(S-3357/19)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

LICENCIA POR COMATERNIDAD

ARTÍCULO 1º: Comaternidad. A los efectos de la presente ley entiéndase por comaternidad al ejercicio conjunto de la maternidad llevada a cabo por una pareja de madres.

ARTÍCULO 2º: Licencia por comaternidad. La madre no gestante tiene el derecho a gozar de la licencia por maternidad equivalente al de la madre gestante, según el régimen laboral que corresponda o los convenios colectivos de trabajo más favorables.

ARTICULO 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

María M. Odarda.-

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

El presente proyecto de ley es una iniciativa fruto de un trabajo colectivo, que fue elaborada junto con AboSex (Abogad*s por los Derechos Sexuales) y la colaboración -en la redacción de los fundamentos- de estudiantes de derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).

El mismo tiene por objeto resguardar los derechos de los/as niños/as nacidos/as en el marco de familias co-maternales y de sus madres, en condiciones de igualdad en lo que respecta al ejercicio conjunto de la maternidad llevada a cabo por una pareja de madres. En particular, nos referiremos a las licencias laborales, sin discriminación alguna, cuya finalidad no es otra sino el cuidado del/a niño/a desde su nacimiento.

Como punto de partida es importante resaltar la importancia del término utilizado en el artículo 1º, cuando nos referimos a “pareja de madres”. Aunque pueda sonar redundante a los fines de la definición de comaternidad, cuando hacemos referencia a la expresión “pareja de madres” nuestra intención es incluir dentro de ella a toda persona que ejerza un rol maternal (mujeres cisgénero, lesbianas, mujeres bisexuales, mujeres transgénero, madres no binaries, varones transgénero, personas intersex, etc.) De esta forma, no nos pareció adecuado referirnos exclusivamente a una “pareja de mujeres”, por

ello decidimos utilizar una expresión inclusiva que contemple y resguarde el derecho al reconocimiento a toda identidad de género y a toda orientación sexual en el ejercicio de la maternidad.

La comaternidad fue legalizada en la Argentina en 2010 con la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario. Ante esto, es necesario interpretar las normas desde una perspectiva de derechos humanos, de infancia y de género. Que no todas las situaciones están reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación o en normas laborales no significa que estén prohibidas ni, mucho menos, puede conducir a limitar derechos adquiridos.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), en línea con los instrumentos internacionales de derechos humanos, no establece diferencia alguna respecto a la responsabilidad parental cuando ésta es ejercida por dos personas. Así, los/as responsables del cuidado del/a hijo/a son ambos/as progenitores/as indistintamente de su género, y también sin diferencia entre quien gesta y quien no gesta. Ambos/as tienen los mismos derechos y obligaciones en relación con el/a niño/a. Dicho Código recepta los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos (muchos de ellos con jerarquía constitucional), consagrando lo que se conoce como la constitucionalización del derecho de familia, y teniendo como objetivo máximo la protección de la persona.

El CCCN en materia de deberes y derechos sobre el cuidado de los/as hijos/as establece en su artículo 556 que: [...] “cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición” [...].

Cabe aclarar que este proyecto no está menoscabando ningún derecho de la esfera familiar, sino que apunta a permitir que las dos personas sean las responsables del cuidado del/a niño/a, con independencia de quien lo/a haya gestado. Además, el/a hijo/a se beneficia al consolidar su relación con ambas madres por igual.

Este proyecto parte del convencimiento de que ambos/as progenitores/as -en este caso: ambas madres, pero debería extenderse a cualquier persona- deben poder ejercer la parentalidad y obtener las licencias correspondientes según el régimen laboral de que se trate. Cabe remarcar que el presente proyecto no pretende crear licencias nuevas, sino suplir un déficit interpretativo que ha excluido a muchas mujeres no gestantes y a sus hijos/as del ejercicio efectivo de la licencia que les corresponden, aumentando la carga de

cuidado de la madre gestante y disminuyendo los derechos de la madre no gestante.

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 en su artículo 177 dispone claramente que el/a empleado/a debe contar con el tiempo suficiente para recibir adecuadamente a su hijo/a en el seno de la familia. Se trata de un tiempo de tranquilidad y dedicado a la adaptación de todos/as los/as involucrados/as a la nueva realidad en la que se encuentran: la de los/as progenitores/as y la de esos/as niños/as que ingresan y conforman un nuevo grupo familiar. Las licencias por parentalidad exceden el ser hombre o mujer, padre o madre, gestante o no gestante pues consideramos que una familia se conforma desde el perfeccionamiento de la voluntad procreacional. Se trata de garantizar un espacio y un tiempo nutriente, rico en afectos y con la tranquilidad de saber que el Estado a través de su normativa e instituciones acompañan a los/as progenitores/as, sin distinción de género o con base biológica, en cumplimiento de un mandato constitucional y de derechos humanos: cuidar, asistir e incluir a todos/as los/as niños/as. En definitiva, proteger y fomentar la formación de familias, en una sociedad diversa e igualitaria como la nuestra.

Asimismo y en relación con parejas casadas, a la licencia por maternidad se le aplica la norma de clausura de la Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618, contenida en su art. 42: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.”

Es de destacar que dicha ley nacional de 2010 fue la primera en Latinoamérica en reconocer derechos en igualdad de condiciones, incluso en el ámbito familiar. Se equiparó así de forma radical la capacidad de generar y sostener distintas formas de vínculos legalmente reconocidos. Asimismo, se erradicaron definitivamente distintas discriminaciones basadas en la orientación sexual, con lo cual este proyecto de ley avanza en el mismo sentido reparatorio.

Por otro lado, es de destacar que el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer protegen específicamente a la maternidad y a la infancia. A su vez, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del/a Niño/a, con jerarquía constitucional (conf. art 75, inc. 22 de la CN) establece que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental es el interés superior del niño (...)”

En este sentido, el Comité de los Derechos del/a Niño/a, que supervisa la aplicación de la Convención homónima, ha aclarado en su Observación General N° 14 de 2013 que los/as niños/as pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus progenitores/as, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales. Y que una decisión justificada en el interés superior del/a niño/a entendido como la protección de sus derechos, no puede al mismo tiempo legitimar una decisión prima facie, o en abstracto, discriminatoria basada en la orientación sexual de los progenitores/as del/a niño/a en el supuesto interés superior de éste/a.

En el marco de la O.I.T. (Organización Internacional del Trabajo) se dictó el Convenio C156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares) de 1981 que reconoce “la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores.” Por otro lado, el Convenio C111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación) de 1958, en su artículo 1° establece que: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (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; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. (...)”

El principio antidiscriminatorio ya citado ha tenido desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte IDH ha sostenido que “[l]a determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y sus impactos negativos en bienestar y el desarrollo del niño según el

caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por lo tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de la familia (...) la sola referencia al mismo (interés superior del niño) sin probar, en concreto, los riesgos o daños que no podrán conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no pueden servir de medida idónea para la retracción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párrafo 109 y 110).

Rio Negro: primer caso en el país en donde una mamá no gestante de un matrimonio igualitario recibe licencia por maternidad.

Lorena Jerez y Jorgelina Fernández viven en General Roca y contrajeron matrimonio en el año 2012 en el marco de la ley 26.618 de matrimonio igualitario. Al año siguiente decidieron ser mamás y comenzaron los intentos. Cinco primaveras después, en el 2017, festejaron la gran noticia. El tratamiento de fertilización in vitro que hicieron en Buenos Aires había salido bien, Jorgelina estaba embarazada. Jorgelina es empleada en una empresa frutícola, y tal como lo dispone la normativa que rige en el ámbito privado, su licencia por maternidad sería de tres meses. Lorena es docente en secundarios diurnos y nocturnos de esta ciudad, y presentó su pedido de licencia como cualquier trabajadora que va a tener un/a hijo/a¹.

“Hacían mucho hincapié en que era algo nuevo, en que la licencia por maternidad no me correspondía porque no soy mamá gestante. Entiendo que ocurra antes del matrimonio igualitario, pero ahora no. No me correspondía que me traten como varón, ni una licencia sin goce de haberes. Después me dijeron que tome un artículo 9, que es el de mamá adoptante. ¿Por qué? Si yo no la adopté, soy su mamá” (Lorena Jerez, diario Rio Negro²).

Finalmente, tras una comunicación personal con la ministra de Educación de la provincia, Mónica Silva, la situación se resolvió el 2 de mayo del 2018 cuando se conoció una histórica resolución del Ministerio de Educación y Derechos Humanos, que resolvió otorgar la primera licencia docente por maternidad a una mujer casada con otra

¹ <https://www.rionegro.com.ar/logro-la-licencia-por-maternidad-aunque-no-fue-la-mujer-gestante-FI4903421/>

² Ídem anterior.

compañera y no gestante de su hija recién nacida. A través de un dictamen especial de la Subsecretaría de Administración y Asuntos Legales del organismo provincial, se identificó la situación con un “vacío legal” y se resolvió contemplar el caso particular.

“No existe en el marco del derecho público provincial una norma que contemple una licencia para estos casos. Ni la resolución N° 233/98 de Licencias Docentes, ni la ley N° 4542 de Licencia por Maternidad o Adopción prevén la situación de la Sra. Lorena Jerez”, sostiene un fragmento del texto. Finalmente se sugiere que se propicie un reconocimiento a “la licencia contemplada en el segundo párrafo de la resolución N° 233/98 por la que se le otorga un plazo de 120 días corridos”.

El caso de Lorena nos hizo ver un vacío legal existente, que además de discriminatorio vulnera directamente los derechos reconocidos por la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, el derecho y principio de igualdad, el principio de razonabilidad, el derecho de la mujer a la maternidad, el derecho del niño a disfrutar de su familia y el interés superior del niño.

Jurisprudencia nacional

En nuestro país la situación que nos ocupa ha generado interesante jurisprudencia.

Durante el año 2018 se dieron a conocer una serie de fallos novedosos respecto de licencias laborales por maternidad. Específicamente, tres fallos de tribunales de la C.A.B.A. y La Plata resolvieron conceder licencias por comaternidad a las madres no gestantes. El año 2018 concluyó con importantes novedades respecto de las licencias por maternidad para las madres no gestantes. Se trata de casos de mujeres lesbianas, que llegaron a los juzgados de C.A.B.A y La Plata por el derecho a tener licencia en atención a que iban a ser madres. La diferencia con la norma heteropatriarcal es que ellas iban a ser madres no por gestar sino por estar en pareja con otra persona gestante. Así las cosas, el Juzgado en lo Contencioso y Tributario N° 15 de la C.A.B.A. en el caso “M.M.C. c/ G.C.B.A.”, el Juzgado en lo Contencioso y Tributario N° 12 de la misma Ciudad “N., G. N. c/ GCBA sobre medida cautelar autónoma” (Expte. 35690/2018-0) y el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en el caso “Díaz Reck c/ ARBA”³, fallaron, con sus argumentos, en favor de ampliar derechos y dieron satisfacción a los reclamos de las accionantes.⁴

³ Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata. “Díaz Reck c/ ARBA s/ Medida autosatisfactiva”. Expte N° 50832/2018. 27/12/2018.

⁴ <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4201-licencia-co-maternidad-madre-no-gestante-entre-modelo-familia>

En el precedente citado “N., G. N.” se establece que “la licencia por maternidad no tiene [en] miras si la mujer a la cual se la otorga resulta ser la madre gestante o no, sino el interés superior del niño o niña y sus derechos a poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico. Va de suyo entonces que la licencia por paternidad no distingue género...”. Se agrega que la licencia por maternidad “no realiza distinción alguna entre gestante y no gestante, y que en su caso nos encontramos ante un matrimonio entre dos mujeres que ha decidido la parentalidad a través de la técnica de reproducción humana asistida.” Por ende, “no reconocerle a ambas el carácter de madres, significaría otorgar un trato discriminatorio a una de ellas...” y concluye que “la cantidad de días otorgados no se vincula al estado físico de la madre por haber atravesado un parto, sino a los cuidados de su hijo o hija los primeros días de vida.”

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en el caso “Díaz Reck c/ ARBA”⁵, reconoció que “el régimen jurídico local aplicable no se encuentra actualizado conforme a los derechos emergentes”. A modo de ejemplo, citó a la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743), la Ley de “Matrimonio Igualitario” (Ley N° 26.618), y las incorporaciones en el Código Civil y Comercial que hacen referencia a la diversidad familiar y las técnicas de reproducción humana asistida (artículos 401 y siguientes, 509 y siguientes, y 558 y siguientes del CCyCN). En este sentido concluyó que “resultará necesario compatibilizar el régimen local a los estándares de protección que dimanar de las normas de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico”. A partir de esta consideración, resulta muy interesante la conclusión posterior que se realiza en la sentencia respecto del origen de esta incompatibilidad. Sobre el punto, refiere que “[e]l modelo de familia patriarcal que refleja la ley 10.430, donde el rol de la mujer estaba destinado al cuidado y crianza de los hijos, mientras que el varón debía trabajar para proveer los alimentos, queda en evidencia al otorgar tan disímiles días de licencia a uno y otro caso”. Concluyendo que “[e]s imperioso en este sentido que la legislatura local avance en el dictado de una normativa que contemple esta nueva realidad de conformación familiar y de parentesco de un modo inequívoco, con la finalidad de evitar la reiteración de conflictos de esta naturaleza”.

Asimismo, es importante destacar que la Sala I de la Cámara Federal de La Plata dictó recientemente (28/06/19) un fallo en autos “PASARIN, YANINA BEATRIZ c/ INSTITUTO NACIONAL de SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS y PENSIONADOS

⁵ Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata. “Díaz Reck c/ ARBA s/ Medida autosatisfactiva”. Expte N° 50832/2018. 27/12/2018.

(INSSJP- PAMI) s/ Medida Autosatisfactiva” (Expediente 28.498/2019). La Alzada confirmó la decisión del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de La Plata que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenó a PAMI que le conceda setenta días de licencia por maternidad con goce de haberes, según lo previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo. El Juez de primera instancia reconoció la realidad actual de una sociedad que evoluciona constantemente e invocó diversas normas, entre ellas la ley 26.862 de reproducción humana asistida, la que posibilitó para las parejas conformadas por dos mujeres el proyecto de una familia con hijos/as. Agregó también que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación significó un gran avance ampliar las concepciones en torno a la familia, la filiación y el parentesco. Asimismo, incorporó la noción de corresponsabilidad parental igualando a ambos/as progenitores/as gestantes y no gestantes e invocando el interés superior del/a niño/a. Por su parte, la Cámara Federal fundó su resolución en el artículo 10 de la Constitución local que prevé que “los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, y no puede cercenarlos”. Por último, destaca la carencia de normativa aplicable, que justamente este proyecto viene a subsanar.

En definitiva, es imperioso en este sentido que la legislación argentina avance en el reconocimiento pleno de todo tipo de conformación familiar y de parentesco de un modo inequívoco, con la finalidad de dar solución a casos que, al necesitar judicializarse siempre, consagran un trato desigual respecto de otras conformaciones familiares. Esto, sin soslayar que muchas familias por falta de recursos no pueden acceder a la justicia a lo largo y a la ancho de nuestro país.

Tal como se aprecia, el régimen de licencias está íntimamente vinculado con las tareas de cuidado. Y es claro que ambos/as progenitores/as ineludiblemente tienen el derecho y la obligación de ejercer concurrentemente la función de coparentalidad.

No obstante, estas tareas quedan, en la enorme mayoría de los casos de parejas de distinto sexo, en cabeza de las mujeres madres de las familias, quienes gestan a los/as niños/as. En el caso de las parejas comaternales, dicha inequidad se manifiesta en que la gestante es la que tiene mayor carga de cuidado al tener mayor tiempo de licencia. Si bien la solución de fondo es la equiparación absoluta en las licencias de parentalidad entre gestantes y no gestantes, varones y mujeres, este proyecto apunta a un primer paso: solucionar un debate interpretativo en relación con las familias conformadas por dos madres, en línea con avances legislativos y judiciales.

De lo que se trata es de debatir qué tipo de democracia queremos: una con un Estado laico y plural, ampliando derechos; o una

democracia con un Estado ausente, que por omitir un debate sobre la legislación que equipare derechos a dos madres en materia de licencias laborales refuerce inequidades e injusticias sociales. Presentamos este proyecto de ley con la esperanza de que el Honorable Congreso de la Nación nos acompañe en esta iniciativa y contribuya una vez más a la ampliación de derechos en la Argentina.

Por los fundamentos expuestos, solicito el acompañamiento de mis pares para la aprobación del presente proyecto de ley.

María M. Odarda.-

DIRECCION GENERAL DE PUBLICACIONES