida por una ex empleada del servicio doméstico que solicitó la pretensión indemnizatoria del artículo 182 de la LCT. La indemnización fue otorgada en primera instancia (juez unipersonal del trabajo) y rechazada en segunda instancia (Sala N°1, Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo de Paraná). Finalmente el reclamo fue acogido **con efectos de doctrina vinculante** por la Sala Laboral del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.-

Los argumentos centrales de la casación determinaron en sus considerandos que: "**VII.- ... más allá de la falta de previsión legislativa en el estatuto particular de trabajadores de servicio doméstico, y la inaplicabilidad de la ley laboral general, los derechos y garantías aplicables al caso emergen de normas de rango constitucional, de naturaleza operante, y la directiva emana, potenciada, del art. 1º de la ley 23592.- VIII.- En consecuencia de la operatividad de tales derechos de índole constitucional, y verificando que la protección al embarazo y la maternidad de la trabajadora de servicios domésticos no se encuentra contemplada en su estatuto particular -esto es, el decreto 326/56-, es necesario construir la norma jurídica aplicable al caso, conforme las reglas generales en materia de interpretación e integración del derecho-**"

La decisión tiene tres vértices: **1º)** La falta de previsión normativa en el estatuto específico del Servicio Doméstico que tutele el embarazo y la maternidad, **2º)** La operatividad de derechos de índole constitucional y del *ius cogen* y, **3º)** La necesidad del tribunal de construir una norma aplicable al caso.-

Si bien es cierto que el régimen propio del servicio doméstico no consagra un sistema protectorio para la mujer trabajadora en situación de embarazo y maternidad, no por ello hay que desconocer que las normas constitucionales consagran la protección de la maternidad de "**toda trabajadora**", lo que incluye a la "*doméstica*". De ahí que, aún cuando esta última se encuentra excluida -como señaló el fallo recurrido- "*de los derechos laborales contemplados en la LCT*", no lo está en cambio del "Derecho a la protección del embarazo y la maternidad" reconocido por la normativa de

las convenciones internacionales, que constituyen reglas obligatorias y operativas en nuestro derecho nacional. Por ello es de trascendente significación –inclusive para otras situaciones de vacío legal– esta sentencia, con particular énfasis por su carácter vinculante para todos los tribunales provinciales, quedando así como doctrina legal lo enunciado sumariamente por el tercer voto, **“...tratándose de hacer efectiva una garantía constitucional para el pleno ejercicio de los derechos humanos, como es la de evitar la discriminación que significa que en el estatuto especial no se proteja a la trabajadora doméstica por el embarazo y la maternidad, cuadra tal la propuesta de integrar dicho plexo normativo con la disposición pertinente de la LCT.”**(el subrayado es nuestro).-

Agregamos que si bien el art. 2, inc. b), de la LCT excluye el estatuto específico del servicio doméstico, en su primera parte la norma señala que las disposiciones de la LCT son aplicables a una determinada actividad si resulta compatible con la naturaleza y modalidades de la misma, y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeto. No dudamos de que la actividad del personal doméstico ejercida por una mujer, ya sea que se encuentre embarazada o ha sido madre, es perfectamente compatible con la regulación protectoria de los Capítulos II y III del Título VII de la LCT.-

La protección de maternidad de cualquier trabajadora reconoce motivos en no afectar el curso de la gestación y de la vida en sus comienzos, de proteger la integridad física y psíquica de la mujer gestante y en beneficiar a todo el organismo social, que repudia la discriminación contra la mujer embarazada o que ha sido madre.-

Por tanto, no puede ser la omisión del legislador nacional excluyente de la trabajadora doméstica embarazada o que ha sido madre, despedida sin causa en períodos posteriores o anteriores al parto. Una solución se impone desde el derecho internacional de los derechos humanos y qué mejor que tomar la tutela del régimen general previsto para toda trabajadora, sin discriminación alguna.-

Hoy tenemos un proyecto en la Cámara de Senadores del Congreso Nacional (proyecto N° 0001-PE-10 autoría Fernández de Kirchner Cristina, Fernández Aníbal, Tomada Carlos) con media sanción de la Cámara de Diputados, que consagra la indemnización agravada por despido por causa de maternidad o embarazo (arts. 27 y 28), siendo la norma idéntica a la contenida en los arts. 178 y 182 de la LCT, si bien adiciona el supuesto de interrupción del embarazo o nacimiento sin vida. Es así que, tanto el Poder Ejecutivo Nacional (autores del proyecto) como el Poder Legislativo (media sanción de Diputados y próxima sanción de Senadores) entienden el vacío como discriminatorio y, por ende, le han propiciado una solución legal incluso más abarcativa que la del sistema común de la LCT.-

De las razones del proyecto destacamos: *“La decisión de promover la sanción del proyecto adjunto se fundamenta en la situación de marcada desprotección que evidencian las personas que se desempeñan laboralmente en el trabajo doméstico para terceros, sin que exista una justificación para ello ni se compadezca con la evolución social y jurídica alcanzada en la REPUBLICA ARGENTINA desde la sanción del régimen vigente. Una discriminación semejante, no superaría un examen a la luz de las normas de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, en especial luego de la Reforma de 1957, por la cual se incluyó, en el texto de la Carta Magna, el artículo 14 bis correspondiente al Capítulo 1 de la Primera Parte, referido a las Declaraciones, Derechos y Garantías. Dicha norma constitucional se inicia con el denominado principio protectorio, según el cual: “El trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes...”. Pero mucho menos, a partir de la Reforma de 1.994 y conforme la incorporación de garantías con rango constitucional o de supralegalidad provenientes de Tratados y Convenios Internacionales, artículo*

75, inciso. 22 de la CONSTITUCION NACIONAL. Por otra parte, en los últimos años, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, mediante la emisión de fallos trascendentales en casos como "Vizzoti" (14/00/2004), "Aquino" (21/09/2004), "Badaro" (08/08/2006) y "Madorrán" (03/05/2007), entre otros, se ha pronunciado sobre los alcances del principio protectorio encarnado en el artículo 14 bis de la CONSTITUCIÓN NACIONAL para diversos aspectos del sistema de relaciones laborales y de la Seguridad Social. Asimismo, no podemos soslayar una deuda social que debe ser saldada de inmediato a los fines de enmendar el atraso notable en la regulación normativa de este sector laboral, más aún cuando en el año en curso el tema en el ámbito doméstico será objeto de análisis en la Conferencia Internacional del Trabajo (O.I.T), encuentro al que la REPUBLICA ARGENTINA debería asistir con una nueva y moderna legislación acorde con los avances que denota en otras áreas del Derecho Social y particularmente del Derecho Laboral."

Entendemos que la exclusión actual que se realiza del servicio doméstico del régimen de la LCT responde a decisiones políticas legislativas de otros tiempos y circunstancias, siendo una marginación y discriminación intolerable para nuestro sistema legal de base constitucional. Mientras perdure la situación legal lesiva, el tribunal que deba resolver deberá evaluar si la solución responde a los derechos humanos interesados en el caso (protección de la maternidad) y a la Constitución Nacional y Tratados con jerarquía Constitucional, teniendo el tribunal como "juez de la constitución" obligación de fallar en tal sentido.-

2.- El caso y el Estatuto del Servicio Doméstico a la luz de los instrumentos internacionales

La Ley de Contrato de Trabajo, excluye a los trabajadores del servicio doméstico. A su vez, el DL N° 326/56 que regula la actividad, establece derechos restringidos para las trabajadoras del sector en comparación con el régimen general común, no previendo en su articulado situaciones a las cuales se ven sometidos los trabajadores domésticos, creando una evidente desigualdad discriminatoria que infringe la Constitución Nacional, arts. 16 y 75 inc. 22, como así también normativa legal reglamentaria.-

"La exclusión de los trabajadores rurales, servicio doméstico y agentes estatales, del Régimen de Contrato de Trabajo, carece de base objetiva y responde, simplemente a razones políticas circunstanciales[3]". En el específico régimen del servicio doméstico, esta exclusión priva al trabajador de estructuras básicas de protección laboral, desconociendo sus derechos humanos y su dignidad como persona. La situación ha variado respecto al trabajador agrario con la reciente Ley 26727. Y la CSJN, con "Madorrán" y "Ruiz", entre otros, ha innovado progresivamente en la doctrina de la protección al empleado público.-

Un dato proporcionado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social[4] indica que el servicio doméstico es una actividad totalmente feminizada, ya que en la actualidad el 95 %, es decir prácticamente la totalidad, de las personas que cumplen estas funciones son mujeres.-

El dato interesa particularmente, ya que el régimen de servicio doméstico **no prevé la protección de la mujer en estado de gravidez**. Por tal razón el fallo de la Sala del Trabajo del STJER se torna de imprescindible lectura y difusión, al haber hecho aplicación analógica del artículo 182 LCT, como necesaria consecuencia del art. 14 bis CN.-

De los antecedentes del caso nos interesa señalar que la sentencia de Cámara revocó parcialmente la de Primera Instancia, por considerar que la "pretensión indemnizatoria se funda en lo establecido por el art. 182 de la LCT, normativa que excluye al personal de servicio doméstico

conforme lo dispuesto por el art. 2 de la ley 20744, lo que –entendió el tribunal– impide su aplicación, aun por vía de analogía.” Dijo la Cámara que “...la extensa argumentación introducida en alzada, peticionando confirmar lo resuelto por la instancia inferior en virtud de diversos tratados y convenios suscriptos por nuestro país, no puede ser objeto de consideración, dado que ello importaría violentar el principio de congruencia, vinculado de manera inescindible con el derecho de defensa en juicio, art. 18 de la CN.”

Así, la Cámara consideró que, la introducción de norma internacionales en segunda instancia violaba el principio de congruencia. El Tribunal casatorio, sin embargo, entendió que tal principio no se veía vulnerado. Para así resolver tuvo en cuenta que si bien los tribunales están impedidos de fallar *extra petita* o *ultra petita*, ello no ocurre respecto de la normativa aplicable al caso concreto, pues el juez debe aplicar su conocimiento del orden jurídico vigente, prescindiendo de las invocaciones respecto al derecho, que hagan las partes, “*iura novit curia*”. Este argumento – agregamos– se tornaba insoslayable en la materia puesto que en el régimen constitucional local el juez puede ejercer, aun de oficio, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. [5]

Recordamos, del principio enunciado, que “...la calificación y encuadramiento normativo (sustancial) por parte del juez, prescindiendo de la calificación que le hubieren dado las partes, constituye un atributo que no admite discusión a esta altura de la ciencia procesal. Vale decir que, en ejercicio del principio *iura novit curia*, el juez tiene la facultad -y deber- de subsumir los hechos suministrados por los litigantes en la norma jurídica material que a su juicio corresponde, siendo ésta coincidente, o no, con la invocada por los litigantes[6]”.-

¿Qué normas de jerarquía superior rechazó aplicar la Cámara y el Tribunal casatorio admitió?

La actora denunció la violación de los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 31 y 75 inc. 22 CN) que consagran la protección del embarazo y la maternidad sin exclusión de ninguna trabajadora, a saber:

·Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - art. 7: “*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales*”.-

·Declaración Universal de Derechos Humanos - art. 25 2:

“*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.-

·Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - art. 10, 2:

“*Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*”.-

·Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - art. 11, 2: 2.-

“*A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:...Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil...*”.-

Inclusive se advirtió que esta última Convención contiene una directiva dirigida al Estado Parte,

cual es la de ***"prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo..."***. Al no precisar en qué consisten dichas sanciones, ello exige al intérprete a crearla, mediante una función integradora. En "Acebedo", recurriendo a los principios de leyes análogas (art.16 C.C.), el Tribunal aplicó la solución que el art. 182 de la LCT prevé para situaciones semejantes.-

Para arribar a esa solución –postulada por la trabajadora– los jueces consideraron la normativa convencional. Cabe preguntarse qué efectos tienen los tratados internacionales aplicables al caso: ¿son operativos o programáticos?, y ¿cuál es la técnica jurídica que se debe utilizar para aplicarlos al caso concreto?

Siguiendo la pirámide normativa de Kelsen, según la cual existe un sistema jerárquico de normas, la normativa inferior debe ceder ante los principios sentados por una norma de mayor jerarquía, tal es el caso del Decreto 326/56 y su decreto reglamentario 7978/56 (normas inferiores) con un vacío legal respecto de la protección de la maternidad. Por tanto, pensamos que mediante la aplicación del principio protectorio del art. 14 bis, el principio de supremacía del art. 28, ambos de la CN y los tratados incorporados al art. 75, inc. 22, no podía haber duda de que la indemnización demandada debía prosperar, mediante la extensión analógica del art. 182, LCT.-

Respecto a la norma convencional –puesto que tal cuestión fue decisiva a la hora de resolver– resulta útil referir la distinción que se hace entre tratados operativos y tratados programáticos. Los primeros son aquellos cuyas normas resultan aplicables en el ordenamiento interno de forma directa por contener en sí mismas todas las medidas necesarias al efecto, a diferencia de los tratados que contienen cláusulas que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que requieren para su efectividad la adopción de medidas legislativas o reglamentarias internas, a fin de fijar sus ámbitos de aplicación.-

La CSJN estableció en el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" que *"una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso"*.-

Tanto los tratados operativos como los programáticos son igualmente obligatorios e integran nuestro ordenamiento jurídico interno. Ello es así, aún respecto de las cláusulas programáticas, ya que el Estado asume la obligación de promover las medidas necesarias a fin de hacerlas operativas, dentro de un plazo prudencial. Con la reforma constitucional de 1994 se puso en manos del Poder Legislativo la obligación de dar operatividad, en este caso, a las normas de los tratados sobre derechos humanos en el inciso 23, primer párrafo, del artículo 75, en cuanto establece que corresponde a dicho órgano: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".-

Tal es la importancia de los Tratados Internacionales que en "Ekmekdjian", anterior a la reforma constitucional, aun ante la ausencia de reglamentación legal del artículo 14 del Pacto San José de Costa Rica, la CSJN suplió dicha omisión, estableciendo las medidas necesarias para aplicar la norma al caso concreto.-

En "Acebedo" el Superior Tribunal expresó que *"la declaración de derechos y libertades consagrados convencionalmente debe considerarse con efecto operativo"*, y añade que la Corte

Suprema , “en oportunidad de sentenciar sobre la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha expresado que “garantizar (...) entraña el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (CSJN, Fallos, 318:514). Asimismo, ha interpretado que la Convención “exige de nuestra legislación eliminar todo tipo de discriminación, pero no sólo aquéllas que provengan de razones fundadas en diferencias de raza, de sexo o de religión, sino también las provenientes de “cualquier otra condición social”...” (CSJN, Fallos, 308:2268, voto del Dr. Petracchi)”.-

Además, en supuestos como el presente donde se encuentran comprometidos derechos humanos de impostergable protección, el derecho internacional prevalece sobre el interno. La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el artículo 27 establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En el mismo sentido la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1970) enuncia el siguiente principio: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”.-

Con lo dicho podemos afirmar, en sintonía a lo expresado por el Superior Tribunal de Justicia que “*más allá de la falta de previsión legislativa en el estatuto particular de trabajadores de servicio doméstico, y la inaplicabilidad de la ley laboral general, los derechos y garantías aplicables al caso emergen de normas de rango constitucional, de naturaleza operante, y la directiva emana, potenciada, del art. 1º de la ley 23592[7]*”.-

Como enunciábamos al inicio, al referirnos a la exposición de motivos del proyecto de reforma del estatuto del servicio doméstico, la propuesta implica una verdadera acción positiva en la protección de los derechos de un sector de trabajadores relegado e inclusive menospreciado.-

En definitiva, los Tratados Internacionales contienen disposiciones protectorias de los trabajadores que, en este caso en particular, son más amplias que la legislación interna, y que por su carácter de norma jerárquica superior prima sobre la normativa interna.-

Consecuentemente, de existir incongruencias en desmedro del trabajador, surge la responsabilidad del Estado de adoptar medidas tendientes a subsanar tal discrepancia, pero en tanto y en cuanto esto no se haga, es deber de los Jueces aplicar la normativa vigente de mayor jerarquía, máxime cuando esta ofrece una mayor protección del trabajador. En el mismo sentido no debemos olvidar que son los abogados quienes, con sus postulaciones, “suelen ser la punta de lanza en las *novedades jurídicas...*” para estimular el diseño de soluciones pretorianas razonables[8] y “que en muchos casos son quienes impulsan al magistrado a encontrar la razonable solución del caso, haciendo del valor justicia una solución concreta”[9].-

3.- Interpretación y creación judicial ante la carencia de normas sustanciales

Dos cuestiones queremos resaltar en este punto:

Una, la referida a la interpretación que permitió la realización del derecho en discusión con espíritu progresivo.-

En palabras sencillas: El Tribunal casatorio especificó que no puede haber violación al principio de congruencia en la sentencia cuando de la aplicación del derecho vigente se trata. De acuerdo a lo referido en puntos anteriores, la recurrente no introdujo, ni modificó los hechos de la litis en su apelación ordinaria a Cámara. Sí amplió los fundamentos de derecho para sostener el reclamo invariable –desde el inicio– de la indemnización establecida en el art. 182, LCT. De modo tal que la propuesta en Alzada de aplicar el bloque constitucional federal, en nada variaba los hechos litigiosos. Por eso dice el Tribunal con basamento en el principio *“iura novit curia”* que ***“...La función del juzgador es aplicar la norma jurídica que corresponda, o mejor se adapte, a la solución del litigio, aunque no haya sido invocada por las partes, la invocaran erróneamente, o lo hicieron tardíamente, como es el caso”***.-

Entendemos que lo señalado cumple la función de dar una importante directiva para los tribunales inferiores a la hora de resolver conflictos en los cuales se encuentran involucrados derechos fundamentales, como es el del caso en análisis.-

La Corte Suprema ha dado reglas de interpretación muy claras dentro de la materia de la seguridad social –que pueden ser aplicadas a la materia en análisis– para situaciones que no están expresamente contempladas en la ley sustancial, pero sí en Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.-

En **“P.A. c/ Anses” eIDial.com - AA6C9A**, sentencia del 28/06/2011, decidió que *“...Que la circunstancia de que el actor haya mantenido con el causante una relación no prevista por el art. 53 de la Ley 24.241 no impide la concesión del beneficio...”*. Dijo el Alto Tribunal con cita en numerosísimos antecedentes que *“...es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social (con) objetivo protectorio... lo cual impone reglas amplias cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos, o los criterios restrictivos, no desnaturalicen el espíritu que ha inspirado su adopción ... de tal modo que toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorece los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta ... No cuadra olvidar, en este sentido, que el mandato antes señalado se ha vistoreforzado por determinados Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que a partir de 1994 tienen jerarquía constitucional...”*.-

Estos conceptos fueron aplicados recientemente por la Corte Suprema en **“Rigamonti c/ Amsa S.A.” eIDial.com - AA7204**–sentencia del 29 de Noviembre de 2011–, fallo que con cita en el anterior a cuyos fundamentos y conclusiones remite resuelve que *“... la indemnización prevista por el art. 248 de la ley de Contrato de Trabajo tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador fallecido originada por la pérdida de los ingresos con que el causante subvenía sus necesidades situación asimilable –en este aspecto– a las prestaciones de la seguridad social que fueron objeto de tratamiento en el precedente citado”*.-

Ha de repararse que la Constitución Nacional, si bien engloba valores, derechos y principios que reconocen un sesgo liberal individualista, –bajo el cual hemos sido formados generaciones de jueces y abogados–, hoy debemos adecuarnos no sólo con el catálogo de derechos y garantías incorporados por el art. 14 bis en el año 1957, sino también, como señala Berizonce, con el “incrementado bloque de constitucionalidad” del año 1994 que describe, *“...con la consagración del capítulo de los Nuevos derechos y garantías, que incluye la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos (art. 41), la regulación del amparo y otros remedios expeditivos (art. 43) y, especialmente, con la incorporación de los tratados (art. 75 inc. 22), como fuente nutriente privilegiada, la imposición del deber de aseguramiento a cargo del Estado (art. 75 inc. 23),*

enfáticamente operativo en relación a las situaciones de desventajamiento en que se encuentran determinados sujetos –niños, mujeres, ancianos y discapacitados– entre otras normas. Ha operado desde entonces el denominado fenómeno de la “juridización de la Constitución ” que supone la sustancialización de su contenido mediante el denso bloque axiológico, que aglutina valores, principios y derechos en un sistema que tiene como centro y vértice a la persona humana en todas sus dimensiones; y sin excluir el reconocimiento no menos implícito de preferencias valorativas a tono con las visiones y sentimientos comunitarios, que encumbran los valores humanos y el genérico derecho humanitario.”[10]

La otra cuestión, referida a la integración normativa, lo ha sido de forma cuidadosa y prudente, despejando a nuestro criterio la preocupación de sectores que refieren “*al gobierno de los jueces*”.-

Los jueces aplicaron dos reglas: la analogía (art. 16, Código Civil) o método de la *analogía legis*, bajo el prisma del principio de igualdad (art. 16, Constitución Nacional). Este método constituye un procedimiento interpretativo al que se recurre cuando en el ordenamiento jurídico no se halla una norma aplicable al caso. La analogía consiste en “*el principio lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que las explica, para buscar en seguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que se lo aplica por vía de deducción*”. El fundamento de la analogía descansa en un instinto profundo de nuestra naturaleza, por el cual experimentamos un deseo de igualdad jurídica, y aspiramos a que las mismas situaciones de hecho se rijan por idénticos principios jurídicos.[11]

Se ha aplicado, con estricta justicia de reconocimiento a un derecho fundamental, una norma prevista por un ordenamiento laboral (LCT) a una trabajadora excluida (Servicio Doméstico). Hablar de igualdad significa tratar del mismo modo a quienes se encuentre en igualdad de condiciones. Ninguna voz puede afirmar que sea distinta la maternidad de una empleada que cuenta con la protección de la LCT, que la maternidad de una empleada del servicio doméstico, por la sola circunstancia de que la primera cuenta con una norma expresa de derecho común y la segunda no. En realidad ambas tienen tal derecho, como se ha visto, por normas de jerarquía superior.-

Seguramente, en cuestiones referidas a la protección de la maternidad, que anteriormente hemos sostenido que, en un sentido mucho más amplio son también de protección a la familia, seguirán produciéndose fallos novedosos. Tal por caso la posibilidad de extender la nueva licencia parental establecida por el art. 52 de la Ley de Trabajo Agrario a otros regímenes.[12]

Creemos que esta actividad, llamada en algunas oportunidades “activismo” de los operadores jurídicos se traduce, en definitiva, en dar –pero también buscar– una respuesta adecuada, a la luz del orden jurídico vigente, a situaciones de hecho o inclusive de derecho, que la norma específica vigente no ha incorporado aún.-**

* Profesora, Cátedra de Derecho Procesal Civil y Com., Facultad de Derecho UCA, Subsele Paraná. Abogada matriculada, se desempe  en el Poder Judicial de Entre Ríos como Secretaria de 1  Inst. Civil y Com., Juez 1  Inst. Civ. Com., Fiscal General S.T.J.E.R. y Vocal Cámara del Trabajo Paraná, Sala I. Fue Secretaria del Instituto de Capacitación Judicial Juan Bautista Alberdi, desempe ndose como docente y Coordinadora Académica en distintos cursos para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial Provincial, Prof. invitada en Postgrado de Magistratura de la Universidad Austral y Coordinadora Académica en Seminario Intensivo Mobbing,

UCA Paraná, año 2007, Segundo Cuatrimestre.

** Profesor Adscripto Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial, Facultad de Derecho UCA, Subsede Paraná. Alumno cursante Carrera de Especialización en Derecho de Daños fac. Cs.Js. y Soc. UNL. 2011. Pasante en la Dirección Provincial de la Mujer de Entre Ríos (2010). Coautor Ponencia en XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. "La medida autosatisfactiva: una fundamental vía hacia la tutela jurisdiccional" – Premiada en la comisión de Derecho Procesal Civil, concurso "Jóvenes Ponentes".

*** Abogado – Docente de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Facultad "Teresa de Ávila".

** *Trabajo de la Cátedra de Derecho Procesal Civil*, UCA, Facultad de Derecho Subsede Paraná, integrada por los Dres. Marta B. Brodsky de Petric, José Antonio Reviriego y Matías Fisolo.

[1] "Acebedo, Ivana Trinidad c/Domínguez Pablo Horacio y otro – cobro de pesos y entrega de certificados. recurso de inaplicabilidad de ley", LAS10/12/2010 - Sala N°3, STJER. **elDial.com - AA7359**

[2] MACHADO, José Daniel, *Acceso al ámbito de protección del decreto 326/56 para trabajadores del servicio doméstico*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe N° 2003-2 p. 278.

[3] Rodolfo Capón Filas, *Servicio doméstico y Mercosur*.

[4] Informe N° 71 del Jefe de Gabinete de Ministros, Dr. Alberto Ángel Fernández a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación de Septiembre de 2007.-

[5] Art. 60, Constitución de Entre Ríos "...los jueces, al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla...".

[6] *Principios del Proceso Civil*, por Sergio J. Barberio y Juan A. Costantino. Ponencia General Comisión de Derecho Procesal Civil, XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe 2011.

[7] **Ley N° 23.592 – Actos Discriminatorios - Artículo 1°.**- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

[8] Peyrano, Jorge W. en: *Nuevas Tácticas Procesales*, Edit. Nova Tesis, Junio 2010, pág. 49.

[9] *La medida autosatisfactiva: una fundamental vía hacia la tutela jurisdiccional* – **elDial.com - DC1627** - Publicado el 27/06/2011. Por José Reviriego, Pamela Díaz y Matías Fisolo.

[10] Roberto O. Berizonce: *Fundamentación y Confines de las tutelas procesales diferenciadas*, en www.elateneo.org/Doctrinaseleccionada.

[11] Jorge J. Llambías: *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T.I. Pág. 103, Abeledo Perrot 2001.

[12] Ley N° 26727 (B.O. 28/12/2011). "Artículo 52. — Licencia parental. Establécese para el personal permanente de prestación continua una licencia con goce de haberes de treinta (30) días corridos por paternidad, la que podrá ser utilizada por el trabajador de manera ininterrumpida entre los cuarenta y cinco (45) días anteriores a la fecha presunta de parto y los doce (12) meses posteriores al nacimiento".