

Igualdad de género y licencia por paternidad

TEDH, "KONSTANTIN MARKIN vs. RUSIA", 22 de MARZO de 2012

por **SEBASTIÁN A. REY**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda del Sr. Konstantin Markin contra el Estado ruso por haberle negado una licencia por motivos familiares, entendida como aquella que se solicita inmediatamente después de una licencia por maternidad.

El demandante había firmado un contrato para desempeñarse como operador de radio en una unidad militar. El mismo día en que su cónyuge tuvo a su tercer hijo, un tribunal les concedió el divorcio. En virtud del acuerdo al que arribaron, el Sr. Markin tendría la tenencia de los niños y recibiría una cuota alimentaria de su ex esposa.

Al poco tiempo, el Sr. Markin solicitó que se le conceda una licencia de tres años por razones familiares para poder cuidar a sus hijos. Su pedido fue rechazado en función de que sólo se le otorgaba dicho beneficio al personal militar de sexo femenino, aún en aquellos supuestos donde los

.....

(1) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA), Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

niños quedasen sin el cuidado de sus madres. Mientras el demandante agotaba los recursos de la jurisdicción interna rusa, en reiteradas oportunidades recibió sanciones disciplinarias por ausentarse de su puesto de trabajo. Finalmente, un año después de solicitarla, se le concedió una licencia por el término de dos años.

Luego de que una Sala de la Primera Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le hubiera dado la razón,⁽²⁾ declarando la violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), el caso fue sometido a la Gran Sala del Tribunal.

2 | La sentencia de la Gran Sala

Más allá del texto del CEDH, el tribunal utilizó otras fuentes para fundar su decisión. Así, se refirió a un informe del Comité de la CEDAW contra Rusia⁽³⁾, a los Convenios N° 111 y 156 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, y sobre la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores con responsabilidades familiares, al art. 27 de la Carta Social Europea, a diversas Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria⁽⁴⁾ y del Comité de Ministros⁽⁵⁾ del Consejo de Europa y a la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia de la Unión Europea.⁽⁶⁾

Al analizar el fondo de la petición el tribunal consideró probada la violación del derecho a la protección de la vida familiar y a la prohibición de discriminación. El análisis que la Gran Sala realiza del principio de no discriminación es similar al existente en el ámbito interamericano: una diferencia de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razo-

(2) TEDH, "Case of Konstantin Markin vs. Russia", Judgment, Court (First Section), 7/10/2010.

(3) CEDAW Committee, Concluding Observations, Russia, 30/07/2010, párrs. 20 y 21.

(4) *Parliamentary Assembly*, Resolution 1274(2002) on Parental leave; Recommendation 1769(2006) on the need to reconcile work and family life.

(5) Committee of Ministers, Recommendation No. R (96) 5 on reconciling work and family life; Recommendation Rec(2007) on gender equality standards and mechanisms recommended; Recommendation Rec(2010) on the human rights of members of the armed forces.

(6) ECJ, "Joseph Griesmar v. Ministre de l'Economie", des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Démocratisation, judgment of 29/11/2001; Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT, judgement of 30/09/2010.

nable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo a ser cumplido.⁽⁷⁾

En términos generales, el tribunal entendió que el reconocimiento del avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos por lo que se tienen que brindar muy buenas razones para establecer una diferencia de trato en función del sexo que sea compatible con el derecho internacional. En este contexto, referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un país resultan insuficientes.⁽⁸⁾

Si bien el art. 8 del CEDH no dispone expresamente el derecho a una licencia por motivos familiares, este tipo de licencias promueven la vida familiar y afectan el modo en que ésta se organiza, por lo que en aquellos estados que la contemplan, se asume que se encuentran protegidas por el derecho a la vida familiar reconocido en el tratado.

Por otra parte, el tribunal desestimó el argumento del Estado en cuanto a la especial conexión biológica y psicológica que existiría entre una madre y su hijo —más allá de reconocer que dicha relación puede ser distinta a la de un padre con su hijo—, por lo que en lo concerniente al cuidado de un niño durante el período correspondiente a una licencia por motivos familiares, concluyó que existe una igualdad entre el hombre y la mujer.⁽⁹⁾ Para la Gran Sala las sociedades europeas contemporáneas han evolucionado hacia un mayor reconocimiento de la igualdad de obligaciones entre los padres y las madres en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos. Por ende, permitir que sólo las mujeres obtengan una licencia por motivos familiares únicamente perpetua los estereotipos de género y sus desventajas.⁽¹⁰⁾

La última cuestión consistió en que el demandante era miembro de las fuerzas armadas, por lo que el tribunal reconoció que entraban en juego la seguridad de la Nación y, por ende, intereses estatales urgentes. Esta circunstancia permitiría que en algunas circunstancias se admitan mayores

(7) "Konstantin Markin v. Russia", [GC], N° 30078/06, sentencia del 22 de marzo del 2012.

(8) Ídem, párr. 127.

(9) Ídem, párr. 132.

(10) Ídem, párr. 141.

restricciones que en un caso relativo a civiles —por ejemplo, la permisión del arresto como sanción disciplinaria—. Empero, ello no deja a los integrantes de las fuerzas armadas despojados de los derechos reconocidos por el CEDH. De este modo, si se pretende restringir el derecho a la protección de la vida familiar deben existir razones particularmente graves, y debe presentarse una relación de proporcionalidad entre la restricción impuesta y el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional, que podría darse solamente cuando se prueba una verdadera amenaza a la eficacia operativa de las fuerzas armadas.⁽¹¹⁾ En el presente caso, el tribunal no encontró probada dicha situación en función de que el Estado no brindó “ejemplos específicos” que la acreditase.⁽¹²⁾ Incluso mencionó la normativa de otros Estados europeos donde hombres y mujeres pueden acceder a este tipo de licencias sin que ello afecte la eficacia operativa de sus fuerzas armadas y manifestó que las funciones que cumplía el demandante frecuentemente eran realizadas por mujeres que sí tenían derecho a la licencia por motivos familiares.

3 | Palabras finales

En esta novedosa sentencia el Tribunal Europeo realizó una correcta interpretación del CEDH como instrumento vivo, reconociendo la existencia de un derecho social como la licencia por motivos familiares pese a que no aparece reconocido de modo expreso por el tratado, del mismo modo que equiparó el contenido de las obligaciones en materia de cuidado de los niños de ambos padres de un niño sin importar el sexo.

Este criterio, similar al esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso *Atala Riffo c/ Chile*,⁽¹³⁾ tiende a ir eliminando de las sociedades actuales los estereotipos de género y garantizar, de esta manera, el derecho a la igualdad ante la ley y su correlato, la prohibición de no discriminación, a todos los seres humanos.

(11) Ídem, párr. 137.

(12) Ídem, párr. 144.

(13) Corte IDH, “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/de 2012, Serie C N° 239.