

Práctica profesional supervisada e integración de conocimientos.

ABOGACÍA

LICENCIA POR MATERNIDAD EN TIEMPOS MODERNOS

AUTORA: Cecilia Verónica Ortiz.

TUTOR: Dr. José Borruto.

Junín, Buenos Aires, Argentina

2020

ÍNDICE:

• INTRODUCCION.....	1
• CAPÍTULO I	
I. MARCO NORMATIVO ACTUAL.....	2
II. MARCO NORMATIVO EN OTROS PAÍSES.....	8
• CAPITULO II: SITUACIONES NO CONTEMPLADAS EN LA NORMATIVA DE TRABAJO	
I. ADOPCIÓN.....	12
II. MATRIMONIO IGUALITARIO.....	16
III. MODALIDADES DE TECNICAS POR REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	18
a) Gestación por Sustitución.....	20
IV. FAMILIAS MONO PARENTALES.....	25
• CONCLUSION.....	28
• BIBLIOGRAFIA.....	31

INTRODUCCIÓN:

Con el correr de los años, se han ido incorporando a la sociedad distintas cuestiones referidas a la maternidad, que al momento de crearse la Ley de Contrato de Trabajo, no existían. Dichas cuestiones son por ej., la Adopción, las modalidades de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el matrimonio igualitario, madres no gestantes, familias mono parentales, entre otros.

El presente trabajo surge de la necesidad de la inminente reforma que requiere nuestra Ley de Contrato de Trabajo n° 20744, en cuanto al tema referido a la Licencia por Maternidad. Dicha ley creada en 1974, no ha sido objeto de reformas en virtud de este tema.

Es por ello que hay casos en que la justicia debe llenar esos vacíos legales, para brindar una solución tratando de aplicar las protecciones que el sistema del derecho del trabajo, otorga a las mujeres trabajadoras en dichas cuestiones.

Es necesario que nuestro Derecho del Trabajo se empiece a amoldar a las nuevas modalidades de parentesco que van surgiendo en la actualidad y desde hace tiempo. Teniendo en cuenta el Principio de Progresividad y el Derecho Internacional del Trabajo.

CAPÍTULO I:

I. MARCO NORMATIVO ACTUAL.

En la actualidad la Licencia por Maternidad en Argentina se encuentra regulada por la ley 20744 de Contrato de Trabajo, está dentro del Título VII “Trabajo de Mujeres”, Capítulo II “De la protección de la maternidad” (art. 177 a 179 inclusive) y Capítulo IV “Del estado de excedencia” (183 a 186 inclusive). En este punto, ya se puede contemplar la existencia de una visión machista al momento de la creación de la norma, en virtud de distintas cuestiones que se observan, tales como establecer un apartado aparte sobre el “trabajo de mujeres” resultando notoriamente discriminatorio.

En el Capítulo II se establece que durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta los cuarenta y cinco días después del mismo la trabajadora no podrá trabajar, así mismo se establece que si la misma pretende continuar trabajando reduciendo el período de cuarenta y cinco días anteriores al parto, el mismo no podrá ser inferior a treinta días, de ésta manera los días faltantes para completar la licencia de noventa días se acumularán al período posterior del parto. En este período de licencia se va a dar una interrupción no periódica de la relación laboral, es decir que hay una suspensión de determinados efectos normales de la relación laboral, que en este caso sería la prestación de servicios. Por lo tanto durante la licencia, el empleador no abonará la remuneración a la trabajadora sino que ella gozará de las asignaciones que le da el sistema de la Seguridad Social, que este caso es la Asignación por embarazo. También se establece en la ley que en caso de un nacimiento pre término, se va a acumular al descanso posterior todo el lapso de la licencia que no se hubiese gozado para completar los noventa días.

Por otro lado se asegura la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada, estableciendo que durante el período de la licencia gozará de las asignaciones que prevea el Estado a través del sistema de la Seguridad Social, ANSES, que cubre la contingencia de ser madre, dicha suma debe ser igual a la retribución que corresponde al período de licencia legal, es decir igual al salario bruto. Para que opere esta estabilidad la trabajadora tiene dos obligaciones: primero, debe comunicar al empleador de manera fehaciente el embarazo y por consiguiente, como segunda obligación, presentar un certificado médico donde conste la fecha presunta de parto. En caso de que la trabajadora, culminado el plazo de licencia, tenga una

enfermedad originada por el embarazo o el parto que le impida volver a prestar servicios, gozará de las remuneraciones del art. 208 sobre accidentes y enfermedades inculpables.

Se considera que si dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha de parto, habiendo notificado y comunicado fehacientemente el embarazo y parto, es despedida, la causa de dicho despido es la maternidad. Por lo que gozará de una indemnización igual a un año de remuneraciones más lo que prevea el art. 245. En caso que el empleador se quiera eximir de esto, debe justificar que el despido se debe a otra causa.

Por último, en el capítulo, se dispone que en caso que la trabajadora sea lactante, debe gozar de dos descansos de media hora durante la jornada laboral para amamantar a su hijo durante un año, salvo que por indicaciones médicas se determine que sea un plazo superior.

En el capítulo IV, dentro de todas las actitudes que puede tomar la trabajadora al terminar la licencia por maternidad, encontramos el estado de excedencia, el cual se trata de un período de entre tres y seis meses donde voluntariamente la trabajadora se pone en esa situación, lo comunica hasta cuarenta y ocho horas antes de finalizar la licencia por maternidad. Se trata de una suspensión unilateral del contrato de trabajo, donde no percibe remuneración ni asignación alguna. El fundamento de esta suspensión es darle a la madre trabajadora un período mayor con su hijo en la crianza durante los primeros meses de vida.

Finalizado el periodo de excedencia por el plazo que hubiera elegido la madre trabajadora, al reincorporarse a su empleo, el empleador puede optar en que la trabajadora se reincorpore al cargo que tenía antes del parto o a un cargo o empleo superior o inferior poniéndose de acuerdo con la trabajadora. En caso que no haya acuerdo, la trabajadora recibirá la indemnización como si se tratara de un despido injustificado, salvo que el empleador demuestre imposibilidad de reincorporarla en cuyo caso la indemnización será de un 25% de la indemnización por despido.

También se debe hacer mención a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con reconocimiento constitucional mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, incorporados a partir de la reforma de 1994, y que son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella. Voy a hacer referencia solo a aquellos que hacen mención sobre la maternidad. Uno de ellos es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en el artículo 11 inciso 2 establece: "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 parte tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia por 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 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 y niñas; d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo, en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. “. La Organización Internacional del Trabajo, que desde 1946 forma parte de Naciones Unidas, tiene como objetivo desarrollar y promover un sistema de normas internacionales de trabajo en el que mujeres y varones disfruten de igualdad de oportunidades y puedan gozar de un trabajo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humanas y establece una serie de convenios y recomendaciones, los cuales fueron ratificados por nuestro país. Respecto al tema que se trata en este trabajo, hay que nombrar al Convenio N°183 sobre la protección a la maternidad (2000): revisa y actualiza el Convenio N°003 (“Artículo 3: En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:(a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;(b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;(c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;(d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. Artículo 4: Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un

certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”). Y voy a hacer mención del Convenio N°156 sobre trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares (1981) que dispone que: “todas las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares tienen derecho a protección especial y a no ser discriminadas ni discriminados por esta condición”. El instrumento se aplica a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo o a otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Cada miembro debe incluir entre los objetivos de política nacional el de permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan ejercer su derecho a trabajar libres de toda discriminación y sin conflictos entre sus responsabilidades familiares y profesionales. El termino Discriminación, refiere a “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores y con otros organismos apropiados. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no son consideradas como discriminación”. Tal como lo reconoce OIT, la eliminación de la Discriminación en el empleo y en la ocupación resulta ser un objetivo complejo y dinámico. Con la aparición de nuevas formas de discriminación que no están explícitamente en el Convenio N°111, surge la necesidad de sumar normas complementarias, por esto la Conferencia Internacional del Trabajo adopto el Convenio N°156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares en 1981, aprobado a través de la Ley 23451 y ratificado en nuestro país el 17 de Marzo del año 1988. Con este convenio se reconoce la necesidad de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores, también reconocer que las responsabilidades familiares constituyen una problemática que afecta a la familia y a la sociedad y no solo a las trabajadoras. De esta manera toma nota de Naciones Unidas y otros organismos especializados que han adoptado instrumentos sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres, en el párrafo decimo cuarto del Preámbulo de

la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, se indica que los Estados parte reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer se indica que los Estados parte reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como la mujer en la sociedad y en la familia. Se advierte en virtud de estos instrumentos internacionales que la tutela reforzada en torno de la maternidad, reconociendo que la paternidad también tienen responsabilidades, permitiría alcanzar la garantía del trato igual y de la igualdad de oportunidades y al mismo tiempo concretaría aquella protección integral de la familia que prevé el artículo 14 bis de nuestra Constitución. Existe una recomendación que complementa a este Convenio, que es la N165, que prevé la Licencia Parental, derecho para ambos progenitores, que forma parte de un planteo integrado y que no se concibe aislada a otras iniciativas que puedan contribuir a conciliar las responsabilidades familiares y profesionales. Por ello alguna de las medidas promueve servicios de asistencia a la infancia, la introducción de una mayor flexibilidad en la organización de los horarios de trabajo, la reducción progresiva de la duración de la jornada de trabajo y la disponibilidad de puestos de trabajo a tiempo parcial con prestaciones de seguridad social o desgravaciones fiscales para los trabajadores con responsabilidades familiares. El contexto posterior al parto se concibe como un lapso de adaptación de ambos progenitores a la llegada del/la hijo/a. Cuando se dice ambos progenitores se refiere a todos los supuestos en los cuales las personas, independientemente de su sexo, género o rol pueden devenir en progenitores. En caso contrario estos resultarían discriminados en el marco de un convenio abiertamente contrario a la discriminación. Es decir, se vincula íntimamente con la coparticipación del hombre en la atención, el cuidado, la educación y la asistencia de los hijos. A medida que fue en aumento la participación de la mujer en el mercado de trabajo, se incremento el compromiso del hombre en la asunción de las responsabilidades familiares, lo que origino una nueva realidad socio laboral y con ella la aparición de una nueva paternidad. En la década de los años 1980, hubo un incremento en la participación económica de la mujer que se extendió más en los inicios de los años '90, de esta forma se produjo la ruptura del modelo del hombre como principal proveedor del hogar pasando a ambos cónyuges ser receptores de ingresos, también dándose la posibilidad de que quedara el hombre desempleado y de esta manera asumiendo la mujer la denominada jefatura del hogar. Sin embargo, este ingreso de la mujer en el mercado laboral no modifico el modelo social de división de tareas en el seno de la familia, ya que además de trabajar, las mujeres continuaron siendo las principales responsables de las tareas reproductivas de la sociedad.

Esta problemática se trato de abordar en el derecho del trabajo, dedicando atención a la conciliación de la vida laboral con las responsabilidades familiares, protegiendo en principio a la mujer embarazada.

El Código Civil y Comercial reconoce nuevas relaciones de familia y procreación. Sin embargo estas nuevas relaciones de familia no son atendidas por nuestro derecho laboral en materia de licencias. La existencia o no de matrimonio no puede incidir en la protección social de los hijos ni en las relaciones “verticales” paterno/materno filiales. Tampoco debe incidir en el hecho de que el matrimonio o la unión convivencial se encuentren integrados por personas del mismo sexo o personas transgénero. Siempre se deben resguardar los derechos de los niños, en cualquier circunstancia.

Respecto a la negociación colectiva, diversos actores sociales, funcionarios y expertos del Ministerio del Trabajo, señalan la necesidad de armonizar el tiempo de trabajo y el tiempo familiar, porque es un modo de observar la cooperación y compromiso entre mujeres y hombres. En una actividad sobre los nuevos contenidos de la negociación colectiva, publicada en el año 2009, se propuso la Licencia por Paternidad, tanto por nacimiento como por adopción de 15 días de extensión y la Licencia por Maternidad adoptiva de igual extensión de la biológica; también la Licencia por Excedencia con características de un permiso parental a tiempo completo, se plantea como derecho para ambos progenitores el gozar durante un plazo máximo de 2 años sin goce de haberes, para atender al cuidado de cada hijo por naturaleza, adopción o supuestos de asignación permanente o pre adoptiva; la Licencia por Lactancia, planteada como goce del periodo de lactancia en forma indistinta por ambos progenitores en caso de que ambos trabajen.

Si bien al inicio del presente Trabajo Final, se hizo mención sólo a la Licencia por Maternidad, debo también referir a la Licencia por Paternidad en virtud de que está relacionada a los tiempos actuales. Con respecto a esta licencia, la Ley sólo refiere en el Título V “De las Vacaciones y otras Licencias”, Capítulo II “Régimen de Licencias Especiales” (art. 158 a 160 inclusive). Se prevé que goza de dos días hábiles de licencia inmediatamente luego del nacimiento, esto no es aplicable a los trabajadores públicos, domésticos o agrícolas. Sin embargo hay ciertos convenios colectivos que expanden este plazo, pero sólo para determinados trabajadores, como es el caso por ejemplo del convenio colectivo de trabajo sobre la Administración Pública Nacional dispone cien días de licencia para la madre y cinco días hábiles para el padre. De esta manera ciertos sectores económicos negociaron poder

ampliar los plazos que prevé la ley, así como también algunas provincias han ido modificando respectivamente los plazos.

Esto deja ver por un lado como dije al inicio, la concepción machista que existió al momento de crearse esta norma, esto dado por el marco social que existían en esos años, donde pensar en una igualdad de género todavía inimaginable. A principios del siglo XX el trabajo femenino en la Argentina se encontraba regulado junto al de los niños en una ley distinta a la de los hombres, ley 5291 del 30/9/1907 y la ley 11317 del 19/11/1924. En 1974 con el nacimiento de la Ley de Contrato de Trabajo, el legislador le da un título especial pero en un mismo cuerpo normativo. Esto, dado por el otorgamiento de una licencia mucho menor a los hombres que se conviertan en padres. Por ello, es factible poder plantear la idea de un cambio en la denominación de la licencia, pudiendo dejarse de lado que sea diferenciando roles de maternidad y paternidad, y pudiera contemplarse la idea de que sea una licencia por nacimiento igualando los géneros.

Como ya se planteó al inicio del proyecto, se puede observar que nuestra Ley ponderante en materia de Contratos de Trabajo, ha quedado desactualizada en un sinnúmero de cuestiones, sobre todo en la temática respecto a la Licencia por Maternidad, en virtud de lo referido a las nuevas concepciones de familias que existen en la sociedad actualmente.

II. **MARCO NORMATIVO EN OTROS PAÍSES.**

Para analizar la problemática que se presenta respecto a la Licencia por maternidad en nuestro país y poder establecer posibles soluciones, es necesario observar la regulación que tiene el tema en otros países a fin de poder observar si tienen las mismas problemáticas. Y se va a observar también lo referido a la paternidad. Para esto vamos a ver el caso de determinados países.

Uno de los países que da relevancia a la maternidad, es Finlandia. Prevé por ejemplo, que cada progenitor goza de una licencia paga de casi siete meses, tras el nacimiento o adopción, y la mujer embarazada gozará de un mes más. De ésta manera, se igualan los plazos de licencia para hombres y mujeres. Se hace hincapié en no hacer distinción de género. Sin importar si es estudiante, si está desempleada o es trabajadora independiente. Esta licencia

va a ser pagada por el Estado a través del Ministerio de Asuntos Sociales y Salud, actualmente se abona el 90% del salario durante los primeros dos meses y el 70% durante los meses siguientes. En el caso de familias mono parentales gozará de los siete meses que le corresponden más los siete meses que le corresponderían al otro progenitor, haciendo un total de catorce meses. También los padres y madres podrán guardar sesenta y nueve días para utilizarlos posteriormente.

En España, el permiso por maternidad para la madre biológica dura dieciséis semanas, de las cuales seis semanas las va a disfrutar posterior al parto. El permiso lo paga el Estado a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social y el monto va a ser el 100% de la base reguladora de la trabajadora que varía de acuerdo a la edad de la trabajadora. Se establece que para el progenitor distinto a la madre biológica, el permiso será de doce semanas, las cuatro primeras semanas serán inmediatamente luego del parto para así ayudar con el cuidado del niño/a y de la madre, mientras que las ocho restantes el padre o madre no biológica van a poder decidir sobre cómo distribuir las, siempre que se respete el límite que es que el total del permiso debe cumplirse antes de que el niño/a cumpla los doce meses. Al momento de reincorporarse al empleo tienen derecho a beneficiarse con cualquier mejora en las condiciones laborales que se hayan realizado durante su ausencia. También se prevé que en el caso de ser un parto múltiple, el permiso se amplía en dos semanas por cada niño/a a partir del segundo y aumentan las horas de lactancia. En caso de ser un parto prematuro o que por cualquier otra circunstancia deba permanecer internado luego del nacimiento, el plazo del permiso se puede empezar a contar después del alta médica, exceptuando las primeras seis semanas posparto que debe cumplirse de manera obligatoria en el caso de la madre biológica. Si la internación dura más de siete días, el permiso se ampliará en tantos días como el niño/a permanezca en dicha situación siendo el máximo trece semanas adicionales. Incluso, los empleados podrán ausentarse de su empleo al menos una hora al día y tendrán derecho a optar por otras dos horas con reducción de salario. La madre biológica podrá renunciar a dos semanas de su permiso para cederlas al otro progenitor, quedando de esta manera equiparados ambos en catorce semanas cada uno. El padre o madre no biológica no pueden ceder parte de su permiso, aunque no lo vaya a utilizar. También prevé el tema de la adopción, estableciendo que los adoptantes contarán con dieciséis semanas de permiso, seis de las cuales las van a disfrutar luego de la resolución judicial o administrativa que apruebe la adopción.

También tenemos el ejemplo de países limítrofes, como son Chile que establece en su Código de Trabajo da una licencia de seis semanas antes del parto y doce semanas después del parto. El plazo anterior el parto, puede modificarse por un parto anticipado o retrasado, o la interrupción del embarazo. Y el plazo posterior al parto, puede alterarse por enfermedad derivada del parto, cuando el parto se produzca antes de iniciada la semana treinta y tres de gestación, o si el niño/a al nacer pesa menos de mil quinientos gramos, en caso de un parto de dos o más niños/as. Dicha licencia es pagada por el Estado a través de la Superintendencia de Seguridad Social, desde el Fondo Único de prestaciones familiares y subsidio de cesantía donde se otorga un subsidio prenatal maternal, que es un subsidio por incapacidad laboral que se paga en reemplazo de la remuneración de la trabajadora dependiente del sector privado o de la renta de la trabajadora independiente. En el caso de las trabajadoras dependientes del sector público, tienen derecho a que se les mantenga sus remuneraciones. Así como también se paga un subsidio para el periodo postnatal, proveniente del mismo Fondo único. Las trabajadoras tendrán derecho a disponer por lo menos de una hora al día para alimentar a los hijos/as menores de dos años, independientemente de donde se encuentre el niño/a, que puede ejercerse en cualquier momento dentro de la jornada laboral, o puede dividirse en dos por pedido de la trabajadora (en éste caso, la trabajadora debe acordar con el empleador de qué manera dividirá ese permiso estableciendo el lapso que dura cada parte) o puede postergarse o adelantarse en media hora o en una hora al inicio o al término de la jornada laboral. Se prevé que en el caso de la trabajadora embarazada, que realice una actividad que se considere perjudicial para su salud, el empleador tiene una doble obligación, por un lado cambiarle la actividad y por otro, no reducirle la remuneración producto del cambio. La licencia se paga siempre que exista parto, aún cuando sea prematuro, y nazca con vida o sin vida, en cambio si existiera un aborto o una interrupción del embarazo no habría derecho a esa licencia, sin perjuicio de la licencia médica que corresponda para su recuperación o del derecho al permiso que le otorga el Código que son tres días hábiles en caso de muerte de un hijo durante la gestación, que comienzan durante la debida acreditación con certificado de defunción. En caso que la madre muriera durante el parto o durante el período posterior al mismo, el padre o persona a quien le sea otorgada la custodia del niño/a, gozará del derecho a descanso postnatal o lo que reste con el correspondiente subsidio. La licencia del padre será de cinco días, el cual lo puede distribuir como estime conveniente después del parto, también gozará de este beneficio el padre que se encuentre en proceso de adopción que dispondrán a partir de la resolución que otorgue el cuidado personal o tenga la adopción del menor.

El caso de Uruguay, la ley 19161, da una licencia de catorce semanas, siendo seis semanas antes del parto y ocho semanas después del mismo. La misma va ser abonada por el sistema de la Seguridad Social, que será equivalente a una remuneración del 100% del salario que le corresponde, de forma íntegra. Cuando el parto sea prematuro, la beneficiaria iniciará el descanso de inmediato y se prolongará el descanso posterior hasta completar las catorce semanas y en el caso de que el parto se retrase, el descanso anterior se prolongará hasta la fecha real de parto y el lapso del descanso posterior no se reducirá. En caso de que sobreviniere una enfermedad producto del embarazo o parto, la trabajadora podrá prolongar el descanso anterior o posterior. Durante este período percibirá las prestaciones económicas por enfermedad.

En Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, otorga dieciocho semanas contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo. Se le va a pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, el encargado de abonar esto es el empleador y luego va a repetir o cobrar la licencia a la Entidad Promotora de Salud. La licencia comenzará al menos dos semanas antes del parto, según lo estipule el médico, en caso que no se haya tomado ese descanso, sumará las dieciocho semanas posterior al parto. Si el parto es múltiple, la licencia será de veinte semanas. La idea de la ley es promover la lactancia materna durante los primeros meses. Si la madre fallece después del parto, el padre asume el tiempo de licencia restante. Tendrá un descanso de una hora para la lactancia del/la menor durante los primeros seis meses de vida. En caso de adopción, se asimila a la fecha de parto, la fecha de entrega oficial del menor adoptado. En caso de muerte de la madre durante el parto, la licencia debe quedar para la persona que quede al cuidado del niño/a. Respecto al padre, la licencia será de ocho días hábiles, para ello debe presentar un certificado de nacimiento, en los treinta días siguientes a la fecha del nacimiento del hijo/a.

CAPITULO II: SITUACIONES NO CONTEMPLADAS EN LA NORMATIVA DE TRABAJO.

I. ADOPCIÓN:

En principio, La Ley de Contrato de Trabajo no contempla la situación de la adopción sino que como ya he mencionado sólo se hace referencia a la maternidad a través del parto. Sin embargo, ciertas actividades regularon un régimen de licencias para el caso de la adopción en sus respectivos convenios colectivos de trabajo.

Hay que establecer en principio a qué nos referimos cuando hablamos de Adopción, el artículo 594 del Código Civil y Comercial, dispone que es “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.” Entonces es una institución que permite crear un vínculo de familia voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza y que se origina en base a un deseo, que es el deseo de ser padre/madre y el deseo de ser hijo, pero basado sobre todo en el derecho del niño/a y adolescentes. Se motiva principalmente en el Interés Superior de Niño, niña o adolescente, receptado en el artículo 3 de la Ley de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que prevé que es “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”, y en la Convención de los derechos del niño, artículo 3.1 “...todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Hay que hacer mención de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución nº 41/85 que dispone "...en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental" , "Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño" y que "El bienestar del niño depende del bienestar de la familia" ; el artículo 5 dispone que "En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental"; el artículo 16 dispone "La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal".

La Adopción, como se puede observar a pesar de no implicar la existencia de un parto de la madre, implica el inicio de un nuevo vínculo parento-filial. Por lo que va a ser necesario un periodo de adaptación tanto del/la niño/a o adolescente y de sus padres, que es importante para el posterior desarrollo del/la menor y esto no se aleja de lo que sucede en un vinculo parento/filial biológico, donde también se necesita de este periodo de adaptación y de organización familiar. La situación va a variar dependiendo de las circunstancias de adoptabilidad, que requerirá un menor o mayor tiempo, cuidados y atención de ambos padres procurándole las necesidades afectivas y materiales que requiera. En sí lo que se quiere otorgar con todas las disposiciones normativas que detalle es un ámbito familiar para su desarrollo integral y la creación de un vínculo de filiación. Hay que entender que el niño/a o adolescente proviene de una situación de vulnerabilidad que quiere ser reparada mediante su incorporación a una familia, por ello el tiempo que tengan junto con los padres adoptivos al inicio del vínculo es primordial para su desarrollo integral.

Por lo tanto la no regulación de este tipo de vínculo en la Ley de Contrato de Trabajo, se puede entender como discriminatoria por el origen del vínculo, es también contraria a principios constitucionales y disposiciones normativas internacionales, principalmente al Interés Superior del Niño/a y adolescentes y principio de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional: "...Todos sus habitantes son iguales ante la ley"). Es primordial que se regule este instituto en la LCT, principalmente en el régimen de licencias por maternidad o paternidad, igualando de

esta manera los beneficios de padres biológicos como de padres adoptivos, como regular otras cuestiones que surjan del ejercicio de este instituto.

JURISPRUDENCIA:

- Mansilla Villarroel María Cecilia y otro S/ Amparo 12/05/2006

La señora María Cecilia Mansilla Villarroel comparece al tribunal promoviendo acción de amparo con el fin de que se le conceda la licencia por maternidad en el establecimiento donde se desempeña laboralmente, contra la Hotelera Lago Sur SRL, en virtud de haberseles concedido un niño recién nacido en guarda para su adopción. Informa que habiéndole pedido a su empleadora dicha licencia por maternidad, se le informó sobre la imposibilidad de su otorgamiento en virtud que no existe norma vigente que la contemple para el caso de adopción. En este caso se encuentran afectados los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merece la madre biológica como así aquella en su rol al recibir a un niño en guarda para su adopción, por ello resulta discriminatoria e injusta la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación.

“Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia. Por consiguiente, no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contempladas para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta, significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces. La equiparación de la maternidad biológica y maternidad adoptiva no admite punto de discusión alguno desde la lógica de la razón y el sentido común y la ausencia de una norma expresa en tal sentido dentro de nuestra legislación no impide que se aplique en ambos casos el mismo régimen laboral, correspondiendo al órgano judicial cubrir el vacío legal en la materia. Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones -de acuerdo a lo previsto por los arts. 323 y 329 del

Código Civil- . Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen. De esa forma se le permite ejercer en plenitud y en condiciones de igualdad su derecho-deber de madre y se respeta el derecho esencial del recién nacido a tener la posibilidad de recibir los mismos cuidados y atención que un hijo biológico. Es que, en definitiva, la vía por la cual se llega a ser padre o madre es algo secundario al momento de analizar los derechos derivados del vínculo filial, debiendo garantizarse su goce en un plano de igualdad. Finalmente, es necesario advertir -por razones prácticas y de economía procesal y mas allá de que no integrara puntualmente el objeto de la pretensión- que también corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

Por lo expuesto, la CÁMARA DEL TRABAJO de la IIIa. Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, RESUELVE: I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida en autos. II) En consecuencia, declarar que la señora María Cecilia Mansilla Villarroel tiene derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción del menor individualizado en la sentencia acompañada a fs. 1/2. III) Señalar, asimismo, que a los amparistas les corresponde el derecho a percibir las asignaciones que confieren los sistemas de seguridad social respecto de los hijos biológicos.”

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Sentencia.pdf>

II. MATRIMONIO IGUALITARIO:

En un marco de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, a nivel nacional, se sancionaron leyes, en función de la larga lucha del colectivo LGBTIQ+ por las disidencias sexuales que existen, algunas de estas leyes son sobre Identidad de Género (se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente), también a partir del año 2010, luego de presentados varios proyectos de ley, comienza a regir la ley 26.618 de Matrimonio Civil, conocida como de Matrimonio Igualitario. En ella se establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Al igual que la ley de Reproducción Médica Asistida 26862, sancionada en el año 2013, que prevé que no pueden existir requisitos o limitaciones que impliquen excluir con motivo de su orientación sexual a los candidatos a someterse a tratamientos de reproducción humana asistida. También se hicieron reformas en el Código Civil y Comercial sobre la diversidad familiar y las Técnicas de reproducción humana asistida. Y a nivel internacional estos derechos se encuentran receptados en la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015) y la Convención contra la discriminación a personas con discapacidad (2002).

Respecto a la licencia por maternidad, como tantas otras situaciones que voy a tratar, es una situación no contemplada en la Ley de contrato de trabajo. No prohíbe la discriminación basada en motivos de orientación sexual o identidad de género de los trabajadores. Si vemos exclusivamente lo que puede abarcar la Ley, en el caso de ser un matrimonio conformado por dos mujeres y una de ellas es gestante, en este tipo de casos, la licencia de noventa días se le otorgará a la trabajadora gestante pero no así a su pareja, por no ser gestante y tampoco poder regirse por lo dispuesto a la licencia por paternidad donde en ese caso tendría que ser hombre. Así también es el problema que surge en el caso del matrimonio de dos mujeres pero ninguna de ellas es gestante, en este caso no correspondería la licencia para ninguna de las dos trabajadoras. Para estas personas, representa un desafío lograr la visibilidad de su orientación sexual en su lugar de trabajo y concretar una permanencia en el mismo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. La falta de modificación de la ley respecto a estas cuestiones, conlleva por ejemplo a que las parejas homosexuales no puedan gozar de determinados derechos respecto a sus hijos, a diferencia de las parejas heterosexuales.

A raíz de estas cuestiones no contempladas, muchas parejas han tenido que recurrir a la justicia para obtener la licencia, y así han surgido numerosos fallos que resuelven estas

cuestiones pero que son aplicables a los casos en particular. En virtud del poco tratamiento que tiene a nivel internacional y nacional, la jurisprudencia trata de proteger los derechos de estas mujeres contemplando derechos humanos más amplios como el de autonomía, dignidad, libertad y contra los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

JURISPRUDENCIA:

- Díaz Reck M c/ ARBA s/ Medida autosatisfactiva 27/12/2018:

En este caso se presenta la señora Díaz Reck, quien es empleada en ARBA, en su condición de madre no gestante solicitando que se dicte una medida autosatisfactiva contra ARBA para así obtener una licencia por maternidad con goce íntegro de haberes de noventa días a fin de garantizar su derecho a la igualdad, no discriminación y el interés superior del niño. Solicita esto, en virtud de que con su pareja después de varios tratamientos de fertilización in vitro, su pareja quedó embarazada con fecha presunta el día 16 de enero del año 2019, por lo que comunica esta situación ante su empleadora el día 7 de agosto del año 2018 solicitando la licencia por maternidad pero no obtiene respuesta. No obstante toma conocimiento de un dictamen de la Dirección de Asuntos Laborales donde se aconseja que se le otorgue la licencia por paternidad, por ello Díaz Reck sostiene que es un acto de discriminación.

El tribunal contencioso de la ciudad de la Plata n°1, decide hacer lugar a la acción. Además, exhortó a la legislatura de la Provincia de Buenos Aires a dictar una normativa respecto del régimen de licencias para el sector público provincial que contemple las diversas conformaciones familiares y de parentesco de modo inequívoco. Dice que la urgencia está configurada por la fecha probable de parto –mediados del mes enero de 2019–, por lo que tampoco es posible supeditar la procedencia de la acción judicial a las vías ordinarias del ordenamiento procesal administrativo, pretendiendo el agotamiento de la vía, o bien la configuración del silencio administrativo, dado que en tal supuesto la decisión judicial sería tardía y muy alejada del modelo de una justicia continua y efectiva. Se equipara esta situación a la de la adopción, encontrando sustento en el Código civil y comercial, que en el artículo 558 habla de igualdad en materia de filiación y el artículo 562 habla de voluntad procreacional como fuente de filiación, sin importar quien haya aportado los gametos.

[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/DIAZ%20RECK%20\(causa%20N%C2%BA%2050832\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/DIAZ%20RECK%20(causa%20N%C2%BA%2050832).pdf)

III. MODALIDADES DE TECNICAS POR REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA:

Para referirnos este tema, primero hay que entender qué son las técnicas de reproducción humana asistida. Se entiende por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que no suplantán mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad). La OMS las define como el conjunto de técnicas o procedimientos que implican la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo; incluyendo la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y la gestación subrogada.

Se comenzó a hablar sobre estas técnicas, al momento de proponerse la reforma del Código Civil y unificación con el Comercial. En Marzo del año 2011, mediante el Decreto 191 del Poder Ejecutivo Nacional se mandó a crear un Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de ambos códigos. Al mismo tiempo se creó una Comisión Bicameral para el tratamiento del mismo, donde entre alguna de las cosas que se establecieron fue la apertura de una casilla electrónica para recibir propuestas por parte de la sociedad y comunidad jurídica para involucrarse. El anteproyecto se presentó en 2012 y se sancionó en 2014. Sobre el derecho de familia, Kemermajer de Carlucci dice que el Código civil y comercial parte de una noción básica “la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto de jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la ‘la naturaleza’; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.” Por esto es que es lógico pensar que no existe un solo modelo de familia sino que

hay varios tipos y por ello se habla de familias. Respecto a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Incluso no está reducido únicamente al matrimonio y debe abracar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. También entre los fundamentos del Código, se habla de la constitucionalización del derecho civil, en especial sobre el derecho de familia, incorporando diversos tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), estableciendo entre ellos que “se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes y del género”. También a la luz de la sanción de la Ley de Matrimonio Civil y de Identidad de género, el Código civil y comercial incorpora la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer tipo filial, junto con la filiación por naturaleza y por adopción, todas con los mismos efectos (artículo 558), donde prima la voluntad procreacional. Quedando finalmente regulado de esta manera, en el artículo 558: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. De ésta manera, se garantiza el principio del Interés superior del niño, de igualdad de todos los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, derecho a la identidad y a la inmediata inscripción, mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación, el acceso a la información de los niños nacidos de fertilización heteróloga, derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella. La determinación de la filiación en estos nacimientos, va a estar dado por la Voluntad procreacional, que es la decisión de querer llevar adelante un proyecto parental conjuntamente con otra persona o en el marco de una familia monoparental, plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. La voluntad procreacional está receptada en el artículo 562: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre..., debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”.

Estas técnicas en los últimos tiempos comenzaron a utilizarse con mayor frecuencia sobre todo por aquellas personas que no pueden concebir de manera natural por limitaciones

físicas o sociales, que incluyen las nuevas formas de familias que van surgiendo como las familias monoparentales y homoparentales.

a) Gestación por sustitución

Se denomina de esta manera a la práctica en la cual una mujer, que es la gestante, se somete a las técnicas de reproducción humana asistida con el fin de llevar adelante un embarazo a favor de otra u otras personas, a quienes se compromete a entregarle/s el niño/a después de su nacimiento sin que se configure un vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con la o las personas que son padres intencionales. Podemos encontrar dos tipos de Gestación por Sustitución, por un lado la denominada “tradicional”, donde la persona o pareja celebra el contrato con la mujer gestante, que se compromete a luego de producirse el nacimiento les dará el niño/a, nacido producto de una inseminación artificial en donde la mujer gestante es la que aporta los óvulos que son fecundados por el esperma que puede provenir del padre intencional, que sería biológico, o de un donante, por lo que en este caso la mujer gestante sería la madre biológica; y por otro lado está la denominada “gestacional” en donde la mujer gestante no es la que aporta su material genético, sino que se le implanta en el útero un cigoto formado por la unión del ovulo de otra mujer, que puede ser la madre intencional o una donante, con el esperma de un hombre, pudiendo ser del padre intencional o de un donante. Esta práctica merece un tratamiento aparte de las demás técnicas de reproducción humana asistida por su particularidad.

En el proyecto de reforma del Código civil y comercial, se regulaba esta práctica en el artículo 562 “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha

sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.” Luego de muchos debates y críticas, removieron esta figura en la versión final de Código. Los fundamentos fueron los siguientes: La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre “Relaciones de Familia” que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritaría un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el derecho comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del proyecto de reforma. A pesar de no estar regulada específicamente esta figura, se lleva a cabo de igual manera tanto dentro como fuera del país., siempre ponderándose la voluntad procreacional para establecer la maternidad. Teniendo en cuenta que las personas deben poder elegir la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren construir sin que sean penados por esto. Siempre que se realice sin producir ningún daño a los niños nacidos en estas prácticas o a las mujeres gestantes y que se garantice el derecho del niño/a a acceder a la información sobre el modo de su procreación.

En referencia a la licencia por maternidad, ninguna de estas técnicas están contempladas en la Ley de Contrato de Trabajo. Es decir que los padres que llevan a cabo estas técnicas para tener a sus hijos, no son protegidos por la Seguridad Social y se les deniega la posibilidad de acceder a una licencia por maternidad o paternidad.

JURISPRUDENCIA:

- “H. M. y Otro/a s/medidas precautorias ” 30/12/2015

Se presentan M.R.H y M.C.H para peticionar con carácter urgente una autorización judicial para la inscripción de la niña por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el prenombre de M.S y con los apellidos de los donantes de los gametos A y H, en gestación por medio de técnicas de reproducción humana asistida de Alta Complejidad con gametos de la propia pareja A-H y con fecha probable de parto el 19 de enero de 2016. Las peticionantes son hermanas.

Referido a la licencia por maternidad, dice la sentencia: “Según el informe socioambiental obrante en autos, M. R. H., se desempeña en relación de dependencia como empleada de farmacia. Atento a la relevancia que reviste el cuidado del niño para su desarrollo integral, a la protección debida a las familias en todas sus formas como “elemento natural y fundamental” de la sociedad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/2003 estableció que “[l]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades”, como parte del ius cogens, considero que, también como medida preventiva de todo daño a los derechos que emanan de la dignidad humana en el marco del art. 52 del Código Civil y Comercial, que se debe conceder a los progenitores las correspondientes licencias por maternidad/paternidad para poder satisfacer el cuidado de la hija en los primeros días de vida, en las mismas condiciones que las demás familias y con las demás y los demás niña/os, ya que “la gestación por sustitución es una de las formas de ejercer el derecho a formar una familia y no existe un único tipo de familia sino tanto como las personas puedan y quieran construir, en pareja o solas”. (PEREZ, Agustina, “Gestación por sustitución y licencias por maternidad/paternidad. La agenda de cuidado a la luz de la jurisprudencia española y la perspectiva argentina”) El sustento normativo de la protección debida a los progenitores en el contexto de la gestación por sustitución emana de los instrumentos de derechos humanos, regionales e internacionales, ratificados por el Estado, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc.22 de la CN) –es decir conforme a las interpretaciones de sus intérpretes autorizados (fallos de la Corte IDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica y Caso Fornerón e hija vs.

Argentina, y la Observación General n°19 sobre el artículo 23, párr. 2 Comité de Derechos Humanos). Dichos instrumentos de derechos humanos, en los que se reconoce el derecho a formar una familia, los derechos de sus integrantes y las obligaciones de la sociedad y el Estado de asegurarle protección son: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículo 10), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.17), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (arts. 9 y 16), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9, 10, 20, 21 y 22), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art.23), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (art. 15), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 4, 44, 45 y 50), Respecto de los derechos humanos de la niña a igual trato y ser cuidada, ha de tenerse presente que toda decisión o disposición (ya sea del sector privado, la administración pública o de la magistratura) que restrinja la posibilidad de niña/os de gozar del cuidado de sus progenitores constituye una violación a su interés superior y a sus derechos humanos, y por tanto compromete la responsabilidad internacional de los Estado. El cuidado y la igual protección ante la ley de niña/os halla sustento en: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos: art. 7 "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley [y] contra toda discriminación" y 25.2 "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños (...) tiene derecho a igual protección social"; 2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 2 "Cada uno de los Estados... se compromete a respetar y garantizar... sin distinción alguna" y art. 24.1 "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requieren"; 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 2 "cada uno de los Estados partes... se compromete a adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) [y] a garantizar el ejercicio.... Sin discriminación alguna" y art. 10.3 "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna"; 4) Declaración Americana de Derechos

y Deberes del Hombre: art. II “todas las personas son iguales ante la ley” y art. VII “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales”; 5) Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 1 “respetar... y garantizar... sin discriminación alguna” y “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley” y art. 19 “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: arts. 3, 5, 7 y 23.”

https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/03/juris_familia_nro-64.pdf7

IV. FAMILIAS MONO PARENTALES

Una familia monoparental es aquella donde una persona, sea madre o padre, debe estar al cuidado cotidiano del/los hijo/s sin un cónyuge a su lado. Este tipo de familias alcanza a una de cada cinco familias en la actualidad, y casi nueve de cada diez están al mando de una mujer, por lo que referirse a un tipo de familia de estas características, es referirse a una familia compuesta por una madre como responsable en solitario del/los hijo/s.

La importancia de referirse a estos tipos de familias, es porque primero en los últimos veinticinco años han duplicado en crecimiento, se considera que uno de los principales motivos de este aumento se debe a que aumentaron las cantidades de separaciones y divorcios. También otra de las posibles causas es que se han extendido como organización familiar entre mujeres de sectores sociales medios y medios altos, por lo que no se las va a asistir por estar en una situación de pobreza o riesgo de padecerla. También hay que tener en cuenta la transformación significativa del contexto familiar que sufren los niños/as de las nuevas generaciones. Otro de los motivos, es que este tipo de organización familiar visibiliza dos problemas sociales que son las tensiones que tienen que soportar las mujeres para lograr combinar el trabajo con la familia, y otro de los problemas son las desigualdades de género que existen en el ámbito productivo para con las mujeres a diferencia de los hombres.

Las mujeres a cargo de hogares monoparentales son madres que presentan las mayores tasas de participación laboral y son las principales sostenedoras económicas de sus hogares, deben trabajar a cambio de una remuneración ya que sus necesidades de ingresos son perentorias, pero también son quienes mayores problemas tienen para insertarse en puestos de trabajo de calidad. Es decir que tienen mayores probabilidades de desempeñarse en puestos de trabajo de escasa calidad porque necesitan trabajar si o si, y por ello tienen menores chances a la hora de elegir la oferta de empleo disponible. Esto sucede porque muchas de estas mujeres, quedan a cargo de este tipo de hogares en virtud de una separación, divorcio, viudez y por lo tanto parten sin ningún tipo de experiencia laboral previa para insertarse y desarrollarse en el mercado laboral.

Este tipo de familias, visibiliza la situación de desventaja y desigualdad en la que se encuentran las mujeres, independientemente de su situación conyugal. En particular, se intensifican los obstáculos de las mujeres en el mercado laboral y la sobrecarga de

responsabilidades a la que se enfrentan muchas de ellas al desempeñar, sin suficiente apoyo, el doble rol de cuidadoras y trabajadoras. Pero estos inconvenientes que sufren las madres superan su individualidad, porque al ser ellas las responsables fundamentales del cuidado de sus hijos, dichas desventajas afectan la calidad de los cuidados que estos reciben. Por todo lo expuesto, es necesario plantear que se incorpore también esta figura, entre otras, dentro de la regulación de la licencia familiar que se plantea en este trabajo fomentando la equidad e igualdad de género.

JURISPRUDENCIA:

- P. R. E. M. c/ GCBA s/ medida cautelar autónoma 07/06/2020

La señora P.R.E.M se emplea en el Hospital General de Agudos Bernardino Rivadavia, ingreso a prestar tareas el día 01/08/2009, actualmente presta servicios en la Unidad de Cuidados Intensivos de Adultos en el horario de 12 a 18hs, en tarea de asistencia directa a pacientes. En cuanto a la conformación de su hogar es un hogar monoparental compuesto por ella y su hijo A.A.S de 15 años de edad. Al respecto, refirió que su hijo presenta un cuadro de Esquizofrenia tipo paranoide, siendo por ello una persona discapacitada, y se encuentra actualmente medicado. Destacó que hasta que se inició el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, A.A.S. concurría a un centro terapéutico (SIAPRIC) en el que recibía tratamiento psicológico y realizaba actividades recreativas que apuntaban a restablecer su socialización fuera del hogar. Mientras se encontraba allí no requería su compañía. Manifestó que en las actuales circunstancias, vedada la posibilidad de que A.A.S. concurra al centro terapéutico y careciendo de otra persona que se ocupe de atenderlo en su ausencia, “dada la gravedad de la discapacidad que posee el menor es imprescindible que quede en su casa al cuidado de su madre”. Por tal motivo, resulta imprescindible que se le confiera la licencia excepcional establecida en el artículo 6 del decreto 147/2020. Para dar cuenta de sus dichos, transcribió el certificado expedido por la médica tratante de su hijo, la Dra. Luciana Occhipinti (Médica Psiquiatra M.N 122.709) quién señaló que: “debe cuidar a su hijo (A.S.S.) las 24 horas dado que el paciente se encuentra en tratamiento psiquiátrico y no puede quedar sólo debido a la gravedad del caso”. En ese sentido, afirmó que A.S.S. “el 21 de mayo de 2020 tuvo una crisis muy fuerte por lo que la actora procedió a llevarlo al Hospital Tobar García, en

donde le hicieron un chequeo general e indicaron a la actora que debía quedarse al cuidado de su hijo prestándole la mayor de las atenciones dada la gravedad de su enfermedad”. En este contexto, explicó que requirió hacer uso de la licencia prevista en el artículo 6 del decreto 147/2020 y que ello fue debidamente comunicado al GCBA mediante nota. Sin embargo, la demandada guardó silencio hasta el día 2/6/2020, fecha en que le envió una carta documento, donde la intimó a que cumpliera con la prestación de tareas que tiene encomendada. Destacó que rechazó la intimación del GCBA mediante carta documento, en fecha 4/6/2020, por los fundamentos ya explicitados. En atención a las circunstancias descriptas, requirió el dictado de una medida cautelar autónoma a efectos de garantizar que el ejercicio de su derecho no resulte frustrado con anterioridad a que promueva el respectivo proceso en que cuestionara el comportamiento desarrollado por la demandada. En ese sentido, en cuanto a la verosimilitud de su derecho, afirmó que “se encuentra altamente vulnerado y afectado tanto el derecho a la vida como el derecho a la salud” dada la patología que padece su hijo. Por lo expuesto, solicita el dictado de una medida cautelar innovativa contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objeto de que cautelar y provisoriamente mientras dure la emergencia sanitaria y/o hasta el dictado de una sentencia en un juicio de fondo, se ordene al GCBA que reconozca el uso y goce de la licencia prevista en el artículo 6 del Decreto n° 147-/20 y que se ordene la reparación de los daños y perjuicios sufridos por ella y su hijo discapacitado. La demora en el tratamiento de la acción pone en riesgo la vida de su hijo.

Finalmente se decide hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándose al demandado que confiera a la trabajadora una licencia extraordinaria en los términos del art. 6 del dec. 147-GCBA-2020, pues el comportamiento adoptado por el empleador, al negarle la licencia que pretende, intimándola a reincorporarse a sus tareas bajo apercibimiento de cesantía, resulta manifiestamente ilegítimo con capacidad de afectar gravemente el derecho a la salud y a la vida del hijo menor discapacitado de la actora; además, ello supone una prohibida discriminación por género que impide a aquélla gozar de sus derechos como mujer trabajadora que integra una familia monoparental.

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/06/18/fallos-tiene-un-hijo-discapacitado-en-una-familia-monoparental-pero-trabaja-como-esencial-se-le-denego-a-una-trabajadora-la-licencia-del-decreto-147-2020-tomando-en-cuenta-solo-su-lugar-de-trabajo/>

CONCLUSION

Considero que mientras en la Ley de Contrato de Trabajo exista una licencia por maternidad biológica, incluida en un Título aparte del resto del cuerpo normativo, donde si bien en el año 1974 fue novedoso incluir a la mujer dentro de una misma ley junto al resto de trabajadores hombres, la realidad es que en la actualidad esto se contempla como machista y por lo tanto repudiable, donde al parecer es como si el trabajo de las mujeres fuese distinto al de los hombres o que tuvieran capacidades diferenciadas, por lo que es claramente discriminatorio para las mujeres. Es una protección que se otorgó a las mujeres en estado de embarazo exclusivamente, basado en un punto de vista social, donde la mujer es la que tiene que quedarse de manera obligatoria en la casa al cuidado de los hijos en sus primeros meses de vida. No se da la posibilidad de elección de dicha mujer trabajadora, de elegir justamente si quiere regresar inmediatamente después de convertirse en madre a sus tareas laborales o no.

La existencia de esta licencia, también genera una circunstancia desfavorable para todas las mujeres que se insertan en el mercado laboral, en virtud de que un empleador al elegir contratar a una persona para un puesto laboral en su empresa, elegirá a un hombre ya que la mujer por el solo hecho de serlo y de la posibilidad de que sea madre o vaya a serlo en el futuro, ya configura una desventaja para ese empleador, que tomara en cuenta el posible tiempo de licencia y obviamente lo que conlleva a que va a tener que elegir a una persona que reemplace a esa mujer durante su ausencia.

Hubo un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional en el mes de Marzo del año 2018 sobre “Equidad de género e Igualdad de oportunidades en el trabajo”, que intenta por ejemplo, modificar el Título VII de la LCT, llevando a que se dejara de denominar “Trabajo de Mujeres” y pasara a ser “De la Equidad de género e Igualdad de oportunidades en el trabajo”, en virtud de que justamente la diferencia en el sexo puede ser un criterio de diferenciación. Se pretendió también modificar la primera parte del artículo 172 de la LCT que establece actualmente “La mujer podrá celebrar toda clase de contratos de trabajo”, y redactarlo de manera diferente, estableciendo “queda garantizada la equidad de género y la igualdad de oportunidades en todos los aspectos de la vida laboral. Los trabajadores cualquiera sea su género tendrán iguales derechos en todo lo relativo a su acceso al empleo, su selección y contratación, a sus condiciones de prestación, a su desarrollo o evolución en la carrera dentro de la empresa. Los contratos individuales, las convenciones colectivas de trabajo y las reglamentaciones autorizadas no podrán establecer ningún tipo de discriminación en el empleo,

fundado en el género o en el estado civil de quienes trabajan”. Lo que se quiso intentar es no mencionar las palabras “mujer” u “hombre” e incorporar así la palabra “género” para que no haya en la letra de la ley diferencia en virtud del sexo de la persona, tanto en el acceso al puesto de trabajo, condiciones de la prestación, su desarrollo y evolución dentro de la empresa. Aunque al tratar de equiparar estas circunstancias, se genera de manera no intencional una suerte de Discriminación positiva. También en cuanto a las licencias, este proyecto propone modificar el artículo 158 de la LCT, extendiendo el plazo. El primer inciso se refiere al “nacimiento o adopción de hijo” extendiendo dicho beneficio al caso de adopción por un plazo de 15 días corridos. Y otro inciso propone 5 días corridos por año para someterse a las técnicas y procedimientos de reproducción humana asistida. Estos plazos siguen siendo insuficientes para que el progenitor o progenitora no gestante disfrute de tiempo que desea con su hijo/a.

La Ley de Contrato de Trabajo, no otorga licencia alguna a los padres intencionales para los casos de una gestación por sustitución, ni licencia para los casos de utilización de técnicas de reproducción humana asistida, tampoco en los supuestos de parejas del mismo sexo, o parejas que recurran a la adopción. A pesar de la reforma que sufrió el Código Civil y Comercial tratando de incorporar las nuevas relaciones de familia y procreacionales que existen, la LCT sigue sin reformarse para ponerse a tono con los cambios en los modelos de familia que existen en la actualidad. Obviamente tendrían que hacerse cargo de la financiación de estas licencias el sistema de la Seguridad Social, pero deberían ir incorporándose de manera gradual y no de un día para el otro, ya que generaría costos que serían difíciles de soportar.

Por todo lo expuesto, es inminente la necesidad de reforma de la Ley de Contrato de Trabajo. Lograr que dicha ley pueda subsistir con la actualidad, tomando en cuenta la situación familiar, laboral, previsional, económica, cultural y social de nuestro país, y permitiendo recurrir a ella para poder resolver cuestiones de discriminación por el género. Debería tenerse en cuenta todas las reformas normativas, instrumentos internacionales que se tuvieron en consideración en este trabajo, como así las normativas de otros países al respecto.

Debería generarse un proyecto de ley, como el que se presentó en el año 2018, pero que se le dé el tratamiento que merece, que tenga en cuenta la equidad de género, que primero elimine la distinción que realiza el Título VII de la LCT, diferenciando a las mujeres. También respecto a la existencia de la licencia por maternidad, podría modificarse esta denominación y ser una Licencia Parental o por Nacimiento, cualquier sea el modo por el cual esa/s persona/s se transforman en progenitor/ra y teniendo en cuenta que dicha licencia pueda ser otorgada a

elección de cualquier de la progenitores. También como ya mencione, incluir todas las nuevas relaciones de familia y formar de procreación, como parejas del mismo sexo, la adopción, familias monoparentales, utilización de técnicas de reproducción humana asistida.

Intente sacar a la luz, desde mi humilde lugar, cuales son las situaciones no contempladas como así ver un poco la normativa vigente tanto nacional como internacional. La realidad es que durante toda la investigación que realice, la información que pude encontrar fue poca, pero intente lograr con esa poca información, que justamente se vieran las carencias que tiene la Ley y la necesidad de la reforma que es inminente, en virtud de todos los reclamos por parte de estos sectores desfavorecidos y ni siquiera contemplados por dicha ley.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Normas en soporte papel:

- Revista de Derecho Laboral. Igualdad de oportunidades y trato.
- Ley 20.744 “Ley de Contrato de Trabajo”
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional

Artículos y trabajos en soporte electrónico:

- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2020). **Derechos laborales de mujeres y varones.** Recuperado el día 09/06/2020 de URL de la fuente http://trabajo.gob.ar/downloads/igualdad/100610_cuadernillo2.pdf
- Nota periodística de iprofesional.com (2020). **Licencia por maternidad y paternidad 2020: qué dice la ley de contrato de trabajo.** Recuperado el día 09/06/2020 de URL de la fuente <https://www.iprofesional.com/management/313230-licencia-por-maternidad-y-paternidad-que-dice-la-ley>
- Argentina.gob.ar (2020). **Licencias.** Recuperado el día 10/06/2020 de la URL de la fuente <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/buscastrabajo/licencias>
- Nota periodística de RTVE.es (2020). **Voy a tener un hijo en 2020: ¿Qué tengo que saber sobre los permisos de paternidad y maternidad?** Recuperado el día 11/06/2020 de la URL de la fuente <https://www.rtve.es/noticias/20200217/voy-tener-hijo-2020-tengo-saber-sobre-permisos-paternidad-maternidad/1994404.shtml>
- Nota periodística de Infobae (2017). **Argentina y Finlandia: las dos caras de las licencias por maternidad y paternidad.** Recuperado el día 13/06/2020 de la fuente <https://www.infobae.com/tendencias/2017/03/06/argentina-y-finlandia-las-dos-caras-de-las-licencias-por-maternidad-y-paternidad/>

- Nota periodística de CBA 24n.com.ar (2020). **Finlandia iguala los permisos de paternidad y maternidad y elimina las referencias de género.** Recuperado el día 13/06/2020 de la fuente https://www.cba24n.com.ar/internacionales/finlandia-igual-a-los-permisos-de-paternidad-y-maternidad-y-elimina-las-referencias-de-genero_a5e4bc420cd0a1603a7e76a1b
- Nota periodística de Redacción de El País. **Así funciona la nueva licencia de maternidad en Colombia.** Recuperado el día 14/06/2020 de URL de la fuente <https://www.javeriana.edu.co/mentapuntodeapoyo/?p=812#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20nueva,debe%20ausentarse%20de%20su%20trabajo>
- Superintendencia de Seguridad Social, Gobierno de Chile. **Subsidio maternal prenatal.** Recuperado el día 16/06/2020 de URL de la fuente <https://www.suseso.cl/sel/606/w3-propertyvalue-574.html#presentacion>
- Dirección del Trabajo. **¿Cómo se financia el subsidio correspondiente al permiso postnatal parental?** Recuperado el día 18/06/2020 de URL de la fuente <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-99756.html>
- Toptrabajos.com. **Licencia maternal en Uruguay y subsidio por maternidad.** Recuperado el día 20/06/2020 de URL de la fuente <https://www.toptrabajos.com/blog/uy/licencia-maternal-uruguay/>
- Gerencie.com (2019). **Licencia de maternidad.** Recuperado el día 20/06/2020 de URL de la fuente <https://www.gerencie.com/licencia-de-maternidad.html#:~:text=Recordemos%20que%20el%20art%C3%ADculo%20236,cada%20quincena%20seq%C3%BAn%20el%20periodo>

- Rodríguez Iturburu, Mariana (2016). **Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN**. Recuperado el día 02/07/2020 de URL de la fuente <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn>
- Borrajo, María Eugenia (2015). **La “Maternidad subrogada” ¿una técnica de reproducción asistida más?** Recuperado el día 01/07/2020 de URL de la fuente <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/22-24-1-SM.pdf>
- PEREZ, Agustina (2015). **Gestación por sustitución y licencias por maternidad/paternidad. La agenda de cuidado a la luz de la jurisprudencia española y la perspectiva argentina**. Recuperado el día 01/07/2020 de URL de la fuente <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Perez-A.-GS.pdf>
- Lupica, Carina (2012). **Madres solas en la Argentina. Dilemas y recursos para hacer frente al trabajo remunerado y al cuidado de los hijos**. Recuperado el día 05/07/2020 de URL de la fuente <http://www.sarda.org.ar/images/2012/13-17%20Madres%20solas.pdf>



CECILIA VERÓNICA ORTIZ



JOSÉ BORRUTO