

***“EL RÉGIMEN DISCRIMINATORIO DE LA LEY DE
CONTRATO DE TRABAJO EN MATERIA DE
LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD”***

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA.

ABOGACÍA

UNIVERSIDAD SIGLO XXI

PATRICIA SOLEDAD SANTAMARIA

La Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, hace excluyente la maternidad biológica en el otorgamiento de la **licencia por maternidad**, no equipando de esta manera a los hijos adoptivos con los biológicos, así como también otorga tan solo dos días de **licencia por paternidad**, periodo demasiado escaso para que el padre pueda asumir el nuevo rol familiar haciendo exclusivo el cuidado de los hijos en cabeza de la madre, resultando la ley **discriminatoria** y excluyente con la madre adoptiva y el padre. La **nueva realidad** social nos marca que los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y obligaciones que los biológicos y que el padre tiene un rol activo en la crianza y educación de los hijos dado la inserción de la mujer en el campo laboral por ello es necesario una modificación radical de la ley a los efectos de contemplar el nuevo paradigma social vigente, venciendo definitivamente la histórica lucha de intereses entre la búsqueda constante de mayor **protección laboral** por un lado y la resistencia de la **economía** por el otro.

The law 20.744 of working contract, makes exclusive biological motherhood in the granting of **leave** for maternity, not equipping this way adopted children with the biological, as well as gives just two days of leave parental leave, period too weak so that the father can assume the new role of family doing exclusive care of the children at the head of the mother resulting in discriminatory and exclusionary law with the adoptive mother and father. The new social reality mark us that adopted children have the same rights and obligations as the biological and the father has an active role in the upbringing and education of children, given the inclusion of women in the labor field therefore required a radical modification of the law for the purposes of contemplating the new existing social paradigm, finally overcoming the historic struggle of interests between the constant search for greater job protection on the one hand and the resilience of the economy on the other.

En memoria de mi Tata y

Mis padres, con amor.

INTRODUCCIÓN

Las licencias por maternidad y paternidad son institutos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social que promueven la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras. Merecen un examen detenido dado que integran una temática de gran actualidad a nivel mundial, que se encuentra en franco desarrollo y constante evolución. “Es enriquecedor y fructífero conocer los sistemas legislativos en la materia por ser un punto de partida para la adopción de medidas legislativas a nivel nacional” (Rodríguez Piñero, 1999 p.123). Además nos permite plantear en forma directa la necesidad de medidas que faciliten el trabajo de las personas con responsabilidades familiares.

Para Litterio (2010), el reconocimiento de estos permisos supone la posibilidad de un período de tiempo del que dispone el padre y la madre para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo adoptivo o biológico.

Por este medio, se intenta otorgar no sólo tutela a aquellos bienes jurídicos (como el ser mujer, ser madre, hijo, padre, hombre) consagrados por los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional, sino también a valores consagrados por los nuevos tratados de Derechos Humanos incorporados a partir de la Reforma Constitucional de 1994, como es el cuidado de los hijos como responsabilidad social y la igualdad de mujeres y varones. (Ackerman, 2005 p. 124)

La Ley de Contrato de Trabajo otorga la licencia por maternidad a la mujer por el término de 90 días con período de excedencia y opción de la mujer de no menor a tres meses y no mayor a seis meses, pero solo hace referencia a la maternidad biológica excluyendo completamente la maternidad adoptiva. Asimismo, con respecto a la paternidad la licencia es muchísimo más breve, correspondiéndole tan solo 2 días de licencia al padre.

Por ello analizaremos la exclusión de la maternidad no biológica que realiza la Ley de Contrato de Trabajo y la poca importancia que le da a la licencia por paternidad tornándose discriminatoria y excluyente.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia y algunos proyectos de ley equiparan la maternidad biológica con la adoptiva, considerándolas que deben ser abordadas en la legislación nacional de manera igual, dado que es una realidad social. Por otro lado, el rol que cumple el padre de familia ha ido cambiando a la largo del tiempo, por ello el padre requiere más de dos días para atender la llegada del nuevo hijo (adoptivo o biológico), siendo de suma importancia la presencia del padre junto a su hijo en los primeros días tan vitales.

En base a ello, nuestra investigación estudiará la discriminación en el otorgamiento de las Licencia por Maternidad y Paternidad, centrándonos en la Ley de Contrato de Trabajo, pero también consultaremos Convenciones Internacionales, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, Proyectos de Ley y Convenciones Colectivas de Trabajo, Derecho Comparado, a modo de comparar, analizar y graduar la evolución que tema posee.

El cuerpo del presente trabajo se desarrolla en cuatro grandes bloques o capítulos, cada uno de los cuales se encuentran delimitados en diferentes subtítulos: En el Capítulo I se está dedicado al “*Planteamiento del Tema*”, comenzaremos analizando la protección laboral con sus respectivos límites, para llegar a su polo opuesto que es la discriminación y exclusión. Haremos una breve introducción a las licencias por maternidad y paternidad examinando las exclusiones que efectúa la Ley, particularmente la exclusión de la licencia por maternidad no biológica y la breve licencia por paternidad dando paso al siguiente capítulo donde se comenzará a estudiar en profundidad el instituto de la licencia.

En el Capítulo II “*La Licencia Laboral*” se partirá del estudio del concepto Licencia en general, su finalidad en el Derecho Laboral, su evolución histórica y social, su regulación constitucional, entrando luego en los conceptos de licencia por maternidad y paternidad y su tratamiento en los Instrumentos Internacionales.

El Capítulo III aborda el tema de “*La Licencia por maternidad no biológica*”, se inicia el mismo analizando la exclusión de la licencia por adopción en la Ley de Contrato de

Trabajo. Posteriormente se realiza una introducción al instituto de la adopción en la legislación civil, sus caracteres, efectos y requisitos para luego estudiar la equiparación de los hijos adoptivos y biológicos, asimismo se indagará el derecho comparado y la jurisprudencia nacional sobre el tema. También la investigación abordará los Convenciones Colectivas de Trabajo, Documentos Internacionales, Convenios con la Organización Internacional del Trabajo, los regímenes especiales excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo sobre el tema, finalizando el capítulo con el estudio de los Proyectos de Ley presentados que incluirían a la maternidad no biológica en la Ley de Contrato de Trabajo.

El Capítulo IV se ocupa de la “*La breve Licencia por paternidad*” observaremos la finalidad que posee dicha licencia y su evolución social que pone de manifiesto la necesidad de otorgarle mayor importancia el permiso laboral, por ello examinaremos los regímenes especiales los documentos internacionales y convenios colectivos de trabajo. Haremos un marcado análisis del tratamiento de la licencia por paternidad en el derecho y jurisprudencia comparada, planteándonos los nuevos lineamientos sociales sobre la paternidad, la igualdad de trato y las responsabilidades familiares compartida plasmados en los proyectos de ley presentados para modificar el tema en cuestión

Finalmente, en el capítulo V de “*Conclusiones Finales*” obrara una recapitulación final donde desarrollaremos los principales aportes y las conclusiones finales, además que cada capítulo posee sus conclusiones particulares sobre el tema abordado al finalizar los mismos.

Es importante el estudio de las licencias dado que estimulan el mejor cumplimiento de las responsabilidades familiares de los empleados.

Constituyen un peso importante en la valoración de la familia y son un paso importante para avanzar hacia la igualdad de trato entre varones y mujeres, entre hijos biológicos y adoptivos, ya que de otra manera se sostienen los roles estereotipados, y arcaicos.

Plantearemos la necesidad de estimular la evolución de la legislación poniendo de manifiesto un cambio o adecuación a la realidad histórica y social de la familia cuyos integrantes se encuentran inmersos una relación laboral legislada por la Ley de Contrato de Trabajo, consagrando la necesidad de igualdad de oportunidades y trato en el ámbito laboral en materia de licencia por maternidad y paternidad.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1. La protección Laboral vs La Discriminación

La protección Laboral busca regular el trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, por lo que coloca a quien personalmente lo realiza (trabajador) bajo la supervisión del acreedor de la prestación (patrono), quien se hace propietario del producto de esa labor, bien sea física o intelectual. De lo anterior se infiere que la relación laboral origina una disminución y limitación de la libertad y autonomía del trabajador dependiente a favor de su patrono, la cual debe ser voluntaria y consensuada, es decir, esta obligación laboral es, básicamente, contractual debe nacer de un contrato y además es continuada y no limitada a un solo y determinado acto, se debe realizar un sin número de veces las actividades objeto de la obligación laboral, por lo que el contrato laboral no se extingue con una sola ejecución como si sucede con un contrato de obras, por ejemplo, donde una vez cumplida la obra contratada se extingue el contrato por cumplimiento de su objeto, además las obligaciones laborales son exigible coercitivamente. Estas características de limitación y disminución de la libertad y la autonomía del trabajador, exigibles coercitivamente, con el consiguiente riesgo de extralimitación del poder de dirección y exigencias del patrono, en parte explican el carácter imperativo y de orden público de la legislación laboral, características que lo que buscan es compatibilizar e preceptuar que esas relaciones jurídicas laborales se desarrollen dentro de un marco de convivencia civilizada y que permita al trabajador el adecuado desarrollo de su personalidad y dignidad. Por tal razón, el objeto del derecho laboral es tutelar a los sujetos de la relación laboral, mas no al objeto de la misma, para que el trabajador pueda vivir y desarrollarse a plenitud y con dignidad, aunque tenga que limitar y subordinar parcialmente su libertad a una relación laboral remunerada. El objeto del derecho laboral es lograr que esa relación de trabajo se realice en condiciones que garanticen al trabajador la vida, la salud, el descanso, el desarrollo personal y profesional,

la obtención de beneficios económicos y sociales para tener una vida familiar socialmente decorosa y digna, integrando de esa manera al trabajador al cuerpo social de la comunidad para el debido desarrollo de esta” (Ackerman, 2005 p. 124)

La protección laboral, para Rezzonico (1999), es por lo tanto, la finalidad propia de esta rama del derecho, su razón de ser, a punto tal que el principio protectorio es la pauta de identificación del derecho laboral, es decir el principio que le otorga su especialidad y su peculiaridad esencial. Se podría definir a este sector del derecho como aquel destinado a proteger, amparar o defender a los trabajadores, para ello se cuenta con principios y directrices propios que obedecen a la inspiración de la justicia social de la que se nutría desde sus inicios la legislación del trabajo, de ahí que la idea central de ellos es en favor del trabajador. La explotación del trabajador que carecía de los medios necesarios para equipararse al poder económico y social que poseía el empleador hizo tomar conciencia de desigualdad de las partes. Por ello el legislador impotente de encontrar soluciones que eliminaran esta disparidad en la relación contractual creó principios que la compensaran. La necesidad de protección histórica de los empleados fabriles y, luego de todos los demás, muestra que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social se originan por una especial necesidad de protección.

Podemos definir a los principios generales del Derecho Laboral y la Seguridad Social, como son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos. (Plá Rodríguez, 1979 p. 3)

Para Podetti (1980), las funciones de los principios son a la vez, integrativa, es decir como un instrumento técnico para calcular una laguna del ordenamiento jurídico, interpretativa, como un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio que ayuden al interprete a orientarse en la interpretación correcta, con adecuación a los valores fundamentales, finalística al permitir orientar hacia los fines más amplios de la política legislativa, delimitativa al poner un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial y fundante al ofrecer un valor para fundar internamente el ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas

Se estima que, de acuerdo a la evolución y el sentido último del derecho del trabajo, el principio protectorio es el centro alrededor cual gira toda la normativa laboral. Para el último citado, las reglas de aplicación del principio protectorio son: a) in dubio pro operario; b) la selección de la norma más beneficiosa; c) irrenunciabilidad de derechos; d) indemnidad y ajenidad al riesgo empresario; e) subsistencia de la condición más favorable; f) no discriminación; g) facilitación de las pruebas en el proceso (presunciones laborales). (Madrid, 1992 p. 165)

Todo que ellos son herramientas fundamentales para armonizar el Derecho del Trabajo, según Ackerman (2005) un orden normativo o una disciplina jurídica que rechace o contradiga la lógica de la protección de las personas que trabajan, no sería ya derecho del trabajo. Por ello el paradigma vigente en nuestro país se centra en la necesidad de proteger a los trabajadores dependientes.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional contiene un verdadero mandato dirigido al legislador según el cual debe dictar leyes que protejan al trabajador. Todo esto es de sobra conocido y no merecería ningún análisis que no se haya hecho hasta ahora (Ramírez Bosco, 2000, p.9)

Sin embargo, nos dice Rodríguez Mancini (2007), existe un problema estrechamente vinculado con el mandato constitucional de proteger al trabajador, que curiosamente, no ha merecido suficiente atención por parte de la doctrina iuslaboralista, a pesar de su incontrovertible trascendencia. Aquí lo que debemos plantearnos es si la protección laboral admite grados y como correlato cuales son los límites de la protección laboral.

Existe un piso mínimo que el legislador debe respetar a la hora de diseñar las normas destinadas a proteger al dependiente? Y continua planteándose, hasta donde es razonable incrementar la protección de las personas que trabajan? Si planteamos la cuestión desde el paradigma vigente que rige en la actualidad el derecho del trabajo ¿Hasta cuanto es posible aumentar o disminuir la protección laboral sin crear una anomalía tal que fuere un cambio de paradigma?¹

¹LUENA MARÍA TERESA, .El régimen de licencias parentales en la Ley de Contrato de Trabajo. Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de AbeledoPerrot 2012-4-282 <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/11/10/2012/doctrina-del-dia-el-regimen-de-licencias-parentales-en-la-ley-de-contrato-de-trabajo-la-posibilidad-de-su-adecuacion-en-base-a-la-nueva-realidad-social-y-las-normas-internacionales>.

Según, Tosca (2008), la cuestión acerca de cuál es el punto de equilibrio, o cuáles son los extremos entre los cuales debe moverse el legislador argentino en cumplimiento de la manda constitucional de proteger al trabajador dependiente, es por lo tanto, un problema de ineludible análisis por parte de la teoría general del derecho del trabajo. Continuando con el autor, el mismo destaca la llamativa ausencia de este tema en las obrarassistemáticas de esta rama del derecho, por ello no se trata de describir cuál es el derecho positivo vigente actualmente en nuestro país, sino de hilvanar algunas reflexiones desde la perspectiva de cómo debería ser, adoptando, como criterio últimos corregir, susceptibles de iluminar nuestro análisis, los principios generales del derecho y los textos constitucionales. Un punto de partida sería comenzar a considerar los fundamentos teóricos de la protección laboral. Hay relaciones fundamentales entre los principios de una rama del derecho y los principios superiores y generales del derecho en general, de los cuales dependen jerárquicamente los primeros.

Una de las notas esenciales de la justicia es la igualdad, como elemento predominante, característico y especificador. Los hombres son iguales entre sí en cuanto a su naturaleza. Pero no es menos cierto, que individualmente son diversos, difieren sus capacidades o talentos, en su vigor físico y energía, en su preparación cultural, en sus necesidades, en su situación patrimonial o económica, en su ubicación social, es un hecho irrecusable que los hombres son igualmente desiguales, dice León XIII.²

Estas desigualdades que se dan en la realidad son susceptibles de traer aparejadas desigualdades jurídicas, es decir, discriminación.

Existe discriminación cuando arbitrariamente, se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta al derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando injustificadamente se afecta a una persona, o grupo de personas, o una comunidad, el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales expresadas por la Constitución Nacional por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social u otra de cualquier naturaleza posible. Una de las técnicas que recurre el derecho para evitar caer en situaciones de discriminación es instaurar mecanismos de protección de la parte más débil. Por lo

²NÚÑEZ PILAR -CORTÉS CONTRERAS (2010), La suspensión del Contrato de Trabajo por maternidad y paternidad en la nueva ley orgánica de igualdad.
www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/21902/31144.pdf?sequence=1

tanto, la situación de inferioridad o debilidad jurídica en la que se encuentran determinados sujetos amerita y justifica que el Estado intervenga, en forma prudente y moderada, poniendo límites y freno, en general el instrumento jurídico utilizado es la sanción de leyes de orden público que concediendo cierta protección compensan la desigualdad y la injusticia. Ahora aquí se nos plantea el interrogante de qué pasa cuando la propia norma, que tiene que proteger y no amparar desigualdades, es la que excluye y discrimina?(Martínez Vivot, 2000 p.152)

2. Legislación Nacional en materia de licencia por paternidad y maternidad.

El Régimen de Contrato de Trabajo, comprende la mayor parte de las relaciones de trabajo privadas pues de acuerdo con el artículo 2, solamente excluye a los trabajadores agrarios, a las relaciones de empleo público y a los del servicio doméstico, cuyo trabajo se encuentra reglado por leyes especiales no dejando desprotegidos a estos grupos de trabajadores.

La ley 26727 establece la regulación del trabajo agrario donde se contempla expresamente las licencias por maternidad y paternidad. Asimismo, La Ley 26.844 establece un nuevo Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, creando un régimen laboral para las empleadas domésticas, en el cual se contemplan las licencias laborales

La Ley de Contrato de Trabajo, regula las licencias en su capítuloII Título V, artículo 158, dentro de este mismo nos encontramos con la licencia por paternidad.

2.1 Art. 158. Clases.

El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

- a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos.
- b) Por matrimonio, diez (10) días corridos.
- c) Por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley; de hijo o de padres, tres (3) días corridos.
- d) Por fallecimiento de hermano, un (1) día.

e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos (2) días corridos por examen, con un máximo de diez (10) días por año calendario.³

La licencia por maternidad, está contemplada, en el título VII, capítulo II, en el mismo se establece la protección por maternidad y el capítulo IV hace referencia al estado de excedencia de la mujer.

2.2 Art. 177. Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo.

Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantizase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley.⁴

³Artículo 158 de la Ley de Contrato de Trabajo.

⁴Artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3. Las licencias en el Nuevo Régimen Trabajador Agrario.

La ley 26727 ha dispuesto importantes modificaciones a las normas que rigen la materia del trabajo agrario. La Ley mencionada instituye el Régimen de Trabajo Agrario que rige el contrato de trabajo agrario y los derechos y obligaciones de las partes. Además de sus normas también son aplicables al contrato de trabajo agrario, la ley de contrato de trabajo, sus modificatorias y complementarias, en todo lo que resulte compatible y no se oponga al régimen jurídico específico establecido en la nueva ley 26727. La norma finaliza con el régimen de estatuto cerrado que disponía la regulación anterior de la Ley 22248 que aprobó el anterior Régimen Nacional de Trabajo Agrario (RNTA) pues a los trabajadores agrarios no resultaban aplicables las normas de la ley de contrato de trabajo (LCT) Ante el nuevo panorama, se observa que para algunos temas la regulación de la ley contrato de trabajo se aplica plenamente y el resultado es igual cualquiera sea la relación de trabajo considerada, la que nace del contrato de trabajo común y la que proviene del contrato de trabajo agrario.

Un aspecto que debe ser destacado de la nueva regulación es el régimen de licencias aplicables al trabajador agrario, que implica una mejora de las condiciones anteriores y supera en beneficio del trabajador dependiente a la regulación del régimen común. La ley dispone que sean aplicables a los trabajadores agrarios las licencias previstas en la ley de contrato de trabajo, sin perjuicio de las establecidas por el régimen especial (Ley 26727, artículo 50).

La LCT, en sus artículos 158 a 161, regula diversas licencias dispuestas por motivos especiales (matrimonio, fallecimiento de cónyuge o de la persona con la cual el trabajador estuviera unido en aparente matrimonio, fallecimiento de padres, hijos o hermanos, rendir examen en la enseñanza media o universitaria) que son aplicables al trabajador agrario. El régimen de la Ley 22248 también establecía estas licencias con plazos iguales a los previstos por la LCT. En el caso del personal permanente de prestación continua, correspondería exceptuar la aplicación de la licencia por nacimiento de hijo, que ahora aparece como una licencia especial regulada por la Ley 26727 y constituye una novedad legislativa.

Bajo la denominación de "licencia parental" la Ley 26727 establece para el personal agrario permanente de prestación continua una licencia con goce de haberes de 30 días corridos por paternidad, la que podrá ser utilizada por el trabajador de manera

ininterrumpida entre los 45 días anteriores a la fecha presunta de parto y los 12 meses posteriores al nacimiento (artículo 52)

La Ley 26727 dispone que el personal femenino temporario, comprendido en el régimen de trabajo agrario, tendrá derecho a la licencia por maternidad, cuando ésta debiera comenzar durante el tiempo de la efectiva prestación de servicios. La trabajadora tendrá derecho a la estabilidad en el empleo durante el tiempo de su prestación y hasta el vencimiento de la licencia por maternidad, con el goce de las asignaciones familiares correspondientes que garantizarán a la trabajadora la percepción de una suma igual a la retribución que correspondiera al período de licencia legal, incluso el que exceda al tiempo de trabajo efectivo inherente a las labores para las que fue contratada, conforme lo determine la reglamentación (artículo 51).

La Resolución CNTA 63/06 dispone una licencia especial remunerada por enfermedad de familiares de los trabajadores agrarios permanentes, que es de 5 días corridos por acontecimiento en casos de complejidad normal y de 10 días corridos por acontecimiento para casos de alta complejidad. Esta licencia rige solamente en los casos de accidente o enfermedad que ocasionen la internación del cónyuge o conviviente del trabajador y/o de sus hijos menores a su cargo, no emancipados (Resolución citada, artículos 1° y 2°) En el supuesto de los trabajadores que deban trasladarse desde su domicilio hasta el lugar de la internación de cualquiera de las personas indicadas, la licencia se amplía a razón de un día cada 700 kilómetros (artículo 3°).

Las resoluciones de CNTA que se opongan o contradigan al nuevo Régimen del Trabajador Agrario, quedaran sin efecto, rigiendo plenamente el mencionado régimen.

4. El Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el personal de Casas Particulares.

La Ley 26.844 establece un nuevo Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, sancionada 13 de marzo de 2013, crea un régimen laboral para las empleadas domésticas, a las que se les reconocerán los mismos derechos de los que goza el resto de los trabajadores, como vacaciones pagas, licencia por maternidad y por enfermedad, indemnización por despido, y una jornada de trabajo de 48 horas semanales como máximo.

En cuanto a la licencia por enfermedad y/o accidente inculpable, para el Personal sin Retiro se fija que a partir de la nueva norma la licencia anual paga es de 3 a 6 meses según la antigüedad, para ambas modalidades y por cada enfermedad y/o accidente inculpable.

En otro punto se establece que por nacimiento de hijo, en caso de trabajador varón, 2 días corridos; en caso de contraer matrimonio, 10 días corridos; por fallecimiento de cónyuge o conviviente, de hijos o padres, 3 días corridos y 1 día por fallecimiento de hermano.

También se fija que en caso de que el trabajador o la trabajadora que debiera rendir un examen en enseñanza primaria, media, terciaria o universitaria se lo otorgarán 2 días corridos de estudio por examen, con un máximo de 10 días por año calendario.

En el caso de las licencias por maternidad:, la nueva ley prohíbe el trabajo durante los 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después del mismo; al tiempo que remarca que la trabajadora conservará su empleo y gozará de las asignaciones que le confieran los sistemas de la seguridad social equivalentes a su remuneración.

Además se señala que se presume que habrá "despido por causa de embarazo" si este se realiza durante el período que va entre los 7 meses y medio antes o después del parto, siempre que haya sido notificada la situación de gravidez.

De esta manera, el nuevo régimen contempla íntegramente los derechos de los cuales se encontraba excluidos por la Ley de Contrato de Trabajo

5. Conciliación de la vida familiar y laboral.

Las licencias cumplen una importantísima función que es la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores. El Derecho del Trabajo siempre ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y las responsabilidades familiares, pero al principio lo hizo, desde la protección de la mujer embarazada. Este enfoque trata de corregirse y complementarse posteriormente desde la perspectiva de la situación desigual de la mujer y en el marco de la tutela antidiscriminatoria por razón de género. Se busca la igualdad de oportunidades en el trabajo pero sin cuestionar la diferencia de los roles en función del género dentro de la familia.(Altamira Gigena, 2008 p.269).

Para Litterio (2010), el acogimiento a las licencias laborales precisa del mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares o, dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades se sustenta en la prohibición de discriminación por el ejercicio de dichas responsabilidades.

El reconocimiento de un derecho como la licencia abre a los trabajadores nuevas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la vida familiar. De nada serviría, sino llevara aparejados mecanismos de garantía que eviten los perjuicios derivados de su disfrute. Es necesario preservar la igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares señalando que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.⁵

Las licencias no puede suponer un trato desfavorable para los trabajadores en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción...), pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado retributivo superior, obtención de una gratificación, etc..) de manera que los trabajadores/as obtendrán durante el disfrute de las licencias, y no solo en relación con la acumulación del tiempo de trabajo, similares beneficios a los que tendrían de encontrarse en activo.⁶

Se debe garantizar la integridad de las condiciones de los trabajadores que ejercitan responsabilidades familiares, para ello resulta decisivo el papel de la jurisprudencia, que ha realizado una interpretación extensiva de los conceptos de retribución e igualdad retributiva por razón de sexo, y poco a poco, va llevándolos prácticamente, a cualquier percepción que tenga conexión con el trabajo, inclusive las prestaciones de seguridad social. La interpretación extensiva del concepto de retribución, pone de manifiesto que

⁵LOPEZ ANIORTE MARIA DEL CARMEN (2000) La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica. Desde <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

⁶RUSSO SANDRA, Licencia por paternidad. <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-04-25/contratahtm>, 21-10-2004.

también se debe garantizar su percepción cuando las trabajadoras se encuentren ejercitando sus responsabilidades familiares.⁷

Existen tendencias recientes de la legislación y de la negociación colectiva a incorporar algunos avances con el propósito de promover un mayor equilibrio en la distribución de las responsabilidades familiares de hombres y mujeres. En algunos países europeos ha habido progresos importantes en el período reciente, aunque en América Latina todavía son tímidos.⁸

El 3 de junio de 1981 entró en vigor el Convenio N° 156 de Organización Internacional del Trabajo sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, complementado por la Recomendación N° 165 sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidades Familiares, que fue ratificado por la Argentina en fecha 17 de marzo de 1988, entre las cláusulas más importantes que se incorporan a partir de este Convenio y su Recomendación son asistencia médica para los(as) hijos(as); licencias especiales para acompañar a familiares en caso de enfermedad; asignaciones educacionales; adopción, ampliación de la paternidad, entre otras

6. Las Exclusiones de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como pudimos analizar en la Ley de Contrato de Trabajo las licencias por maternidad y paternidad están gobernadas por el criterio tradicional, según el cual las tareas del cuidado del hogar y de los hijos debe ser afrontado predominantemente por las mujeres, minimizando la función paterna en la crianza de los hijos. Asimismo, la Ley no ha tenido en cuenta que existen hijos por nexo filiatorio no biológico no contemplado la licencia por adopción.

Desde la primera “Ley de Trabajo de Mujeres y Menores” (1907) hasta la Ley de Contrato de Trabajo (1974) con sus sucesivas modificaciones, los derechos y deberes

⁷ NÚÑEZ PILAR -CORTÉS CONTRERAS (2010), La suspensión del Contrato de Trabajo por maternidad y paternidad en la nueva ley orgánica de igualdad.

www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/21902/31144.pdf?sequence=1

⁸ Negociación Colectiva e Igualdad de Género. Oficina Internacional del Trabajo [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02[art-3].pdf)

del cuidado infantil han sido reconocidos como propios de las mujeres exclusivamente. Nuestra ley laboral, reposa en forma exclusiva las responsabilidades de cuidado sobre la mujer y hace excluyente la filiación biológica. Asimismo, la Ley 20744 establece medidas con efectos conciliatorios como ser la licencia por maternidad, los descansos por lactancia, el beneficio de excedencia.⁹

De esta manera se refuerza el modelo de “varón proveedor, mujer cuidadora”, y tal como lo señala la participación del padre en la vida familiar, en las trascendentes primeras semanas posteriores al nacimiento de su hijo o hija o en el otorgamiento de guarda con fines adoptivos, no están contempladas en la legislación laboral argentina. (Ackerman,2005 p. 98)

Este vacío se encuentra en el marcado aumento de la inserción femenina en el mercado del trabajo remunerado sin el correlato de una participación de igual magnitud de los varones en el cuidado, con la consiguiente sobrecarga de tareas y obligaciones y efectos negativos sobre la trayectoria laboral y salarial de las mujeres.¹⁰

Son numerosas las situaciones no contempladas en la Ley de Contrato de Trabajo, entre las que se encuentran el fallecimiento, enfermedad o imposibilidad del padre para cuidar del niño (como si puede hacerlo la madre de acuerdo a lo estipulado en el artículo 183 de la Ley de Contrato de Trabajo, dado que la excedencia se puede aplicar por enfermedad de hijo) Tampoco contempla los casos de licencia por adopción, que son equiparados por la jurisprudencia en el caso de las mujeres adoptantes, pero que no pueden ser equiparados en otros casos, como por ejemplo el del varón adoptante único. (Litterio, 2010 p.244)

⁹LUENA MARÍA TERESA, .El régimen de licencias parentales en la Ley de Contrato de Trabajo. Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de AbeledoPerrot 2012-4-282 <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/11/10/2012/doctrina-del-dia-el-regimen-de-licencias-parentales-en-la-ley-de-contrato-de-trabajo-la-posibilidad-de-su-adecuacion-en-base-a-la-nueva-realidad-social-y-las-normas-internacionales>.

¹⁰CAAMAÑO ROJOEDUARDO Algunos antecedentes sobre los orígenes y la expansión de la protección legal de la mujer trabajadora http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200004&script=sci_arttext

No siempre hay una mujer-madre para cuidar al niño o niña que se incorpora a la familia, ya sea por nacimiento o adopción, ni siquiera en caso de fallecimiento de la madre tras el parto le corresponde al cónyuge un permiso de cuidado equivalente al que esa para mujer habría tenido. Aquí nuevamente, no sólo los padres son discriminados en sus derechos laborales, sino también los niños y niñas que viven esta situación. (Rodríguez Piñero, 1999 p.120)

Como podemos observar son muchas las exclusiones que efectúa la ley de Contrato de Trabajo en materia de licencias familiares, pero nuestro trabajo se centrará en estudiar puntualmente la exclusión de la maternidad no biológica y la breve licencia por paternidad, ellos serán los ejes centrales de nuestro trabajo.

7. La exclusión de la maternidad no biológica en la Ley de Contrato de Trabajo.

Nuestra legislación nacional resguarda la licencia por maternidad, el despido arbitrario de la madre biológica de su empleo en relación de dependencia durante la gestación, como el derecho a lactancia o estado de excedencia de la madre biológica, pero no están contemplados en dicha norma la maternidad no biológica, es decir aquellas madres y padres que se hallan en vías de formar una familia por adopción.¹¹

“Los trabajadores que deciden adoptar un niño, en general, no pueden acogerse a las prestaciones de una política de licencia concebida para los progenitores biológicos”. (Litterio, 2010 p 25)

La licencia por adopción o por otorgamiento de guarda con fines de adopción no ha sido contemplada dentro de la ley 20.744y -aún cuando existieron y existen proyectos para incluirla- hasta la fecha sólo ha sido reconocida en contados casos por la justicia; estando también prevista en algunos estatutos y en el marco de ciertas normas provinciales.

¹¹VAZQUEZ MARIA C. Publicación Doctrinaria: La Protección de la Maternidad No Biológica. Desde <http://www.legalmania.com>. 2000.

La doctrina mayoritaria, entre ella Mario Ackerman (2005), entiende que para la época de la sanción de la Ley de Contrato de trabajo, todavía la adopción no era un instituto vigente en la legislación nacional ni había sido una realidad social como lo es ahora, por ello la exclusión de la norma.

La adopción, que consagra la maternidad no biológica, es una institución de protección familiar y social que consigna en primer lugar la protección familiar y social, es indudable el fundamentarla en el interés superior del menor y determinarse la finalidad de otorgarle el marco social cultural familiar que garantice su pleno desarrollo, por ello la llegada del menor al hogar, al igual que el hijo biológico necesita de un proceso de adaptación con su nuevo entorno familiar. La familia existe ya no por ser el hijo nacido en el seno materno, sino por la posesión de estado que da lugar al afecto y la justicia. Lo importante es comprobar un hecho, la posesión de estado, esa guarda que demuestra la voluntad del adoptante y la realidad del afecto, el vínculo espiritual en se fundamente la filiación que vale tanto o más que la de sangre, fenómeno biológico que sustenta la paternidad legítima o natural.¹²

Se plantea como fin de la institución la necesidad de darles a los padres todos los derechos y obligaciones propias de los padres biológicos, incorporándolos en el ámbito de la legislación laboral.

Paradójicamente, el Régimen de la Seguridad Social Argentino prevé el pago de la Asignación por Adopción, monto de dinero que se entrega solamente a uno de los adoptantes por el proceso de adoptar a un menor de edad.

Cabe aclarar que esta suma de dinero se efectúa en una única oportunidad, no consiste en una ayuda con alguna periodicidad. El receptor percibirá esta ayuda de manera directa siendo este trabajador en relación de dependencia o beneficiario de una Aseguradora de Riesgos del Trabajo o beneficiario de la Prestación por Desempleo.

Asimismo, el trabajador recibirá el correspondiente pago mensual por hijo ya sea matrimonial o extramatrimonial, adoptado o en guarda, tenencia o tutela acordado por autoridad judicial o administrativa competente.

¹²RODRÍGUEZ LAURAY TABAK NICOLÁST. (2008) La Adopción: Fantasías y Verdades
http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

El legislador debería revisar este caso y brindar tutela también a la madre adoptante y al padre adoptante reemplazando la situación dentro de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que el maravilloso fenómeno de la ‘maternidad o paternidad’ no merece, por parte del legislador, distinciones según que se logre por la vía biológica del embarazo y parto o por la emocional y jurídica de la adopción.

8. La breve licencia por paternidad en la Ley de Contrato de trabajo.

Es muy evidente la diferencia de trato que se le da a la mujer-trabajadora con respecto al padre-trabajador, como si el padre no tuviera que adaptarse al nuevo miembro de la familia, lo que hace recaer solamente sobre la mujer el peso de la maternidad y torna a la Ley de Contrato de Trabajo discriminatoria. Sin duda la actual licencia aparece como insuficiente ya que, el padre requiere más de dos días simplemente para atender la llegada del nuevo hijo. (Toselli, Grassis, Ferrer, 2006 p.267)

No obstante, pasado el tiempo de reposo sanitario para la mujer, la ley debería dar la opción también al padre-trabajador de gozar del período de excedencia, dado que la responsabilidad del cuidado del hijo hoy en día está a cargo tanto de la madre como del padre y prever solamente la excedencia para la mujer discrimina al hombre en cuanto padre e impide que en el seno familiar se elija sobre quién conviene más que recaiga esa responsabilidad, no sólo por el niño, sino también económicamente, ya que durante la excedencia no se cobran salarios y si bien no es lo común, puede ocurrir que en algún hogar la mujer cobre más que el hombre.¹³

Argentina, constituye uno de los países con menos días por licencia por paternidad en el mundo, pero existe dos precedentes muy importantes que son la Defensoría General de la Nación y el Ministerio Público Fiscal que mediante una Resolución DGN Nº 1151/07 fueron quienes beneficiaron a sus empleados con la ampliación de los días de licencia por paternidad, a partir de esta medida les otorgarán 15 días a los hombres tras el nacimiento de un hijo. También aceptaron las inasistencias de madres y padres por razones vinculadas al rol familiar, como asistir a reuniones escolares durante el “período

¹³LOPEZ ANIORTE MARIA DEL CARMEN (2000) La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica. Desde <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>. Fecha de consulta: 15/08/2012

de adaptación” del niño. Asimismo, la Procuración General también cambió su reglamento interno en el mismo sentido.¹⁴

9. Motivos para la no inclusión: Límites a la protección Laboral

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse a través de diversos fallos que debieron resolver el conflicto entre el derecho constitucional de los trabajadores a la protección de las leyes, por un lado, y, por el otro, los derechos de los empresarios que se contraponen y se ven restringidos por la protección laboral. En estos conflictos, los empleadores invocaron los derechos a contratar libremente, a organizar la propia empresa y, en última instancia, el derecho de propiedad que les confieren los (arts. 14, 17 y concordantes de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia constitucional emanada del Más Alto Tribunal del país estableció algunas pautas y criterios acerca de la justificación o razón de ser de la protección laboral, abordando, asimismo, la cuestión de sus límites constitucionales.

En el año 1934, por primera vez se incorpora al orden jurídico nacional una norma –el art. 157.3 de la Ley 11.729- que establece la obligación legal en cabeza del empleador de pagarle una indemnización al trabajador despedido sin justa causa. Tres años después, un empleador plantea la inconstitucionalidad de esa obligación legal con fundamento en su contraposición con los derechos individuales de contratar (art. 14, CN) y de propiedad (art. 17, CN). En el fallo “Quinteros c/Cía. de Tranvías Anglo Argentina” la Corte formula consideraciones de fundamental importancia pues se trata de la primera vez que un particular plantea un conflicto entre una norma jurídica de neto corte protectorio del trabajador con los *derechos civiles y políticos o libertades civiles y políticas*. Es decir: se presenta la tensión típica entre igualdad o justicia de una parte y libertades individuales, por la otra¹⁵.

En sucesivos fallos, la Corte reiteró el criterio sentado en “Quinteros”. Así, señaló que la protección laboral manifestada por medio de las normas que imponen la obligación

¹⁴Nota publicada el 5 de septiembre de 2008. “Extienden a 15 días la licencia por Paternidad en el Sector Judicial” <http://www.elsalario.com.ar/main/mujer/licencia-por-paternidad>

¹⁵ C.S.J.N., 22/10/1937, “Quinteros c/Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179: 113, Considerando 4º.

de conceder un breve período de reposo al trabajador a través de vacaciones pagas¹⁶, o el deber de pagar asignaciones familiares,¹⁷ no interfiere ilegítimamente con la libertad de contratar de los empresarios ni constituyen una violación de su derecho de propiedad.

Para la Corte, la legislación protectora en verdad protege la libertad, pero la libertad del dependiente a verse forzado a aceptar condiciones abusivas o inhumanas que le impongan los empleadores, sin posibilidad real de objetarlas en virtud de su imperiosa necesidad de procurarse un ingreso para subvenir sus necesidades alimentarias de contratar.¹⁸

En el fallo “Dordal, José c/Calderón y Roper”, del año 1941, la Corte Suprema de Justicia ha establecido un criterio en relación a la intensidad de la tutela que pueden establecer las leyes, que se podría formular de la siguiente manera: *la protección laboral no puede aumentar, acentuarse o llevarse hasta un extremo tal que afecte el patrimonio del empleador impidiéndole continuar ejerciendo su actividad productiva, industrial o comercial porque, en caso de incrementarse la protección hasta ese límite, se estaría violando el derecho constitucional de propiedad del empleador garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional.*¹⁹

En el fallo “Mata José M c/. Ferretería Francesa” del año 1962, la Corte declaró que si bien el cumplimiento de las leyes laborales no queda condicionado al éxito de la empresa, las cargas que las leyes impongan a los empleadores deben ser razonables. Conforme a línea de jurisprudencia, la razonabilidad es también una de las condiciones a que ha de someterse toda reglamentación legal de las prestaciones patronales (art. 28 de la Constitución Nacional).²⁰ A lo que cabe añadir, además que, en situaciones como la examinada, la carga impuesta al empleador no debe gravar su patrimonio de manera expoliatoria o exorbitante. La Corte reitera en “Mata José M c/ Ferretería Francesa” lo que había ya expresado en “Dordal José c/ Calderón y Roper”, su preocupación por la incidencia de las obligaciones legales que el Estado le imponga al empleador como

¹⁶ C.S.J.N., 20/07/1938, “Rusich, Elvira c/Introdutora Buenos Aires”, Fallos: 181:209 y J.A., tomo 63, pág. 34.

¹⁷ C.S.J.N., 16/06/1961, “Roldan c/Borras”, Fallos: 250: 46.

¹⁸ U.S. Supreme Court, 1941 “United States v. Darby”, 32 US 100.

¹⁹ CSJN, 21/04/1941. Dordal, José Calderón y Roper. Fallos 161:237

²⁰ CSJN, 28/03/1962. Mata José M. Ferretería Francesa. Fallos 252:160.

consecuencia de un vínculo de trabajo. En tal sentido, el Corte señala con claridad, el límite de la razonabilidad de dichas cargas que no sean expoliatoria, que no sean exorbitantes, es decir que no graven el patrimonio del empleador más allá de lo razonable. Dicho en sentido positivo, las imposiciones legales en materia laboral deben ser modernas, equitativas, mensuradas. Lo implica señalar que deben tener algún límite o, en su caso, no ser excesivas.

Resulta evidente que hay cierta tensión entre dos valores defendidos por Nuestra Constitución con la misma fuerza: igualdad y libertad. Por un lado la protección laboral destinada a garantizar la igualdad real entre las partes por un lado y por el otro la libertad de contratar y ejercer toda industria lícita. (Rodríguez Mancini, 2007 p.230),

La Corte resalta la necesidad de equilibrio de fuerzas e intereses opuestos, amparando los derechos de ambas partes. Cualquier desequilibrio o exageración de estos derechos es susceptible de configurar una violación de los otros. Así como una libertad sin cortapisas podría vulnerar los derechos del trabajador a una adecuada protección legal, de la misma manera, un incremento desmesurado de la protección laboral garantizada por el artículo 14 bis de la norma fundamental es susceptible de dar lugar a una violación de las garantías constitucionales del empleador.

En efecto, la protección laboral exigida por la Constitución Nacional implica, necesariamente, una colisión con ciertos derechos del empresario que también están garantizados constitucionalmente, a saber: el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita y de usar y disponer de su propiedad. Esta circunstancia conlleva a la necesidad de delimitar legalmente la protección laboral a fin de garantizar su compatibilidad y su fructuosa coordinación con esos otros derechos constitucionales del empleador.(Ramírez Bosco, 2000, p. 147),

Concluimos, en que la protección laboral deseable es aquella que se ubique en una posición intermedia entre los dos extremos el derecho común por un lado y la protección excesiva y exorbitante por otro. El nivel concreto de protección que se establezca en un determinado momento es una decisión de prudencia que le compete adoptar al legislador teniendo en cuenta un sinnúmero de factores y circunstancias sociales, políticas y económicas.

10. La resistencia de la economía al cambio de las licencias por maternidad y paternidad.

Los límites del derecho del trabajo están dados por los límites de la resistencia de la economía. El diseño de las normas jurídicas no solo debe ir dirigido al logro de fines sociales valiosos como la protección del trabajador, sino que, además, debe tomar en consideración cuales serán previsiblemente, las conductas estratégicas que podrían adoptar los sujetos destinatarios de la regulación, a fin de responder a los incentivos económicos que la ley crea. Ya en la década del treinta del siglo xx los ilustres alemanes habían advertido la conveniencia de tener en cuenta los efectos económicos de las normas laborales. (Ugarte Cataldo, 2001, p.16)

Observa Linares (1942), por deseable que sea, desde el punto de vista social, una protección del trabajador y una mejora lo más amplia posible de su situación, todo ello tiene como límite la capacidad de resistencia de la economía. En última instancia, es interés del propio trabajador la consideración de estos límites, pues la economía que se hundiera por sus cargas sociales no podría sustentar más al trabajador.

En América Latina, el derecho laboral se inspira en principios morales de justicia, pero no por ello se abandonan las realidades económicas, porque si se dejara llevar exclusivamente por el idealismo, sin sentido práctico, sus medidas serían contraproducentes al perturbar la producción: las leyes del trabajo no deben descuidar los factores económicos, por cuanto el derecho social es, hasta cierto punto, un derecho económico con fundamento social. (Walker Linares, 1964 p. 52),

En el ámbito anglosajón, desde hace unos años, ha surgido una nueva metodología de aproximación al fenómeno jurídico llamada Análisis Económico del Derecho, que precisamente consiste en la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes(Posner, 1998 p.103), Según Ugarte Cataldo (2001) si bien se trata de un movimiento hostil respecto del derecho laboral en su conjunto cuyas premisas son difíciles de compartir, la teoría general del derecho del trabajo bien puede aprovechar la capacidad de analítica y predictiva del Análisis Económico del Derecho para lograr sus propios fines.

El desarrollo de la actividad económica requiere de emprendedores que estén dispuestos a arriesgar su capital en aventura empresarial. Es por ello que el dinero que se invierte

en una empresa se lo suele llamar capital de riesgo. La protección del trabajador conlleva, necesariamente, incremento de costos y restricciones a la libertad de manejo y organización de la empresa que, en la medida en que resulten irrazonables, excesivos o desmesurados pueden generar como resultado un desaliento de la inversión productiva generadora de puestos de trabajo. En efecto el costo laboral es una parte importante de la estructura de costos de producción de cualquier bien o servicio. El precio de venta es equivalente al costo de producción más el margen de ganancia empresarial. Por lo tanto el aumento de costo laboral es posible únicamente en detrimento de la ganancia o del patrimonio de la empresa. Es claro que ello tiene el límite del juicio de conveniencia que haga el empresario, toda es que si la ganancia paulatinamente se reduce como consecuencia del incremento de los costos, llegará irremediablemente un punto en que el empresario desistirá de invertir su capital en la producción le dará otros destinos.(Hueck, 1963 p. 18)

En un mundo globalizado como en el que vivimos actualmente, nos dice Del Vecchio Giorgio (1952), otro de los efectos no deseados de una elevada protección laboral es la imposibilidad de competir con empresas radicadas en otros países con menores costos y por lo tanto precios más competitivos. En las economías abiertas al comercio internacional, la competencia de las empresas extranjeras pone de manifiesto la imprescindible necesidad de ajustar la estructura de costos, entre los cuales uno no menor es el laboral, so pena de que las empresas productoras locales quiebren como consecuencia de la caída de sus ventas. Nuevamente, ello perjudica tanto a empresarios como también, y quizás más aún, a los empleados de esas empresas que quedan fuera del mercado.

Podemos concluir afirmando que la protección laboral excesiva puede conducir paradójicamente, a provocar perjuicios para aquel sector de la población que pretende beneficiar, pues genera menor creación de puestos de trabajo, mayor desempleo y por lo tanto privación de fuentes de ingreso para los trabajadores. Cuando el intervencionismo protector traspasa ciertos límites, el remedio puede terminar siendo peor que cualquier enfermedad.

11. Costo laboral de las licencias

El empleador, es quien asume el pago del salario del trabajador, por un lado y por el otro, el costo laboral que implica cargas previsionales e impositivas. Cuando un

trabajador se encuentra de licencia por maternidad o paternidad es el empleador quien debe abonar al trabajador su sueldo bruto, con la salvedad que el trabajador no presta tareas durante este tiempo.

Asimismo, existe un costo indirecto de reemplazo durante la licencia que se manifiesta en una eventual menor productividad y/o problemas de organización del proceso del trabajo dentro de la empresa.

La empresa que contrata un trabajador o trabajadora de reemplazo, debe también hacerse cargo del costo de la capacitación del reemplazante y la posible disminución de productividad durante un período. Estos mayores costos se tratan, sin embargo, de fenómenos de baja magnitud, por lo que no significan grandes desembolsos para el empleador. Por otra parte, se justifica en cuanto la reproducción biológica o la adopción cumplen una función social de la cual la sociedad en su conjunto debe hacerse cargo, incluyendo las empresas.²¹

Dado los mayores costos el sector empresarial es quién mas se opone al cambio de legislación nacional para mayores reconocimientos de los trabajadores.

No puede el trabajador soportar la carga de encontrarse de licencia por maternidad o paternidad, sin percibir haberes, ante la llegada de un hijo biológico o adoptivo los gastos y necesidades del hogar se incrementan y se tornaría injusto para el trabajador no contara con sueldo para afrontar esos gastos.

El cambio de paradigma ya es una realidad social y los trabajadores deben ser protegidos, por ello es el estado, quien debería intervenir no solo legislando al respecto, sino también soportando los gastos sociales que le acarrea a un empleador otorgarle una licencia por adopción y una licencia por paternidad más amplia, así como se subsidia determinadas actividades, el Estado debería contribuir a los empleadores o reducir los aportes para que no sean tan costos y de esta manera puedan otorgarse licencias más integrales y prolongadas, dejando de ser las mismas excesivamente costosas para la patronal.

²¹ALVEAR CAMILA, (2008) Los supuestos costos laborales extras del trabajo de la mujer
<http://www.rsc-chile.cl/igualdad-de-genero/costos-laborales-extras>

Se debe de esta manera lograr un equilibrio que lleve a que los gastos de los empleadores sean tan excesivos pero que a su vez se reconozcan a los trabajadores con responsabilidades familiares todos los derechos inherentes a una relación laboral.

12. Recapitulación: Conclusiones

La circunstancia de que la protección laboral y derecho de propiedad tengan consagración constitucional no significa que sean de carácter absoluto, pueden y deben ser reglamentados a fin de hacer prevalecer el interés general de la comunidad.

La situación de inferioridad o debilidad jurídica en la que se encuentran determinados sujetos, como ser los trabajadores, amerita y justifica que el Estado intervenga, en forma prudente y moderada, poniendo límite y freno, precisamente, a los poderes y facultades de la parte que se encuentra en posición de superioridad. En general, el instrumento jurídico utilizado es la sanción de leyes de orden público que, concediendo cierta protección al contrayente más débil, compensan la desigualdad, restaurando cierto equilibrio entre partes y prestaciones. El orden jurídico procura corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica; apunta a resguardar a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato y tiende en aras de ideas de equiparación jurídica, a concebir soluciones tuitivas. La protección del contrayente vulnerable está destinada a evitar que las desigualdades reales existentes entre los contratantes permitan que el sujeto más fuerte imponga condiciones abusivas y, en definitiva, obtenga beneficios o ventajas exageradas aprovechándose de su relativa superioridad.

Asimismo, la protección laboral exigida por la Constitución Nacional implica, necesariamente, una colisión con ciertos derechos del empresario que también están garantizados constitucionalmente, a saber: el derecho de *“trabajar y de ejercer toda industria lícita”* (art. 14, C.N.), y el de *“usar y disponer de su propiedad”* (art. 14, C.N.) reforzado por la garantía del derecho de propiedad (art. 17, C.N.). Esta circunstancia conlleva la necesidad de delimitar legalmente la protección laboral a fin de garantizar su compatibilidad y su fructuosa coordinación con esos otros derechos constitucionales del empleador.

Así lo establecía la Corte Suprema en su doctrina que mencionamos en este trabajo nos dice que la protección laboral no puede aumentar, acentuarse o llevarse hasta un extremo tal que afecte el patrimonio del empleador, impidiéndole continuar ejerciendo su actividad productiva, industrial o comercial porque, en caso de incrementarse la protección hasta ese límite, se estarían violando los derechos constitucionales del empleador.

En conclusión, puede afirmarse que la protección laboral excesiva podría conducir, paradójicamente, a provocar perjuicios para aquel sector de la población que se pretende beneficiar, pues podría traer aparejada una menor creación de puestos de trabajo, mayor desempleo y, por lo tanto, privación de fuentes de ingresos para los trabajadores.

El nivel concreto de protección laboral que se establezca en un determinado momento es una decisión de prudencia que le compete adoptar al legislador teniendo en cuenta un sinnúmero de factores y circunstancias histórico temporales, culturales, sociales, económicas y políticas.

Se necesita un cambio en la legislación de modo, que sea justo y equitativo, los legisladores no pueden seguir negando una realidad social que necesita ser reconocida y regulada para evitar de esta manera actos no solo discriminatorios sino injustos. Las presiones ejercidas no deben influir en el reconocimiento de las licencias, en la medida que no sean excesivas y abusivas en perjuicios de la patronal.

La conciliación de la vida laboral y personal de los trabajadores es una necesidad que conllevaría a una sociedad mucho más equilibrada y justa, reconociendo los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares sin ningún tipo de discriminación o distinción.

CAPITULO II

LA LICENCIA LABORAL.

1. La licencia. Concepto. Finalidad Clases.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “licencia” también llamado permiso o suspensión, es el período durante el cual alguien está autorizado a dejar su trabajo u otras obligaciones.²² Desde el punto estrictamente jurídico, se conceptualiza a la licencia como la interrupción no periódica de la prestación de trabajo, siendo definida como la ausencia temporal y retributiva del trabajo, reconocida por la ley como un derecho del trabajador cuando se dan algunas de las causas determinadas por la legislación y cuya duración se extiende al lapso de tiempo que, para cada caso fija la norma correspondiente. (Mancini Rodríguez, 2007, p. 145 Tomo III,)

Se trata de un beneficio otorgado al trabajador por la cual este puede interrumpir la prestación de sus servicios manteniendo la relación laboral quedando los restantes efectos contractuales supeditados al tratamiento que en cada caso le acuerda la legislación específica que la contempla. (Litterio, 2010, p. 125)

La licencia tiene como finalidad la preservación y conservación del vínculo laboral, por cuanto prevalece el principio de perdurabilidad de la relación, y nace como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones laborales en la ejecución del contrato, dado que antiguamente en las relaciones de trabajo, el nacimiento de un hijo producía la ruptura inmediata del contrato de laboral ante a la imposibilidad de concurrencia a cumplir funciones. Así, se fue generando la necesidad de proteger al

²²Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

trabajador ante esta circunstancia de la vida, surgiendo la Licencia como instrumento legal protector, cuyo objetivo principal era la conservación de las relaciones laborales, siendo un derecho de los trabajadores en el cual la patronal no puede disolver el contrato de trabajo, sino suspender ciertos efectos del mismo por un tiempo y bajo una forma determinada.(Honorio (2008 p. 101).

En el Derecho del Trabajo existen numerosos supuestos en que el trabajador no presta servicios, y sin embargo el contrato laboral continúa vigente. Las situaciones provienen de diversas causas como ser biológicas (descanso, maternidad) patológicas (enfermedades, accidentes) sociales (casamiento, excedencia) culturales (estudio, capacitación) legales (proceso penal, servicio militar) gremiales o profesionales (mandato sindical) y finalmente disciplinarias.

Según. el instituto de la licencia es la mejor institución de naturaleza del Derecho Laboral, pues contempla el problema desde el ángulo y en beneficio del trabajador para establecer ante la existencia de alguna circunstancia que le impida prestar trabajo, la patronal no podrá disolver la relación laboral y quedará obligada a respetar todos los derechos del trabajador y suspender temporariamente alguno de los efectos del contrato de trabajo, hasta la culminación del plazo legal establecido en cada caso. (Altamira Gigena, Costamagna, Saccani, 2008, p. 78)

2. Evolución histórica y social.

Las licencias surgen en el Derecho Laboral en el primer cuarto de siglo XX, como evolución para las enfermedades y accidentes. Al término de la Primera Guerra mundial, producto de sus consecuencias se otorgan licencias con origen en las movilizaciones militares haciéndose general esa posibilidad. (Altamira Gigena, Costamagna, Saccani, 2008, p. 103)

La admisión específicamente de la licencia por maternidad se da en la Conferencia de Washington en 1919, según Mario Ackerman (2008) al mismo tiempo, cuestiones no jurídicas han ido motivando el otorgamiento de diferentes licencias a fin de conservar el vínculo laboral, lo que se busca es la estabilidad en el empleo o la protección de la vida del contrato.

Desde sus orígenes, la legislación laboral de fines del siglo XIX y principios del siglo XX ha puesto especial atención en la protección de las mujeres trabajadoras, lo que se explica en gran medida por la clara y consensuada finalidad, reivindicada desde aquel momento, de proteger la maternidad y, en último término a la familia. Es así como en los inicios del desarrollo de la legislación laboral comienza a perfilarse una nueva distribución de roles de género en el mercado de trabajo, toda vez que las leyes dictadas como respuesta a las deplorables y abusivas condiciones de empleo que originaron la cuestión social asumieron como una de sus prioridades la creación de mecanismos especiales de tutela para las mujeres trabajadoras, tanto en lo que respecta a la protección de la maternidad, como a la protección de la mujer por el sólo hecho de ser tal.²³

Sostienen que a través de la protección de la familia se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones.²⁴

Asimismo, las recientes crisis económicas, sociales y familiares del nuevo siglo fueron forzando otro tipo de realidades no contempladas hasta el momento, no solo el hombre trabaja sino también la mujer y con ello se ha producido modificaciones y cambios en las estructuras familiares, teniendo el Derecho del Trabajo que conciliar la vida laboral y las responsabilidades familiares no solo de la mujer sino también en el hombre. (Litterio, 2010, p. 190)

Según Miguel Rodríguez Piñero (1999) los sistemas que introducen las licencias por paternidad amplia posibilitan la presencia de los padres en la vida de sus hijos al mismo tiempo que les proporcionan iguales oportunidades que a la madres para poder disfrutar

²³CAAMAÑO ROJO EDUARDO (2012) Algunos antecedentes sobre los orígenes y la expansión de la protección legal de la mujer trabajadora http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200004&script=sci_arttext

²⁴Algunos antecedentes sobre los orígenes y la expansión de la protección legal de la mujer trabajadora http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200004&script=sci_arttext

de un periodo de tiempo dedicado a la atención y crianza, conciliando la vida familiar y el trabajo con responsabilidades tanto para el hombre como para la mujer.

3. La licencia por maternidad. Derechos y obligaciones

La licencia por maternidad “es aquella otorgada a la madre en ocasión del nacimiento de un hijo”(Litterio, 2010, p. 32).

La licencia aspira a la protección de la mujer trabajadora, derivada de su naturaleza femenina pero no solo se protege la salud de la madre, sino también la de propiciar y facilitar que se establezca una relación de carácter familiar, es decir que la suspensión por maternidad se configura no solo por la capacidad o salud de la madre sino también por la relación de ésta con el hijo.²⁵

Según Altamira Gigena, Costamagna, Saccani, (2008) el concepto de maternidad a lo largo de la historia aparece como un conjunto de creencias y significaciones en permanente evolución, influidos por factores culturales y sociales, que han ido apoyándose en ideas en torno a la mujer, a la procreación y a la crianza, como vertientes que se encuentran y entrecruzan en la interpretación. Siendo la maternidad un concepto que se intercambia en el espacio social, su interpretación y su repercusión en la experiencia individual significativa.

La legislación prohíbe el trabajo del personal femenino durante los 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después del mismo. No obstante, la beneficiaria tiene posibilidad de “optar” para que se reduzca la licencia anterior al parto, pero “no podrá ser inferior a 30 días”. El resto de la licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto hasta completar el total de 90 días²⁶.

Para hacer efectiva su licencia la trabajadora deberá presentar de un certificado médico en el que conste la fecha estimada del parto puede ser por telegrama o por otro medio “indiscutible” de comunicación.

Vencida la licencia por maternidad la trabajadora deberá volver a su trabajo. Pero tiene otras dos opciones la compensación por cese de relación laboral o hacer uso del estado de excedencia.

²⁵LOPEZ ANIORTE MARIA DEL CARMEN (2000) La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica. Desde <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

²⁶ Artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En el caso de la madre que debe cuidar a su hijo menor enfermo, puede solicitar concluir su relación laboral y, en tal caso, percibe una compensación monetaria por el tiempo de servicio.

El estado de excedencia es suspensión de la relación laboral, sin goce de sueldo pero con la preservación de la fuente de trabajo(Rodríguez Mancini, 2007 p. 29 Tomo III)

Para hacer uso de este beneficio, la mujer debe notificar a su empleador 48 horas antes de que finalice la licencia por maternidad. Si no lo hace y no regresa al trabajo, se entiende que optó por la compensación por cese de la relación laboral, prevista en el artículo 183 de la Ley de Contrato de Trabajo.El plazo de excedencia puede ser de tres a seis meses. Es de aplicación para el caso de parto o para cuando la madre debe cuidar a hijo menor de edad enfermo a su cargo. Al culminar el periodo de excedencia la trabajadora debe reintegrarse al empleo.(Sardegna, 1999)

La Ley de Contrato de Trabajo también le otorga a toda trabajadora madre de niño lactante el derecho a contar con dos descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento salvo que, por razones médicas, sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.

4. Licencia por paternidad. Derechos y obligaciones

Según la Ley de Contrato de Trabajo el padre tiene derecho a gozar de una licencia remunerada por el nacimiento de un hijo, en el cual suspende la prestación laboral por un lapso de dos días corridos.

La licencia por nacimiento, puede obtenerse mediante simple comunicación al empleador, pero posteriormente el trabajador debe acreditar el nacimiento mediante la respectiva partida de nacimiento. Asimismo, se entiende que en caso de no haber contraído matrimonio, le corresponde la licencia al trabajador que reconoce a su hijo.(Ackerman, 2005 p. 120),

En los casos que el nacimiento coincida con un domingo, feriado o un día no laborable, la licencia debe estar integrada, al menos, por un día hábil.

Durante la licencia, el trabajador percibe remuneración la cual se calcula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley de Contrato de Trabajo, que determina que deben recibir los trabajadores durante el periodo de vacaciones.

Los días que el trabajador no preste servicios por encontrarse gozando de licencia legal por paternidad deben ser computados como trabajados para el otorgamiento de la vacación anual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 152, es decir que el principio de la no compensación en dinero para las vacaciones se extiende a la licencia especial por nacimiento por cuanto la norma integra el capítulo III, el cual forma parte del título V denominado “de la vacaciones y otras licencias. (Litterio, 2000 p. 160)

Los trabajadores argentinos generalmente utilizan los dos días de licencia por paternidad para inscribir al niño en el Registro Civil, efectuar los trámites exigidos por la obra social y acompañar a la madre desde que se retira del centro de salud hasta su hogar junto al recién.

5. Regulación constitucional de la Licencia. Principio de igualdad

Nuestra Carta Magna, en su artículo 14 bis, se ocupa de la protección de los derechos del trabajador dependiente.

En lo que respecta en particular al tema que nos ocupa cabe destacar la protección integral de la familia si bien la Constitución no contiene ninguna cláusula de género si garantiza igual remuneración por igual tarea prohibiendo alguna discriminación al respecto.²⁷

El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable, establece la protección integral de la familia, cubriendo aspectos sociales, económicos, culturales y de relación con los hijos. La norma procura mantener a la familia como núcleo integrado y estable, en el cual los padres ejerzan con eficacia la patria potestad y puedan proveer a sus hijos lo necesario para su desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral. Asimismo, se establece una compensación económica

²⁷VAZQUEZ MARIA C. (2000) Publicación Doctrinaria: La Protección de la Maternidad No Biológica. Desde <http://www.legalmania.com>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

familiar que se manifiesta a través de las asignaciones familiares al fomentar su familia, al trabajador le aumentan los gastos, por lo cual, la ley trata de compensarlo económicamente, estableciendo las asignaciones familiares por esposa, hijos, nacimiento, adopción, escolaridad.

En el artículo 75, inc. 23, se determina que corresponde al Poder Ejecutivo "... dictar un régimen de Seguridad Social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia...".

Por otro lado en nuestra Constitución en el artículo 16, consagra el principio a la igualdad, estableciendo que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Finalmente, los documentos internacionales con jerarquía constitucional (incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) sientan el principio de igualdad entre trabajadores y trabajadoras, consagrando la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres: entre ellos podemos mencionar "La Declaración Universal de Derechos Humanos", "Convención sobre los Derechos del Niño", "Convención Americana sobre Derechos Humanos", "La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

6. La licencia en los Documentos Internacionales.

Las Declaraciones y Tratados Internacionales se ocupan del tema pero centran su atención en las mujeres grávidas o madres con distintos ribetes y en la familia.

6.1 Declaración Universal de Derechos Humanos: Igualdad y familia.

La "Declaración Universal de Derechos Humanos", a partir de la reforma constitucional de 1994, tiene jerarquía constitucional.²⁸ En sus primeros artículos proclama el principio de libertad e igualdad al señalar que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"²⁹ y que: "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,

²⁸ Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN.

²⁹ Conforme artículo 1.

idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”³⁰

El artículo 16, en su inciso tercero, proclama que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado” y el artículo 25, inciso segundo, señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...”

6.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Igualdad y Protección a la Maternidad

La “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” ha sido aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, en el año 1948. A partir de la reforma constitucional de 1994 este documento adquirió jerarquía constitucional.³¹ En su artículo 2 consagra el principio de igualdad y dice todas las personas son iguales ante la Ley y tiene los derechos y deberes consagrados en la Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

El derecho de protección a la maternidad y a la infancia se encuentra consagrado en el artículo 7 el que indica que: “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

6.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discriminación, Familia y Maternidad.

El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” fue aprobado en nuestro país por la ley N° 23.313³² y, a partir de la recordada reforma constitucional de 1994, tiene jerarquía constitucional³³. Se reconoce en particular, en el artículo 10 establece:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su

³⁰ Conforme artículo 2.

³¹ Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN

³² Boletín Oficial 13/05/86

³³ Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN

constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de la Seguridad Social.”.

El Pacto también establece el reconocimiento de los derechos "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Los derechos sólo pueden ser limitados por la ley, de manera compatible con la naturaleza de los derechos, y sólo con el fin de "promover el bienestar general en una sociedad democrática.

6.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualdad y defensa del niño.

La “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, fue aprobada en nuestro país por la ley N° 23.054³⁴ También se aplica en nuestro país y, a partir de la reforma de 1994, dicho Pacto cuenta con jerarquía constitucional.³⁵

Se garantiza a todo niño por el artículo 19, derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la Sociedad y del Estado. Asimismo, su artículo 24 establece que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Protección de la mujer.

La “Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” fue aprobada en nuestro país por la ley N° 23.179³⁶ y tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994³⁷ entre las disposiciones fundamentales

³⁴Boletín Oficial 27/03/84

³⁵Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN

³⁶Boletín Oficial 3/06/85

³⁷Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN

referidas a la mujer que trabaja se pueden señalar, entre las enumeradas en el artículo 11: “la prohibición del despido por embarazo o licencia por maternidad ... implantar la licencia por maternidad con sueldo pago o prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales ... suministro de servicios sociales de apoyo necesarios para permitir a los padres combinar obligaciones familiares con responsabilidades laborales y participar en la vida pública, a través de una red de servicios destinados al cuidado de niños... protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella...”.

En el artículo 12, inciso segundo, se dispone que los estados parte “garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación al embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante embarazo y lactancia” .

El artículo 14 pondera la eliminación de la discriminación contra la mujer en zonas rurales, a fin de asegurar su participación en el desarrollo rural y los beneficios de acceso a servicios adecuados de atención médica y planificación familiar; servicios comunitarios y de divulgación destinados a aumentar su capacidad técnica; organización de grupos de autoayuda y cooperativas para lograr igualdad de acceso a oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o ajena.

En el artículo 5, inc. b) se garantiza que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

6.5 Convención sobre los Derechos del Niño. Defensa del niño.

La “Convención sobre los Derechos del Niño” fue aprobada en nuestro país por la ley N° 23.849³⁸ y a partir de la reforma de 1994 se le reconoce jerarquía constitucional³⁹.

La misma se ocupa de los derechos del niño pero en particular en su artículo 24, inciso d) establece que el estado debe “asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada de las madres”.

³⁸Boletín Oficial 22/10/90

³⁹Conforme artículo 75 inc. 24 de la CN

7. Convenios con la Organización Internacional del Trabajo en materia de Licencia.

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos.

Puntualizamos, por nuestra parte, que los laborales, integran indudablemente la categoría de los llamados y reconocidos como derechos humanos.

Según Constanza Sardegna, la OIT fue creada en el año 1946 convirtiéndose en el primer órgano especializado de la Naciones Unidas.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo es la única organización que cuenta con una estructura tripartita, en la que los trabajadores y los empleadores participan en pie de igualdad con los gobiernos en las labores de sus órganos de administración.

La O.I.T. formula normas internacionales del trabajo que revisten la forma de convenios y de recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales, presta asistencia técnica, fomenta el desarrollo de organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores y les facilita formación y asesoramiento técnico con respecto específicamente al tema que nos ocupa, entre varios otros.

Aunque la mayoría de las normas laborales internacionales se aplican a los trabajadores en general, sin distinción de sexos, algunos convenios y recomendaciones se refieren específicamente a la mujer. La orientación de la labor normativa de la O.I.T., en esta materia, gira en torno a dos preocupaciones fundamentales: la primera se ocupa de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a la formación, al empleo, a la promoción, a la organización y a la toma de decisiones, y lograr la igualdad de condiciones en lo que se refiere a los salarios, las ventajas, la seguridad social y las prestaciones de carácter social que van ligadas al empleo y la segunda preocupación se refiere a la protección de la mujer trabajadora, en especial en lo que se refiere a las condiciones de trabajo que pudieran representar riesgos para la mujer embarazada.

7.1 Convenio N° 103 sobre la “Protección de la Maternidad de 28 de junio 1952”

El primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Protección de la Maternidad, fue el Convenio 103, ratificado por treinta estados (entre ellos Argentina) y denunciado por tres. Esta versión modificada de Convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1952 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

7.2 Convenio N° 156 sobre trabajadores con Responsabilidades Familiares.

El Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, con su correspondiente Recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, ratificado por Argentina en Marzo de 1988, en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que "para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia".

En su artículo 1 se refiere a los trabajadores con responsabilidades familiares que no hayan efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro en la postura de este organismo internacional frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres. Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres.

Ahora bien, pese a que la Argentina ha ratificado los documentos internacionales no los ha plasmado operativamente en la legislación nacional la Ley de Contrato de Trabajo necesita un cambio rotundo con respecto al tema legislando sobre la igualdad de

trato entre trabajadores y trabajadoras, todavía sigue siendo una asignatura pendiente de los legisladores nacionales.

7.3 Convenio N° 183 sobre la Protección de la Maternidad

El convenio N°183 sobre la Protección de la Maternidad fue celebrado en Ginebra en fecha 15 de junio de 2000, entrado en vigor en fecha 07 de febrero de 2002, se encuentra ratificado por 18 países como ser Italia, Cuba, Austria, Rumania, Países Bajos, entre otros. Argentina no ha ratificado el mismo, hasta el momento.

En el artículo 1 define el término mujer indicando que: “se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación”, y el término hijo a “todo hijo, sin ninguna discriminación”, pudiendo referirse tanto a hijos matrimoniales como extramatrimoniales, algunos también consideran incluidos a los adoptivos para los cuales muchas veces no se contempla licencia, pero la protección de la maternidad suele ligarse al hecho del parto por lo que tampoco cabría, en tal caso, para ellos, los beneficios equivalentes, temperamento que no contempla la Argentina en su regulación convencional.

También se agrega en el artículo 2 que se “aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente”, aunque en el segundo párrafo se indique con timidez que: “sin embargo, todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia”.

Se prevé la protección de la salud en el art. 3: “Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”. Recordemos que la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe el trabajo penoso, peligroso e insalubre, pero con respecto a todas las mujeres y menores. Con buen criterio.

La licencia por maternidad está prevista en el art. 4: “1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. 2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a la ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada. 3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad. 4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. 5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto”.

Se prevé una licencia en caso de enfermedad o de complicaciones en el art. 5 del convenio de la O.I.T. determinando que: “sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales”.

El extenso art. 6 y el 7 se ocupan de detallar las prestaciones y características de las mismas en ellos se expresa: “1. Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace referencia en los artículos 4 ó 5. 2. Las prestaciones pecuniarias deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia indicada en el artículo 4 deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos

tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones (en la legislación nacional el beneficio es mayor. Las asignaciones familiares que se reconocen a la embarazada, sucedáneo de su remuneración habitual, es de su misma entidad).

Todo Miembro deberá garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio.

Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.

Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los artículos 4 y 5 deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.

Un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando: a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción 77 de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores”. Y el siguiente artículo, el 7, indica: “1. Se considerará que todo Miembro cuya economía y sistema de Seguridad Social no estén suficientemente desarrollados cumple con lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 si el monto de las prestaciones pecuniarias fijado es por lo menos equivalente al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal con arreglo a la

legislación nacional. 2. Todo Miembro que haga uso de la posibilidad enunciada en el párrafo anterior deberá explicar los motivos correspondientes e indicar el monto previsto de las prestaciones pecuniarias en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. En sus memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con miras a aumentar progresivamente el monto de esas prestaciones”.

La protección del empleo ligada al tema de no discriminación es materia de preocupación también de este convenio de la O.I.T. y por ello los arts. 8 y 9 se dedican al tema. Así el art. 8 indica: “1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”. Aquí se advierte una protección superior a la nacional. En esta el despido es válido pero la indemnización es muy superior. En el primer caso se trata de la estabilidad absoluta, en nuestro régimen la estabilidad es relativa impropia.

El art. 9 prevé que: “1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2. 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que: a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo”

7.4 Recomendación N° 191 sobre la Protección de la Maternidad

Esta Recomendación de la O.I.T. de fecha 15 de junio de 2000, es más amplia y superadora del texto del convenio. Positivo resulta lo recomendado en el art. 1 en cuanto procura extender la duración de la licencia por maternidad a dieciocho semanas, en

lugar de las 14 consignadas en su antecedente, prevé una prolongación en caso de nacimientos múltiples, como en el caso del convenio nacional, deja que la mujer elija libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto. También resulta ponderable considerar que las prestaciones pecuniarias deberían elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones. Como en la normativa nacional.

Se incluyen también, en el art. 3, otras prestaciones médicas a incluir a las ya detalladas en el convenio tales como:

- a) la asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico;
- b) la asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico;
- c) la estancia en un hospital u otro establecimiento médico;
- d) todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada;
- e) la asistencia odontológica y quirúrgica.

Se sugiere también sobre la financiación de las prestaciones.

También se recomiendan medidas a tomar para la protección de la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo.

Y se prevén consejos en materia de lactancia sugiriendo que las interrupciones diarias deberían adaptarse a las necesidades particulares.

Lo más halagüeño de toda la Recomendación es lo referido a los “tipos de licencia relacionados”, enumerados en el art. 10 que vale la pena reproducir destacándose una prestación original no impuesta, hasta ahora en los regímenes nacionales que vale la pena tener presente: la licencia parental.

1) En caso de fallecimiento de la madre antes de acabarse el período de licencia postnatal, el padre del niño, si tiene un empleo, debería tener derecho a una licencia de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

2) En caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto y antes de que expire el período de licencia posterior al parto y si ésta no puede ocuparse del hijo, el padre, si tiene un empleo, debería tener derecho a una licencia para ocuparse del hijo de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de licencia postnatal concedida a la madre, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

3) La madre que trabaja o el padre que trabaja deberían tener derecho a una licencia parental durante el período siguiente a la expiración de la licencia de maternidad.

4) El período durante el cual podría otorgarse la licencia parental, así como la duración y otras modalidades de la misma, incluidos el pago de prestaciones parentales y el goce y la distribución de la licencia parental entre los progenitores empleados, deberían determinarse en la legislación nacional o de otra manera conforme con la práctica nacional.

5) Cuando la legislación y la práctica nacionales prevén la adopción, los padres adoptivos deberían tener acceso al sistema de protección definido por el Convenio, especialmente en lo relativo a las licencias, a las prestaciones y a la protección del empleo. Como se advierte del cotejo de nuestro posterior análisis, que se detallará en las páginas siguientes, nuestra legislación y nuestra regulación colectiva, con abstracción de lo indicado en la Recomendación, superan lo establecido en las normas internacionales detalladas.

De cualquier manera, el Convenio Internacional y la Recomendación son útiles, en general, como pautas programáticas.

Como hemos podido apreciar son varios los documentos internacionales que consagran el derecho a la igualdad, la importancia radical de la familia y la responsabilidad compartida por hombres y mujeres en el orden del cuidado de los hijos.

8. Recapitulación: Conclusiones

Las licenciasson fundamentales para que las personas puedan conciliar su trabajo remunerado con las responsabilidades familiares. Permiten a trabajadores y trabajadoras ausentarse del trabajo, ya sea por un período corto, para atender una emergencia

familiar; o por uno más prolongado, relacionado con las necesidades de cuidado de un miembro de la familia.

La historia de las licencias refleja la evolución de la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las normas sociales sobre el rol materno y el rol paterno, o la ausencia de rol paterno, y el estado de las relaciones de género. Y a la vez que es producto de todos estos parámetros, la historia también los determina: las reformas van reconociendo los cambios y adaptando los sistemas a la nueva situación, pero a la vez condicionan la vida cotidiana de tal forma que, según sean las alternativas que se ofrezcan, potencian el avance o lo reinvierten.

La OIT ha adoptado tres convenios sobre protección de la maternidad: el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). El Convenio núm. 3 ha sido ratificado por 30 Estados Miembros y el Convenio núm. 103 por 30 Estados Miembros. El Convenio núm. 183 entró en vigor el 7 de febrero de 2002 y, hasta abril de 2010, ha sido ratificado por 18 países.

Los tres Convenios sobre la protección de la maternidad (núm. 3 de 1919, núm. 103 de 1952 y núm. 183 de 2000) prevén un período de licencia obligatoria de seis semanas posterior al parto, período en el que no se debe permitir que la madre trabaje. Con ello se pretende proteger a la mujer de las presiones para que vuelva al trabajo, lo que podría ir en detrimento de su salud y la de su hijo. Este principio constituye un componente fundamental de la protección que prevén las normas de la OIT. Con la adopción del Convenio núm. 183 se introdujo cierta flexibilidad respecto de lo dispuesto en materia de licencia obligatoria.

En general, se ha registrado una tendencia a ampliar la protección a todas las trabajadoras, como se recoge en los textos de los tres Convenios sobre protección de la maternidad, aunque en la práctica todavía se excluye a varias categorías de trabajadoras. Para que los trabajadores puedan conciliar su vida laboral y familiar es importante que, además de la licencia de maternidad, puedan acceder a otros tipos de licencia. Entre tales disposiciones figuran la licencia de paternidad, la licencia parental y la licencia por adopción,

Habitualmente la licencia de paternidad consiste en un breve período de baja en torno al momento del parto, pero su duración varía de un país a otro. No existe ninguna norma de la OIT relativa a la licencia de paternidad, pero sí hay disposiciones al respecto en la legislación nacional

A efectos de lograr la igualdad en el reparto de tareas y respaldar el papel del padre en la vida familiar y las tareas de cuidado o reproductivas, resulta necesario recurrir a sistemas de conciliación que busquen reorganizar los roles productivos y reproductivos y la redistribución de las tareas entre mujeres y hombres. Esta redistribución de tareas puede asimismo complementarse, con ayuda estatal (sistema de conciliación derivativa), a través de la provisión de servicios públicos de cuidado, sobre todo a aquellas familias que no cuenten con recursos para obtenerlos en forma privada.

La adopción de estos sistemas de conciliación ha sido incorporada en la normativa internacional. A nivel nacional contamos con proyectos de reformas en tal sentido, así como con convenios colectivos y de empresas que constituyen el anticipo del cambio.

CAPÍTULO III

LICENCIA POR MATERNIDAD NO BIOLÓGICA.

1. La evolución legislativa en materia de adopción.

Si bien la práctica de la adopción puede rastrearse hasta la antigüedad, y se la reconoce en los códigos babilónicos de Hammurabi y regulaciones legales en Grecia, Egipto y Roma, las características que este instituto ha asumido a lo largo de la historia y el objetivo de su existencia se ha ido modificando en mayor o menor medida según los intereses sociales de época respecto a la unidad familiar, el valor de la mujer y del niño/a, la valoración sobre la herencia.⁴⁰

En nuestro país se sostuvieron las prácticas derivadas del derecho Justiniano con sus variantes de adrogación y adopción hasta la sanción del Código Civil. Vélez Sarsfield afirmaba “los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados a un individuo que la naturaleza no ha colocado en ella (...). Desde que por vuestra legislación está abierto a la beneficencia en el más vasto campo, ¿qué necesidad hay en una ilusión que nada real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes. Consecuentemente, Vélez Sarsfield no legisló en el Código algo que atribuía al ámbito

⁴⁰ Cuestiones sobre adopción: Protagonistas y Procesos Informe de Investigación
[http://www.hcdiputadosba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..\[1\].pdf](http://www.hcdiputadosba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..[1].pdf)

de las prácticas sociales y remitió, en caso de ser necesario, a las “leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos”⁴¹.

El instituto adoptivo fue incorporado a la legislación nacional recién en 1948, tras las consecuencias del terremoto de San Juan sucedido en 1944 que dejó numerosos niños huérfanos. Casi un siglo después y luego de una serie de cambios en diversas dimensiones de lo social que requirieron que las leyes vayan identificando nuevas formas de protección, nuestro país ingresó en la era democrática con un lento proceso de restauración de derechos.⁴²

A finales del siglo XX se reforma la legislación bajo la percepción de que la fórmula que ofrecía una familia a un niño desprotegido había sido en la práctica invertida. La sonada Convención por los Derechos del Niño, incluida en nuestra Carta Magna a partir de 1994, les imprimía a los países la necesidad de adaptar su legislación para responder al “interés superior del niño”.⁴³

En esta coyuntura de preocupaciones se abre camino una nueva configuración legal para la adopción. La ley de adopción N° 24.779.

Llegando al final del año 2005 y tras un arduo debate, el Congreso sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. La misma obliga a reformular radicalmente la ley de adopción, dado que muchas de sus disposiciones vulneran seriamente los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes por la nueva normativa.

2. Equiparación de los hijos biológicos y adoptivos

La adopción, “es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación”(Belluscio, 1998 p. 65 tomo II). La ley 24779, modifica el Código Civil y establece un nuevo régimen de adopción, que no merece

⁴¹ La Adopción: Fantasías y Verdades.

http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

⁴²CARLIS MARÍA FABIANAGARAVANO CLAUDIA (2011) Cuestiones sobre adopción: Protagonistas y Procesos Informe de Investigación [http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..\[1\].pdf](http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..[1].pdf)

⁴³RODRÍGUEZ LAURAY TABAK NICOLÁST. (2008) La Adopción: Fantasías y Verdades http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

reproche constitucional, y mantiene en lo sustancial las características de la adopción en nuestro derecho.

A partir de la nueva ley, se contemplan dos clases de adopción: la simple y la plena: En la adopción simple el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico⁴⁴ y también la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico⁴⁵. En este aspecto, no existe diferencia entre adopción simple y plena: el vínculo entre adoptante y adoptado es idéntico al biológico, y por ende las consecuencias jurídicas deben ser las mismas.

La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer el adoptado a su familia biológica, y extinguiéndose el parentesco con los integrantes de ésta. Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio del adoptado de la acción de filiación contra aquellos.⁴⁶ Asimismo, según la ley vigente 24.779, la adopción plena es irrevocable.

La adopción plena recurre a una ficción jurídica -la sustitución de la filiación de origen- que se contrapone a un derecho humano fundamental, la identidad, impidiendo la procedencia de la posibilidad de reconocimiento por parte de los padres biológicos, como el derecho del adoptado a entablar acción de filiación.⁴⁷

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 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.(Calandrino, 2008 p. 89)

⁴⁴ Artículo 323 de Código Civil Argentino.

⁴⁵ Artículo 329 de Código Civil Argentino.

⁴⁶ RODRÍGUEZ LAURAY TABAK NICOLÁST. (2008) La Adopción: Fantasías y Verdades http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

⁴⁷ CARLIS MARÍA FABIANAGARAVANO CLAUDIA (2011) Cuestiones sobre adopción: Protagonistas y Procesos Informe de Investigación [http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final.\[1\].pdf](http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final.[1].pdf)

3. Régimen civil en materia de adopción.

Para poder adoptar la ley establece los requisitos a cumplir que son:

Se debe tener cumplidos los 30 años de edad siendo el estado civil soltero, viudo, casado o divorciado.

Debe haber una diferencia de edad entre adoptando y adoptantes de 18 años, para poder adoptar.

Solo puede adoptar una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges, pudiendo en este caso hacerlo los dos. Si viviera en pareja (concubinato) solo uno puede adoptar.

Se podrá adoptar un menor, no emancipado o más de uno simultánea o sucesivamente de uno u otro sexo.

Tener residencia permanente en el país por lo menos por cinco años anteriores a la petición de guarda.

Además de todos estos requisitos el Juez al momento del otorgamiento de un niño en adopción analiza la idoneidad moral y económica en ella se tiene en cuenta la relación laboral que posee el presunto adoptante.

Desde la inscripción de pre-adoptantes hasta la adopción hay dos etapas: 1° etapa: la guarda judicial que se otorga por el término de seis meses a un año, (por lo general por seis meses). Durante esta etapa se ordenará efectuar visitas a un Asistente Social, asignado judicialmente, para que efectúe informes y los eleve al Juzgado que otorgó la guarda.

También durante esta etapa la madre biológica del menor puede reclamar la devolución del niño ante el Juzgado que otorgó la guarda; pero a no alarmarse por ello, ya que suelen ser escasísimos los porcentajes de reclamos y aún en estos casos el Juez evaluará y contemplará cada situación particular teniendo en miras el interés del niño. 2° etapa: Cumplido el plazo mínimo legal de guarda (seis meses) desde su otorgamiento, se inicia el juicio de adopción. Estas etapas deben cumplirse siempre, sin excepción, no pudiéndose iniciar la 2° etapa si no se efectuó la primera previamente.

4. Licencia por adopción. Fundamentos

La licencia por adopción se concede, a los trabajadores que adoptan un niño a fin de que puedan acompañarlo y cuidar de él. Este derecho generalmente comienza cuando el niño llega al hogar, y su duración total puede ser menor que la que se concede a las parejas que cuidan sus propios hijos y también suele diferir las condiciones requeridas para su goce. (Litterio, 2000 p.201)

La adopción de un hijo tiene la misma trascendencia emocional, espiritual y familiar que el nacimiento de un hijo. En ambos casos se trata de una incorporación de un nuevo integrante al hogar, que requiere la presencia del padre y la madre durante un lapso prudencial. Se requiere un tiempo apropiado de adaptación y acomodamiento de cada integrante al nuevo rol y especialmente al afianzamiento del vínculo paterno/materno filial.

Se debe 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.⁴⁸

Las normas de protección de la maternidad no pueden ser consideradas únicamente como tuitivas de la madre, sino que apuntan también a tutelar al niño en la cobertura de las necesidades propias de todo recién nacido, constituyendo un deber ineludible de los jueces tutelar tales derechos esenciales consagrados por la Constitución Nacional, Provincial y Tratados Internacionales. 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.⁴⁹

⁴⁸CARLIS MARÍA FABIANAGARAVANO CLAUDIA (2011) Cuestiones sobre adopción: Protagonistas y Procesos Informe de Investigación [http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..\[1\].pdf](http://www.hcdiputados.ba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..[1].pdf)

⁴⁹VAZQUEZ MARIA C. (2000) Publicación Doctrinaria: La Protección de la Maternidad No Biológica. Desde <http://www.legalmania.com>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

La maternidad y la paternidad, no sólo están presentes dentro del ámbito biológico, sino también en el adoptivo, entendiéndose que el sujeto de preferente tutela aquí es el/la niño, y como tal merece la protección de la ley. (Rodríguez Piñero, 1999, p.100)

Lo que se persigue es la protección de la familia, tanto natural como adoptiva, incorporada en nuestra Carta Magna a través de los instrumentos de derechos humanos (Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Según, establecer una distinción entre maternidad biológica y por adopción es violatorio del derecho que concede el artículo 16 de la Constitución a no recibir un trato discriminatorio en el goce de los derechos sociales. (Litterio, 2010 p. 120)

La licencia por maternidad, sea biológica o por adopción, tiene su razón de ser no sólo en función de la madre, sino también del niño. La llegada del niño al hogar necesita un período de asistencia dedicada. De este modo, al haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la Convención de los Derechos del Niño, dentro del contexto actual de nuestro derecho positivo, resulta arbitrario y violatorio, y discriminatorio no contemplar al menor que llega al seno de una nueva familia para ser cuidado, educado y protegido, toda vez que los padres adoptantes no pueden gozar de licencias que tengan por objeto la tutela del niño. (Alberto Catado, 2000 p. 163)

Los casos planteados en nuestra jurisprudencia argentina, han señalado que a lo largo de varias décadas a la mujer trabajadora que adoptaba un menor le fue denegado el derecho al goce de una licencia por maternidad, en virtud de no estar contemplada en la legislación positiva, pero es inminente como la Cámara Nacional del Trabajo fue ampliando este derecho y reconociéndole a la madre trabajadora que adopta los mismos derechos que una madre biológica, por ello se estableció que no solo se deben amparar procesos biológicos sino también su significación espiritual y su transcendencia social. A los efectos de la protección que corresponde a la trabajadora que adopta cabe asimilar el nacimiento a la entrega de la guarda del menor a sus futuros adoptantes⁵⁰. La constitución de una familia es un objetivo muypreciado por muchos trabajadores. Sin embargo, el embarazo y la maternidad son épocas de particular vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias. Las embarazadas y las madres en período de lactancia

⁵⁰LOPEZ ANIORTE MARIA DEL CARMEN (2000) La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica. Desde <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el solo hecho del embarazo o de la baja por maternidad. Esa protección no sólo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo, sino que también les garantiza el mantenimiento de unos ingresos que a menudo son vitales para el bienestar de toda su familia. La garantía de la salud de las trabajadoras embarazadas y de las madres en período de lactancia, y la protección contra la discriminación en el trabajo, son condiciones requeridas para alcanzar una genuina igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el trabajo, y para permitir que los trabajadores constituyan familias en condiciones de seguridad.

Si bien, después de un parto existe la necesidad de recuperación física de la madre, que no deja de ser un proceso importante, también se producen los primeros momentos de contacto con el recién nacido, sus primeros amamantamientos y todos sus cuidados, por ello los primeros contactos con la madre son fundamentales. Afortunadamente, cada vez más empleadores reconocen el importante papel que juega la mujer en la fuerza laboral, y están adoptando las medidas necesarias para que puedan regresar al trabajo y seguir amamantando a sus bebés sin inconvenientes. Ahora bien, la madre adoptante, si bien no necesita de un periodo de recuperación física, propio del parto biológico, si necesita tomar los primeros contactos con el hijo adoptado, satisfacer todas sus necesidades y cuidados, afrontado los nuevos cambios en el núcleo familiar, al igual que una madre biológica.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que establece conforme a su artículo 11 que los Estados partes tomarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, para asegurar bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad. También se cita el Convenio 156 (2) de la OIT, sobre aquellos trabajadores que tienen responsabilidades familiares.

“La filiación adoptiva es una de las respuestas al desamparo, y en ese ámbito constituye una respuesta jurídica de gran valor social”. (Martínez Vivot, 2000 p.99). Por último, que debe considerarse que el Código Civil confiere a la persona adoptada la posición de

hijo biológico (Arts. 323 y 329), por lo cual no debieran admitirse discriminaciones arbitrarias.

5. Licencia por Adopción en los regímenes excluidos de la Ley 20.744

5.1 La licencia por adopción en el sector público.

En nuestro país son 22 regímenes laborales del sector público en las diferentes provincias que explicitan la licencia por adopción, 12 regímenes, casi el 55% otorgan menos días de licencias que los 90 días otorgados por la Ley de Contrato de Trabajo, por maternidad, variando entre 30, 45 y 60 días.⁵¹

El 27% otorgan 90 días de licencia por adopción. Un 9% otorga 100 días y el otro 9% otorga 150 días. En esta situación de la trabajadora y del trabajador, que afrontan un tema nuclear como el de la adopción, debe considerarse la importancia de la adaptación tanto del padre como de la madre, el tiempo de licencia parental debe ser considerado con mayor atención.⁵²

No mencionan la licencia por adopción las provincias de Jujuy, Mendoza, Neuquén y Santiago del Estero, si la mencionan el resto de las provincias argentinas.

Podemos afirmar que en el sector público, es decir donde la ley de Contrato de trabajo no se aplica, tiene una gran adhesión a la licencia por adopción para los empleados públicos a diferencia de lo que sucede con el sector privado, y ello se debe a que los salarios del empleado público dependen mucho menos del nivel de productividad que los salarios del sector privado, el fin característico de una empresa del sector privado es la mayor obtención posible de ganancias. Otorgar a los empleados privados la licencia por adopción implicaría mayores costos de producción que el sector empresarial no está dispuesto a afrontar a lo que se le suma que la Ley de Contrato de Trabajo no se lo exige, por lo menos por el momento. El estado cumple una función pública que no se caracteriza por la búsqueda de lucro o ganancias sino por el cumplimiento del fin último del estado que es bien común.

5.2 Licencia por adopción en el Régimen Agrario

⁵¹ Protección de la Maternidad de Sector Publico de la República Argentina.

<http://www.upcndigital.org/~archivos/pdf/bibliotecavirtual/cdn/igualdad/maternidad.pdf>

⁵² Protección de la Maternidad de Sector Publico de la República Argentina.

<http://www.upcndigital.org/~archivos/pdf/bibliotecavirtual/cdn/igualdad/maternidad.pdf>

La resolución CNAT 2/2006 amplía a 5 días corridos la licencia por nacimiento de hijo del artículo 24 inciso b, de la Ley de Trabajador Rural e incorpora la referencia expresa a la adopción no prevista en el Régimen Nacional del Trabajo Rural ni en la Ley de Contrato de Trabajo. De este modo, extiende la licencia por cinco días a los supuestos de adopción, para los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de las Provincias de Buenos Aires y La Pampa, a propuesta de la Comisión Asesora Regional respectiva. (Litterio, 2010, p. 211),

Con respecto al nuevo Régimen Agrario regido por la Ley 26.727 no se hace mención expresa de la licencia por adopción. El Artículo 50 de dicha ley dice *que* Resultan de aplicación a los trabajadores comprendidos en la presente ley las licencias previstas por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Lo cual implica que se continúa sin regular expresamente el tema, pero si es de aplicación la Resolución CNAT 2/2006 por lo tanto los trabajadores rurales que adopten a un hijo tendrán cinco días de licencia por adopción.

5.3 Régimen del Personal Doméstico.

Las trabajadoras domésticas no tenían la cobertura de la licencia por maternidad que otorga la Ley N° 20.744, ni el pago de asignación de licencia por maternidad ni tampoco licencia por adopción. Tal como lo mencionaba el Decreto N° 326/56 no establecía ningún tipo de licencia paga para la trabajadora, por lo tanto si se toma unos días, es con el acuerdo del dador de trabajo y si mediara algún pago es por voluntad de este.⁵³

A partir del dictado de la Ley 26844 se creó el Régimen de Contrato de Trabajo para el personal casas particulares, el mismo establece una serie de reconocimientos que hasta el momento no están regulados para las empleadas domésticas.

El artículo n° 38 de la Ley 26844 se establece que por nacimiento de hijo, en caso de trabajador varón, 2 días corridos; en caso de contraer matrimonio, 10 días corridos; por fallecimiento de cónyuge o conviviente, de hijos o padres, 3 días corridos, entre otras. También se fija que en caso de que el trabajador o la trabajadora deban rendir un examen en enseñanza primaria, media, terciaria o universitaria se lo otorgarán 2 días corridos de estudio por examen, con un máximo de 10 días por año

⁵³Servicio Doméstico (2012). <http://www.ele-ve.com.ar/Servicio-domestico,35674.html>

calendario.

En el caso de las licencias por maternidad, la nueva ley prohíbe el trabajo durante los 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después del mismo; al tiempo que remarca que la trabajadora conservará su empleo y gozará de las asignaciones que le confieran los sistemas de la seguridad social equivalentes a su remuneración.

Pero como en la Ley no se hace mención a la licencia por adopción, por lo que si bien el nuevo régimen mejora y regula de manera más íntegra la relaciones laborales de las empleadas domésticas aún no hemos evolucionado lo suficiente con respecto al tema de la adopción dado que sigue siendo un tema no regulado contemplado por la nueva ley.

6. Evolución jurisprudencial de la licencia por maternidad no biológica.

En un primer enfoque del tema la Cámara Nacional del Trabajo, en su sala III, argumentó que el supuesto de adopción no está contemplado en la Ley de Contrato dentro de la normativa, en consecuencia si la trabajadora solicita una licencia a causa de que había obtenido la guarda de un menor, el empleador no debe remuneración por dicha licencia. Por ello el pago de dicha licencia carece de causa (art. 409 de Código Civil)⁵⁴.

Un año después la Cámara, vuelve a reafirmar que en caso de adopción la empleadora no se encuentra obligada al otorgamiento de licencia, pues no corresponde asimilar la situación de maternidad. De manera que si por razones humanitarias y por propia voluntad había otorgado dicha licencia extraordinaria a la trabajadora por los plazos de 45 días a raíz de la adopción de una menor, no corresponde que esta pretenda un lapso similar acumulativo en calidad de licencia preparto.⁵⁵

Años más tarde comienza a cambiar su postura, nos dice que los artículos 177 y 178 de la Ley de Contrato tienen por objeto evitar la discriminación de la trabajadora con motivo de su gestación e implica la concreción del principio general de protección a

⁵⁴Cámara Nacional del Trabajo Sala III. “Del Pino Florencia c/ Galeno Prevención Médica SAC” DT 1994-B, 1203.)

⁵⁵ Cámara Nacional del Trabajo Sala III. “Rebecchi Cristina C/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido” La Ley. 30/11/95

la familiar a la que alude el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y la no discriminación artículo 16 de la Carta Magna como en los artículos 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo y de la Ley 23.592. Por otra parte no puede desconocerse que los Pactos Internacionales establecen también la protección a la maternidad y la condena a las prácticas discriminatorias en razón del estado de familia.⁵⁶

Así fue como la Cámara Nacional de Trabajo en su Sala V vuelve a reafirmar el cambio de visión y estableció que parece natural que la protección se extienda a la madre adoptiva, no administrándose ningún obstáculo para asimilar el nacimiento de un niño, provista por el artículo 178 LCT con la ocasión en que se entrega la guarda a sus futuros adoptantes.⁵⁷

Y continua diciendo que la ley no ampara solo meros procesos biológicos como el embarazo y el parto, sino que tiene en cuenta su significación espiritual y su trascendencia social. Estos valores están presentes tanto en el parto como en la adopción y hasta que la ley proteja igualmente al niño como a la madre, no es posible distinguir entre uno y otro caso. A los efectos de la protección que corresponde a la trabajadora que adopta cabe asimilar el nacimiento a la entrega de la guarda del menor a sus futuros adoptantes.⁵⁸

Finalmente ya más recientemente la Sala VII asistió razón a la madre adoptiva cesanteada tomando en cuenta el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo “e indicó que la situación de la madre adoptiva debe asimilarse a la de la biológica ya que de lo contrario se cometería una discriminación”. En su sentencia, los camaristas consideraron que “se encuentran afectados los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción”, y que en función de este criterio, realizar una distinción “es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia y al de igualdad que surgen de la legislación vigente. La importancia de una de “las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de los habitantes ante la ley, prevista en

⁵⁶Cámara Nacional de Trabajo Sala IV. “Fernández, Marcela Noemí c/ BAS SA” Carpeta DT, 4298. La Ley.

⁵⁷ Cámara Nacional del Trabajo Sala V. “CME c/ Alexander Flening SA” JA (2000-III-169.)

⁵⁸Cámara Nacional del Trabajo Sala V. “Casusa Margarita c/ A. F. SA. T y SS, 1999-1164

el art. 16 de la Constitución Nacional”, que además se consagra en los tratados de Derechos Humanos de jerarquía constitucional y se remite al “amparo de la familia y el cuidado de los hijos, tomando esto no solo como obligación de los padres sino con el carácter de responsabilidad social, debiendo entenderse que el ámbito de dicho ordenamiento no se limita a la familia biológica sino que se extiende a los vínculos adoptivos”. A ello agregaron que “la equiparación de la maternidad biológica y la adoptiva (...) no admite punto de discusión alguna desde la lógica de la razón y el sentido común”, por lo cual era dable aplicar el mismo régimen el mismo régimen indemnizatorio.⁵⁹

7. Tratados internacionales, protección del menor y adopción.

Los tratados internacionales no hacen referencia exclusivamente a la licencia por adopción, pero si tratan el instituto desde la protección de menor, la infancia y la familia ampliada.

7.1 Convención de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño es la fuente de derecho más importante en el tema. Su artículo nº 3 sostiene el principio rector “el interés superior del niño debe regir cualquier tipo de interpretación judicial, legislativa y aún administrativa”, asegurándose la protección y cuidados que sean necesarios para su bienestar.

Es respetuoso de los derechos fundamentales involucrados en la adopción cuidar la integración y el desarrollo del menor de edad, teniendo en cuenta su edad, su salud, sus vivencias y la conveniencia de dar continuidad a su educación.

El interés del niño debe ser armonizado con las demandas de todo el grupo familiar dentro de una lógica de integración basada en la participación y la solidaridad. El interés del niño debe ser armonizado con las demandas de todo el grupo familiar dentro de una lógica de integración basada en la participación y la solidaridad (Berry Brazelton, 1994)

El art. 20 sigue... “Los Estados Partes garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños, entre estos cuidados figurarán... la colocación de hogares de guarda, la adopción o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores, al considerar las soluciones se

⁵⁹La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “S., M. I. c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otros S/ Despido”, la Sala VII.

presentará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

7.2 Pacto de San José de Costa Rica.

En su artículo 19 respecto a los Derechos del Niño establece que “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.

7.3 Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Data del año 1979, en ella se indica a los Estados parte que reconocen que para lograr la plena igualdad entre hombres y mujeres es necesario modificar el papel tradicional tanto de la mujer como del hombre en la sociedad y en la familia y con ella también la discriminación a la trabajadora que adopta.

7.4 Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional.

El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, ratificado por Argentina por ley 3192 no contempla la adopción.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por Argentina por DL 7771/56, en el art. 23 dispone que “la adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sea concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público

En particular en materia de Adopción, se han elaborado principalmente dos Convenciones:

1) Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores. Adoptada en la Tercer Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado de la Paz, Bolivia, aprobada en 1984 (CIDIP III). No aprobada por Argentina

2) Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Adoptada en la Décimo séptima sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya el 29 de mayo de 1993. No aprobada por Argentina

8. Convenios de Organización Internacional del Trabajo en materia de adopción y licencias

8.1 Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Este Convenio fue adoptado el 23 de junio de 1981, en la 67ª Reunión de la OIT. Todas las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares tienen derecho a protección especial y a no ser discriminados en el empleo y ocupación por esta condición.

Los países deben cuidar que las responsabilidades familiares no constituyan razones que impidan al trabajador de escoger libremente su empleo. Para esto debe desarrollar servicios para facilitar el cuidado infantil y los servicios familiares, posibilitando así que estos trabajadores puedan competir en condiciones de igualdad en el mercado. Debe estimular medidas tales como las licencias que facilitan la conciliación entre trabajo y familia como lo son las de paternidad, cuidado de hijo enfermo, y la adopción etc. además de las relativas a la flexibilidad del horario laboral. (Rodríguez Piñero, 1999).

8.2 Convenio N° 183 sobre la protección de la maternidad.

Desde hace mucho tiempo que la OIT aborda esta problemática. El primer Convenio sobre Protección a la Maternidad, el de N° 3, tiene fecha de 1919 y en el año 1952 la OIT ha promulgado el Convenio 103. Le sigue el convenio 183, aprobado el 15 de junio del 2000, en la 88ª. Reunión de la OIT. Ningún gobierno de los países del Cono Sur ha ratificado este convenio hasta la fecha.

Cuando la legislación y la práctica nacionales prevén la adopción, los padres adoptivos deberían tener acceso al sistema de protección definidos por el Convenio, especialmente en lo relativo a las licencias, a las prestaciones y a la protección del empleo de la Recomendación núm. 191. Como se indica en la Recomendación núm. 191, en los Estados Miembros que prevean la adopción los padres adoptivos se beneficiarán de las disposiciones sobre licencia de maternidad conformes con el Convenio núm. 183, lo que permite a esos padres adaptarse a la llegada del niño.

9. Derecho Comparado y licencia por adopción.

Según la Base de Datos de la OIT, en algunos países se han promulgado disposiciones sobre licencia por adopción que son iguales o similares a las disposiciones relativas a la

licencia de maternidad o parental. En el Reino Unido y Senegal, por ejemplo, las prestaciones y la licencia que se conceden en el caso de la maternidad también se ofrecen en casos de adopción. En Colombia, todas las prestaciones a las que pueden acceder las madres biológicas también se ofrecen a las madres que adopten un niño menor de siete años. En Uzbekistán, las madres adoptivas pueden optar a la parte postnatal de la licencia de maternidad a la que pueden acogerse las madres biológicas, así como a la licencia parental.⁶⁰

El día de la llegada del niño al hogar de sus padres de adopción puede contar entonces como la fecha de nacimiento en términos legislativos.

No obstante, en algunos países los padres tienen derecho a comenzar antes la licencia si tienen que traer al niño desde otro país. En Islandia, para los padres adoptivos la licencia parental comenzaría el día en que el niño ingrese en el hogar a menos que los padres necesiten abandonar el país para hacerse con la custodia del niño, en cuyo caso la licencia puede comenzar cuando los padres inicien el viaje.⁶¹

En otros países existen disposiciones especiales en materia de licencia en caso de adopción. En Australia, los padres adoptivos tienen derecho a dos días de licencia no remunerada previa a la adopción, además de 52 semanas de licencia parental no remunerada posterior a la adopción.⁶²

En muchos países, como ser Albania, Costa Rica, Guatemala, Sudáfrica y Venezuela, el derecho a la licencia reconocido a los padres adoptivos es más breve que en el caso de los biológicos. En Tayikistán, por ejemplo, las madres adoptivas tienen derecho a 70 días de licencia de maternidad remunerada por adoptar a un recién nacido, lo que corresponde al período de licencia postnatal que se concede a las madres biológicas. En Mongolia, las mujeres y los padres solteros que adopten aun niño pequeño tienen derecho a una licencia y unas prestaciones idénticas a las que disfrutaban las mujeres que

⁶⁰ Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

⁶¹ Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

⁶² Comisión de las Comunidades Europeas, Informa sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE.

están de licencia de maternidad hasta que el niño cumpla los 60 días, mientras que las madres biológicas tienen derecho a 120 días de licencia de maternidad.⁶³

De conformidad con la Directiva de la UE sobre licencia parental, el derecho individual de los trabajadores y las trabajadoras a una licencia parental de al menos tres meses debería aplicarse también en el caso de la adopción de un niño.⁶⁴

Obviamente, en caso de adopción la mujer no necesita recuperarse de un parto. Sin embargo, cuando existen disposiciones sobre licencia por adopción, sólo las trabajadoras tienen acceso a ella en varios países. En el Perú, por ejemplo, el trabajador que formule una solicitud de adopción tiene derecho a 30 días naturales de licencia, a condición de que el niño tenga menos de 12 meses de edad. Pero si los trabajadores que solicitan la adopción están casados, la licencia la debe tomar la mujer. En otros países, los padres adoptivos sólo pueden optar a la licencia por adopción en circunstancias limitadas, por ejemplo, cuando son padres solteros o cuando la madre adoptiva no toma la licencia de que dispone.⁶⁵

Cuando se reconoce la licencia por adopción en el marco de sistemas de licencia parental, a los padres adoptivos varones se les suele reconocer sus derechos.

Sin embargo, de conformidad con la Recomendación núm. 191 ambos padres adoptivos deben poder acceder a la licencia, como sucede en varios países. Por ejemplo, en Islandia cada uno de los padres tiene un derecho independiente e intransferible a una licencia de maternidad/paternidad de hasta tres meses por la adopción de un niño, así como un derecho conjunto a otros tres meses, que pueden ser tomados por uno de los padres o repartidos entre ellos. En Nueva Zelanda, los padres adoptivos tienen derecho tanto a la licencia de maternidad como a la de paternidad.⁶⁶

En el Brasil, el período de licencia es de 120 días por adoptar a un niño de hasta un año de edad. No obstante, ese período desciende a 60 días para quienes adopten niños de

⁶³ Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

⁶⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Informa sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE.

⁶⁵ Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

⁶⁶ Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

entre uno y cuatro años de edad, mientras que las madres de niños de cuatro a ocho años tienen derecho a 30 días de licencia.⁶⁷

En Eslovenia, los padres adoptivos tienen derecho a 150 días de licencia remunerada por la adopción de un niño menor de cuatro años, y a 120 días por la adopción de un niño de entre cuatro y diez años de edad.

Así, en España, se otorgan derechos similares a los de las madres biológicas. Si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la madre o el padre podrán disfrutar de un permiso de maternidad (o paternidad) con una duración máxima de 16 semanas distribuidas según les interese, a partir de la decisión administrativa de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Pero los españoles no se limitan a la tutela de los derechos maternos, también han avanzado en favor de derechos de los padres adoptivos. La legislación da opción al padre a que asuma los permisos contemplados para maternidad y cuidados del niño. De esta forma, la responsabilidad familiar se reparte equitativamente. Ahí incluso se analiza por parte del Ministerio de Trabajo regular la equiparación del permiso de maternidad de los hijos adoptivos y acogidos con el de los biológicos. De esta forma, el descanso sería de 16 semanas independientemente de la edad que tuviera el niño adoptado.⁶⁸

Además, se podría ampliar el derecho del padre a disfrutar de este permiso, con la posibilidad de compaginar el descanso con la madre, a partir de la sexta semana del nacimiento. Esta sólo estará obligada a disfrutar del permiso durante las seis semanas posteriores al parto.

En Austria, la maternidad recibe tratamiento de contingencia protegida; sin embargo, su ámbito de protección no se hace extensivo a las madres adoptivas; lo que sucede es que por medio del Fondo para la Familia, se les otorgan ciertas prestaciones atendiendo al caso concreto.⁶⁹

Finalmente en Italia, fue hasta el año 2000 que el ámbito de protección por maternidad incluyó la adopción y el acogimiento de menores de seis años. Respecto a las prestaciones, el ordenamiento denominado Tutela del la maternita, distingue entre dos

⁶⁷ Abramo, Negociación colectiva y equidad de género en América Latina: nuevos desafíos para la acción sindical.

⁶⁸ Marti y Chinchila, Políticas familiares en España: un estudio comparativo con el resto de Estados Miembros de la Unión Europea.

⁶⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Informa sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE.

tipos de ausencias al trabajo, las obligatorias y las facultativas. El inciso referente a los hijos adoptivos, señala que las trabajadoras que adopten niños menores de seis años, en adopción nacional, podrán disfrutar de la indemnización correspondiente a los tres meses siguientes al ingreso del niño a la familia, además de gozar de la ausencia obligatoria, que consiste en los tres meses siguientes a la adopción. En algunos casos se otorga la ausencia facultativa al trabajo, que consiste en seis meses no consecutivos al primer año del menor en la familia. Excepcionalmente esta prestación se puede hacer extensiva a los padres.⁷⁰

10. Convenios Colectivos de Trabajo.

A modo de ejemplo daremos cuenta de diferentes convenciones colectivas de trabajo en los cuales está contemplada la licencia por adopción.

En un primer lugar el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector Público establece la tenencia con fines de adopción se le concede licencia con goce de haberes a la mujer por un término de 100 días corridos y al varón, que integra el matrimonio o vive "en aparente matrimonio", 30 días (art. 121 CCT de los trabajadores del Estado).

En ese sentido, el Estatuto del Docente de la Provincia de Buenos Aires establece -en el capítulo 22, artículo 70 inc. d- que ".en caso de adopción se otorgarán ciento veinte (120) días corridos con percepción íntegra de haberes a partir del momento en que la autoridad judicial o administrativa competente notifique a la docente la concesión de la guarda con vistas a la adopción."

También la ley 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionada el 5/6/00 y publicada en el BOCBA el 13/9/00 y posteriormente modificada por la ley 1577) preveía, en su artículo 16, inc. e) licencia por maternidad y adopción, "a partir de la fecha en la que la autoridad judicial o administrativa competente notifique el otorgamiento de la guarda con vistas a una futura adopción." por lo cual ".quien adopte a un niño/niña de hasta doce años tendrá derecho a licencia por un período de 90 días corridos con goce íntegro de haberes." debiendo ".acreditar su situación con certificado expedido por institución oficial."

⁷⁰Parlamento europeo, Comisión de derechos de la Mujer e igualdad de oportunidades. Informa sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada. (2003/2129)

El nuevo texto legal sustituye el artículo 23 de la Ley N° 471 haciendo variar el plazo de licencia según el número de menores adoptados y concediendo asimismo una licencia al adoptante varón. La citada norma establece que "la licencia por adopción corresponderá a partir de la fecha en que la autoridad judicial o administrativa competente, notifique el otorgamiento de la guarda con vistas a la futura adopción. Quien adopte a un niño/niña de hasta 12 años tendrá derecho a una licencia por un período de noventa (90) días corridos con goce íntegro de haberes. Quien adopte simultáneamente a más de un niño/a de hasta doce (12) años tendrá derecho a una licencia por un período de ciento veinte (120) días corridos. Si los adoptantes fueran cónyuges, el trabajador varón tendrá derecho a una licencia de diez (10) días corridos. En todos los casos para hacer uso de este beneficio, el trabajador adoptante deberá acreditar su situación con certificación expedida por institución oficial."

Por su parte, el Decreto 1919 Provincia de Santa Fe (de aplicación a los agentes comprendidos en el Convenio Colectivo de Trabajo Ley 10052), estatuye -en el artículo 39 que pertenece a la sección 8° ("licencia por guarda o tenencia judicial de menores")- que ".corresponderá otorgar esta licencia a la agente que acredite que se le ha otorgado la tenencia o guarda judicial de menores, como así también al agente que acredite que debe hacerse cargo en forma personal y directa de dicha situación.", haciendo variar el período de licencia de acuerdo a la edad del adoptado, así cuando ".el menor o los menores tienen menos de 3 meses de vida, corresponderá otorgar esta licencia, hasta que el o los menor/es cumplan esa edad. No obstante, esta no podrá ser inferior a 60 días corridos desde su otorgamiento.", en caso que ".el / los menor, es sea/n mayores de 3 meses y menores de 7 años de edad, se concederán 60 días corridos con goce de haberes, a partir del día hábil siguiente al de haberse dispuesto la tenencia o guarda judicial." y en caso que ".el/los menor/es tenga/n entre 7 y 12 años de edad, el plazo de esta licencia deberá acordarse de acuerdo a lo dictaminado por el Juez de Menores, teniendo en cuenta la adaptación del niño al núcleo familiar donde se inserta - siempre que no exceda los 60 días corridos.". Si se otorgase ".la tenencia o guarda judicial a matrimonios o parejas (concubinos) en que ambos son agentes comprendidos en la Ley N° 10052, esta licencia se otorgará únicamente a uno de ellos."

En la Provincia de Mendoza, el decreto reglamentario de la ley 6722, decreto 2920, dictado el 28/12/99 establece, en sus artículos 33 y 34 que ".a los fines del goce de la licencia por adopción de un recién nacido, la funcionariapolicial deberá solicitarla por

medio del jefe de unidad donde preste el servicio, acreditándola mediante copia certificada de la resolución judicial por la cual se le otorga la guarda provisoria del menor." y ".a los fines del goce de la licencia por adopción de un menor de edad el personal policial deberá acreditar mediante copia certificada de la resolución judicial por la cual se le otorga la guarda del menor."

Con mayor ámbito de aplicación en la misma provincia se sancionó, el 20 de septiembre de 2005, la ley 7426, modificatoria de la ley 5.811, cuyo artículo 1º inc. b) establece -en relación con las agentes en estado de gravidez que se desempeñan en el ámbito de la Provincia en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, entes autárquicos, descentralizados y organismos de control- que gozarán de una licencia de 120 días corridos ".por adopción, contados a partir de la entrega del niño."

En la Provincia de Santa Cruz la ley 1620 (del 15/5/84) que comprende a los agentes de la Administración Pública Provincial, Poder Judicial, Entes Autárquicos, Organismos Descentralizados Provinciales y Poder Legislativo, estableció en 180 días el goce de licencia tanto en el caso de nacimiento como en el de adopción. En este sentido determina su artículo 5º -texto art.2º Ley 2687 del 14/06/04- que ".toda agente tendrá derecho a una licencia con goce de haberes en las condiciones del artículo anterior, equivalente a la de posparto, a partir de que posea debidamente acreditada mediante certificación expedida por autoridad judicial o administrativa competente, siempre que hubiere iniciado los trámites tendientes a la obtención dela adopción."

El Estatuto del Personal de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires establece, en su artículo 61 que ".la licencia por adopción es de 60 (sesenta) días con percepción íntegra de haberes y le corresponde al agente a partir del día hábil siguiente a la resolución judicial que otorga la tenencia de uno o más niños con fines de adopción." si se adopta un menor de seis años, ".cuando el adoptado fuere mayor de 6 (seis) años de edad la licencia será de 30 (treinta) días corridos" y "para el caso de adopción por una pareja, al agente varón le corresponde la mitad de la licencia."

El Estatuto del Docente de la Ciudad de Buenos Aires dispone, en su artículo 70, inciso d), que "en caso de adopción, se otorgarán ciento veinte (120) días corridos, con percepción íntegra de haberes, a partir del momento en que la autoridad judicial o administrativa competente notifique a la docente la concesión de la guarda con vistas a

la adopción." y vencido dicho plazo, "el personal podrá optar por 120 (ciento veinte) días más sin percepción de haberes".

La ley N° 1.577 de la Provincia de Córdoba establece el Régimen de Licencia por adopción, de "90 días. Personal masculino, por adopción, cinco días hábiles con sueldo, cualquiera sea su situación de revista."

El convenio colectivo 26/88 de la actividad farmacéutica, en el artículo 31 incisos b, establece una licencia especial remunerada de dos días por adopción de hijo.

El convenio colectivo 296/97 de trabajadores de las cooperativas de telecomunicaciones, en su artículo 81, inciso b reconoce al trabajador dos días pagos de licencia por guarda con fines de adopción de los cuales uno debe ser hábil.

Como podemos observar se contempla la adopción en el otorgamiento de licencia cosa que no está contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo, es mas algunos Convenios mejoran las condiciones básicas establecidas en la ley base.

11. Proyectos de Ley para modificar Ley de Contrato de Trabajo.

Existen numerosos proyectos de ley presentados sobre la materia. A modo ejemplificativo podemos mencionar:

El proyecto del Diputado Fayad de fecha marzo de 2005, cuyo objeto es incorporar la licencia por adopción a favor del padre adoptante, establece la incorporación al Capítulo II, del Título V de la ley 20.744 el artículo 158 bis, el que tendrá la siguiente redacción: Artículo 158 bis.-El trabajador gozará de una licencia de (10) diez días corridos, por adopción de un hijo, la que se concederá al momento del otorgamiento de la guarda del menor por la autoridad judicial correspondiente." (art. 1°) a la par que modifica en su artículo 2° ".los artículos 159 y 160 de la ley 20.744 , los que quedarán redactados de la siguiente manera: Artículo 159.- Las licencias a que se refieren los artículos 158 y 158 bis serán pagas, y el salario se calculará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 155 de esta ley." y ".Artículo 160.- En las licencias referidas en los incisos a, c y d del artículo 158 y en la del artículo 158 bis, deberán necesariamente computarse un día hábil, cuando las mismas coincidieran con días domingo, feriados o no laborables."

De sus fundamentos se desprende que "siendo la adopción una institución en virtud de la cual se crea el vínculo legal de familia el presente proyecto incorpora al Régimen de Licencias Especiales de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo un nuevo artículo, el 158 bis, por el que se otorga al trabajador una licencia especial de diez días corridos, por adopción de un hijo, la que se concederá al tiempo de la adjudicación de la guarda .el criterio adoptado tiende a propiciar un fortalecimiento del vínculo paterno - filial resultante del instituto de la adopción, a fin de que esta relación sea lo más parecida posible a la natural." (El mismo diputado había ya presentado un proyecto de ampliar la licencia por nacimiento de hijo a diez días corridos) toda vez que ".el propósito del otorgamiento de la licencia por adopción es que el padre pueda dispensar al hijo la atención necesaria para su incorporación a la nueva familia. El nuevo integrante podrá percibir la totalidad de la familia y favorecer su inserción y adaptación al núcleo familiar."

En la Provincia de Buenos Aires existe un proyecto que data del año 2006, que comprende a todos los agentes que se desempeñan en el ámbito de la administración pública provincial, entes autárquicos, Organismos de la Constitución, descentralizados funcionales, municipalidades y todo otro ente gubernamental incluyendo las sociedades mixtas con participación estatal provincial, cuyo artículo 1º, inc. e) establece una licencia por adopción de 150 días "corridos a partir de otorgamiento de de la guarda con fines de adopción" y si se trata "de un adoptado con capacidades diferentes la licencia será de ciento ochenta días (180) corridos" durante la cual -de acuerdo al artículo 2º "el agente percibirá el ciento por ciento (100%) de los rubros remunerativos y no remunerativos que integraron su remuneración durante los últimos tres (3) meses." El artículo 4º del proyecto prevé que en caso de fallecimiento de la madre en uso de esta licencia, el padre tendrá derecho a usufructuar el resto de la licencia que le correspondería a la madre, siempre y cuando éste también se desempeñe en el ámbito de la administración pública provincial, ente autárquico, Organismo de la Constitución, descentralizado funcional, municipalidad o cualquier otro ente gubernamental, incluyendo las sociedades mixtas con participación estatal provincial."

Este proyecto se fundamenta en que "en los países con mayor índice de desarrollo humano, ya no se discute el derecho de los trabajadores a usufructuar licencia tanto por nacimiento de hijo como por adopción de uno o varios.", existiendo ".en ambas cámaras nacionales numerosos proyectos que proponen incorporar esa temática como un derecho

de todos los trabajadores la más elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley, de por sí debería resultar suficiente para acabar con la multiplicidad de regímenes que hoy imperan en la provincia de Buenos Aires." por cuanto "no es posible que, a los fines del gozo de la licencia por maternidad o adopción. Obvias razones de equidad y justicia imponen la necesidad de emparejar estas injustas desigualdades. Un gobierno que enraíza los fundamentos de su gestión en la tutela de la dignidad de la condición humana, no puede sino seguir el ejemplo de aquellas provincias que marchan a la vanguardia en esta temática protectora."

Casi como consecuencia directa del decisorio en comentario, en el Senado de la Nación se debatió un proyecto de reforma de la Ley de Contrato de Trabajo, con el objeto de incorporar a ella la licencia por adopción, equiparando las licencias de maternidad de los padres biológicos y adoptivos, con períodos no inferiores a los noventa días Si el nacimiento es prematuro, la licencia de la madre se extiende por las semanas que la criatura debió haber permanecido en el vientre materno.

En los casos de bajo riesgo, la extensión es por 30 días, por 60 si el nacimiento es con alto riesgo y por seis meses en el caso de que se presenten discapacidades o enfermedades crónicas.

En diputados, luego de numerosos proyectos que perdieron estado parlamentario, donde se debatía la incorporación al art. 158 del inc. que prevé una licencia especial ".para visitar al menor o menores que se pretende adoptar." de ".dos (2) días corridos con un máximo de doce (12) días por año -no acumulables- desde que el adoptante inicie sus visitas previas a la tenencia en guarda con fines de adopción hasta su otorgamiento por el juez competente.", así como el artículo 161 bis que prescribe que ".al solicitar la primera licencia, el adoptante deberá acreditar haber iniciado los trámites con copia de la autorización de visita judicial certificada por el juzgado donde se pretende lograr la guarda con fines de adopción de uno o más menores y un certificado que acredite su inscripción previa en el registro de adoptantes y donde quede constancia que ha cumplido con los requisitos de idoneidad como potencial adoptante."

En el capítulo de "Protección de la Maternidad", los proyectos pretendían incorporar los artículos 177 bis y 177 ter que respectivamente disponen que ".la mujer trabajadora gozará de una licencia de cuarenta y cinco (45) días con motivo del otorgamiento de la

guarda con fines de adopción.", la que ".comenzará a los dos días de la notificación fehaciente." al empleador del otorgamiento de la guarda. Se prevé que en caso de ".guarda múltiple con fines de adopción este plazo se incrementará en diez (10) días por cada menor cuya guarda se haya otorgado, a partir del segundo inclusive y la trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados y gozará de las asignaciones que le confieran el sistema de seguridad social , que garantizará, la percepción de una suma igual a la retribución que corresponde al período en que resulte prohibida su ocupación." presumiéndose, "salvo prueba en contrario, que el despido de la trabajadora obedece a razones de guarda con fines de adopción cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete meses y medio posteriores a la notificación, en tal supuesto, el trabajador será acreedor a una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley (Art. 177 bis). En relación con el trabajador varón '.gozará de una licencia de quince (15) días corridos después de los dos días de haber efectuado la notificación del otorgamiento de la guarda en caso de ser adoptante único el período será de cuarenta y cinco (45) días corridos y cuando la madre del hijo del trabajador falleciere durante la licencia por guarda, el trabajador no devengará remuneración de su empleador y en sustitución de ella la percibirá del sistema de seguridad social. (art.177 ter)

Además de los ya mencionados existen diversas presentaciones de proyectos que no llegaron a ser aprobados por el Congreso pero que plantean la concesión de la licencia por adopción entre ellos podemos mencionar Proyecto Expediente n° 6069-d-01, de fecha abril de 2001 de Modificación a la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, en el mismo se pretende 30 días de licencia posteriores al otorgamiento de la guarda con fines de adopción, con conservación del empleo y percepción de asignaciones conferidas por los sistemas de seguridad social.

Proyecto Expediente N° 3176-D-03 de fecha septiembre de 2003 de Modificaciones al Régimen de la Ley de Contrato de Trabajo sobre prohibición de discriminación, con respecto a la adopción concede un periodo no inferior a tres meses ni superior a seis, de derecho de excedencia para la madre que tiene un hijo o adopta.

Proyecto Expediente N° 0195-D-05 de fecha marzo de 2005, Modificaciones a La Ley de Contrato de Trabajo. Trabajadores en relación de dependencia: derechos para los que reciben en guarda para adopción a un menor de 14 años. En el mismo se concede al trabajador 45 días corridos desde la entrega en guarda del menor de 14 años, con

percepción de asignación familiar a cargo del sistema de seguridad social del mismo monto que la remuneración y reconoce el derecho del trabajador a quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis.

Proyecto Expediente N° 3966-D-05 de fecha diciembre de 2005, Modificación a la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo que concede 30 días de licencia cuando se le entrega la guarda de un menor con fines de adopción.

Proyecto Expediente de Equiparación de derechos laborales entre padres biológicos y adoptivos. Propone una licencia de 10 días corridos por otorgamiento de guarda con fines adoptivos y una licencia de 15 días corridos después de la notificación de la guarda con fines de adopción con percepción de una asignación por licencia por adopción.

Proyecto Expediente de Equiparación de la maternidad y paternidad adoptiva a la biológica, presentado en noviembre de 2006 propone otorgarle al padre una licencia de dos días por licencia por adopción.

Proyecto Expediente N° 3751-d-09 de fecha mayo de 2009, Modificación sobre licencia por maternidad que propone una licencia de 55 días cuando se ha entregado una guarda con fines de adopción de un menor recién nacido o de hasta un año y medio de edad.

12. Recapitulación. Conclusiones

De la disparidad de normas reseñada y de la existencia de numerosos proyectos en tal sentido se desprende que es esencial legislar de manera uniforme, por medio de una reforma a la ley 20.744, la licencia por adopción y/o guarda con vistas a una futura adopción para adecuar la norma laboral a la norma civil.

Esa reforma, puede o no establecer un límite de edad del niño/niña adoptado o recibido en guarda para el otorgamiento de la licencia con goce de haberes y, en el primer caso, puede determinar diversos plazos de licencia de acuerdo a la edad del menor, como lo hacen las normas internacionales al respecto.

La adopción simultánea de más de un menor es reconocida por algunos ordenamientos legales a fin de extender el plazo de licencia que se otorga en el entendimiento que es mayor el tiempo que requiere el adoptante para incorporar a la vida familiar más de un niño o niña (independientemente de la edad que ellos tengan).

Es menester incluir, también, el otorgamiento de una licencia al padre adoptante y -en caso de fallecimiento de la madre- el derecho de éste de continuar con la licencia.

Asimismo cabe establecer una licencia de mayor duración sin goce de sueldo o como lo hace el proyecto analizado en el punto anterior una disminución de la jornada laboral.

La licencia adoptiva da lugar a que los adoptantes puedan incorporar al adoptado a sus vidas y facilita la realización de los innumerables trámites que deben efectuar, así como la adaptación de un espacio de la vivienda a fin de recibir en las mejores condiciones al menor.

También es relevante establecer si el pago del salario está a cargo del empleador o de la seguridad social es esencial, al igual que la determinación del plazo de excedencia.

El despido por causa de guarda con fines de adopción debe, también, recibir el mismo tratamiento que el despido por maternidad.

En cualquier supuesto es importante que las normas sobre el tema tengan en cuenta lo establecido por el ordenamiento civil en relación con la igualdad de los hijos biológicos y los adoptivos.

Sea cual sea el criterio que se adopte es un requisito constitucional el establecimiento de una norma igualitaria para todas las trabajadoras adoptantes y para todos los adoptantes varones (siendo en este caso la única diferencia si son o no o han devenido adoptantes únicos).

El tema ya no puede quedar en proyectos truncados por la presiones de los grupos económicos que buscan abaratar cada vez más las relaciones laborales, es el Estado quien debe promover el reconocimiento y hacer una reforma integral a la ley laboral, dado que la adopción es una realidad social que viven miles de padres y madres trabajadores y merecen su reconocimiento en la legislación laboral.

CAPITULO IV:

LA BREVE LICENCIA POR PATERNIDAD.

1. Licencia por paternidad biológica.

La licencia por paternidad biológica es aquella suspensión del contrato de trabajo, en la cual se le concede el derecho al trabajador varón de dos días no laborables remunerados por el empleador, producto del nacimiento de un hijo biológico, según lo establece el artículo 158 inc. 1 de la Ley de Contrato de trabajo.⁷¹

El reconocimiento de este permiso por paternidad, supone la posibilidad de un período de tiempo del que dispone el padre para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Y ello, con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al menos en alguna parte, por ambos progenitores, sin necesariamente minorar el tiempo de descanso que corresponda a la madre y dando al padre mayor protagonismo en el cuidado de los hijos que el que, hasta ahora, ha venido atribuyéndosele. (Ackerman, 2005).

La finalidad de la licencia por paternidad gravita en torno a la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras.

2. Licencia por paternidad adoptiva o por adopción.

La licencia por paternidad adoptiva se otorga con motivo de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establece la ley, al que no lo es naturalmente.

Se concede al padre adoptivo trabajador que adopta un niño a fin de que pueda acompañarlo y cuidar de él.

⁷¹NÚÑEZ PILAR -CORTÉS CONTRERAS (2010), La suspensión del Contrato de Trabajo por maternidad y paternidad en la nueva ley orgánica de igualdad.
www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/21902/31144.pdf?sequence=1

El derecho a obtener una licencia por adopción comienza generalmente cuando el niño llega al hogar, y su duración total puede ser menor que la que se le concede a las parejas que cuidan su propio hijo esto depende de cada país también suele diferir las condiciones requeridas para su goce.⁷²

3. Licencia por paternidad “especial”.

Hay determinadas circunstancias que no están resueltas por la legislación vigente a pesar de que se presentan con frecuencia y que merecen la concesión de una licencia por paternidad especial. Dicha especialidad hace que la extensión de la licencia sea más prolongada, con la salvedad de que los lapsos consignados como licencias especiales por paternidad absorben el período de licencia común por la misma causa, es decir no se acumulan.

Según Litterio (2010) tal como lo hace el Derecho comparado, como por ejemplo Colombia y los Países De la Unión Europea, es recomendable conceder cinco licencias por paternidad especial.

El primero de los acontecimientos es la enfermedad de la madre con posterioridad al parto o cesárea que requiere internación, en el caso que la mujer permanezca internada resulta necesario prolongar la licencia del padre, la misma se establece con motivo que alguien debe cuidar al recién nacido, y frente a la imposibilidad que lo haga el madre debe hacerlo el padre. En efecto la internación de la madre autoriza a conceder 15 días corridos de licencia por paternidad cuando alcanza los 9 días contados a partir del nacimiento y veinte días corridos de licencia cuando la hospitalización se extiende hasta 14 días después del nacimiento.

El segundo caso se por el nacimiento de un hijo prematuro, es este caso el recién nacido prematuro requiere cuidados intensivos pasando varios días hospitalizados, necesitando la presencia de sus padres cuando las visitas son autorizadas por el cuerpo médico. Para este caso se justifica la extensión de la licencia por paternidad al menos a 20 días

⁷²RODRÍGUEZ LAURAY TABAK NICOLÁST. (2008) La Adopción: Fantasías y Verdades
http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

corridos a fin de permitir la participación del padre en el cuidado del hijo y para la adaptación del grupo familiar.

El tercer caso se trata cuando se produce el fallecimiento de la madre producto de dar a luz, ya sea en el parto, cesáreas o pos parto. Por ello es indispensable que el padre asuma la proximidad con su hijo, parece correcto conceder al padre licencia posparto que hubiera correspondido a la madre y no pudo gozar o el remanente en el supuesto que la mujer hubiera disfrutado de algunos días de licencia, hasta completar el total del período.

El cuarto caso se da con el nacimiento o adopción del hijo con síndrome de Down o con problemas de discapacidad física o psíquica. El cuidado y la atención especiales que requieren los niños nacidos con síndrome de Down justifican la extensión de la licencia por paternidad a 25 días corridos, a fin de que ambos progenitores participen de la atención del recién nacido y cuenten con un lapso un poco más prolongado para la adaptación familiar.

Finalmente, tenemos un quinto caso de licencia por paternidad especial que es cuando se producen nacimientos o adopción múltiples. En ambas situaciones resulta apropiado incrementar el número de días de acuerdo al número de hijos que nazcan en el mismo parto o cesárea o que sean otorgados en guarda con fines de adopción, siendo razonable extender a cuatro días más por cada hijo adicional.(Litterio, 2010)

Tomemos en cuenta que las cinco situaciones especiales mencionadas no se encuentran legisladas en la Ley de Contrato de Trabajo, por lo cual se deberían contemplar en nueva normas e implementarse en el marco de dicha ley.

4. Finalidades de la Licencia por paternidad.

Diversas son las finalidades perseguidas con el reconocimiento de licencia por paternidad, entre las que cabría mencionar extender el catálogo de medidas de conciliación, compensar las trabas, al menos en el plano legal, a la participación del padre en el cuidado de los hijos, derivadas de la configuración de la licencia por maternidad biológica; aumentar el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos desde su llegada a la familia; ampliar el abanico de posibilidades de reparto entre ambos progenitores de los derechos reconocidos para el cuidado de los hijos recién nacidos,

adoptados o acogidos; flexibilizar el disfrute de los derechos, acomodándolo a las necesidades y características de cada familia; repartir, entre hombres y mujeres, el riesgo de perjuicio profesional derivado de la asunción de las responsabilidades familiares; abrir una vía para dar cabida a las nuevas realidades familiares en el disfrute de los derechos de conciliación de vida profesional y familiar.⁷³

También es un paso importante para avanzar hacia la igualdad de trato entre varones y mujeres, ya que de otra manera se sostienen los roles estereotipados, y arcaicos.

La licencia por paternidad está estimulando el mejor cumplimiento de las responsabilidades familiares de los empleados y es un peso importante al valor de la familia.

Se comprobó que la cercanía, la conexión y la relación del padre con el bebé es esencial para su desarrollo, y este vínculo incide directamente sobre la salud, el desarrollo afectivo, social y emocional de los niños. Por lo tanto los primeros días en la vida de una persona es el contexto oportuno para crear un vínculo afectivo y fuerte, que afectará al desarrollo del futuro del niño. (Berry Brazelton, 1994 p.20)

El goce de licencias en el trabajo contribuye a llevar a la práctica el compromiso del padre, al permitir compatibilizar las obligaciones laborales con las responsabilidades familiares, lo cual facilita al padre el contacto y la proximidad con el hijo recién nacido o adoptado y con el de corta edad.

Lo que se pretende es que el ejercicio de la paternidad sea compatible para lograr el justo equilibrio entre los deberes laborales y responsabilidades familiares, en situación de igualdad, procurando evitar y combatir la discriminación laboral basada en las diferentes condiciones familiares de la madre y el padre trabajador.⁷⁴

5. La nueva concepción de la paternidad. Cambio cultural.

⁷³RUSO SANDRA (2004) Licencia por paternidad. <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-04-25/contratahtm>, 21-10-2004.

⁷⁴NÚÑEZ PILAR -CORTÉS CONTRERAS (2010), La suspensión del Contrato de Trabajo por maternidad y paternidad en la nueva ley orgánica de igualdad. www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/21902/31144.pdf?sequence=1

El ejercicio de la paternidad responsable se desenvuelve dentro del contexto cultural y familiar existente y desde esa perspectiva, en los últimos años, los roles tradicional del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia fue evolucionando paulatinamente.(Rodríguez Piñero, 1999 p 33)

A medida que fue aumentando la participación de la mujer en el mundo del trabajo se intensificó, como contrapartida, el compromiso del hombre en la asunción de las responsabilidades familiares lo cual originó una nueva realidad socio-laboral y con ella la aparición de una “nueva paternidad”.⁷⁵

Los cambios culturales y sociales vividos en los últimos tiempos para) han generado transformaciones importantes en el rol que le corresponde ejercer al padre en la crianza de los hijos.(Berry Brazelton, 1994) Las nuevas generaciones han ensanchado y enriquecido el papel del padre y reconocen que la contribución del padre moderno es especial tanto para el niño como para la cohesión de la familia.

Aparece, una nueva tendencia inspirada en la nueva imagen paterna, mucho más comprometida con los hijos debido a la ostensible incorporación de la mujer al mercado del trabajo, de esta manera fue surgiendo la idea de “nuevo padre”, siendo aquel que se compromete con los cuidados y la crianza de los hijos.⁷⁶

Son los hombres más jóvenes quienes vienen a jugar un papel más activo en la vida familiar y en la educación de los hijos. Construyendo dos mundos paralelos; la crianza de sus hijos y la vida profesional, todo ello supone una mayor presión para los hombres que deben participar cada vez más en las tareas del hogar y las cargas familiares.

De este modo, con el correr del tiempo las obligaciones familiares fueron dejando de ser interpretadas como una pertenencia de la órbita femenina, reconociéndose, así, que tanto la paternidad como la maternidad son fuentes de derechos y obligaciones. Ambos progenitores deberán compartir las responsabilidades familiares en situación de igualdad, procurando evitar y compartir la discriminación laboral basada en las

⁷⁵CAAMAÑO ROJOEDUARDO(2012) Algunos antecedentes sobre los orígenes y la expansión de la protección legal de la mujer trabajadora http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200004&script=sci_arttext

⁷⁶RUSO SANDRA (2004) Licencia por paternidad. <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-04-25/contratahtm>, 21-10-2004.

diferentes condiciones familiares de la madre y del padre trabajador.(Martínez Vivot, 2000 p.160)

6. El primer cambio: Nuevo Régimen Agrario

De acuerdo con lo establecido por el artículo 52 del nuevo régimen de trabajo agrario Ley 26727), el personal permanente de prestación continua, gozará de una licencia de 30 días corridos por paternidad, pudiendo ser dicha licencia utilizada por el trabajador de manera ininterrumpida entre los 45 días anteriores a la fecha presunta de parto y los doce meses posteriores al nacimiento. Al respecto podemos advertir del citado texto que el único requisito exigido por la norma es que se trate de personal contratado bajo la modalidad de “contrato de trabajo agrario de prestación permanente continua”, lo cual descartaría de plano la aplicación de esta licencia para las otras modalidades establecidas por la citada norma.

Sin perjuicio de que aun se encuentra sin reglamentar la citada ley. Según la ley Todo trabajador que hubiera sido padre a partir de la vigencia de la ley (6 de enero de 2012) tendría derecho al goce de la licencia.

No se requiere antigüedad alguna para poder gozar de la misma La norma indica que el trabajador “podrá” utilizar dicha licencia entre los 45 días y los 12 meses posteriores al nacimiento, con lo cual en principio estaría facultándolo (“podrá”) para elegir libremente en que momento gozar la licencia, es decir que le estaría otorgando ese “poder” de decisión. Desde ya dicha facultad debería ser ejercida por el trabajador en forma razonable, ya que cualquier arbitrariedad en el ejercicio de su derecho podría ser violatoria del principio de buena fe (art. 63 LCT, que resulta de aplicación por remisión de la propia ley 26727 a la ley de contrato de trabajo en todo lo que no se oponga a la regulación estatutaria y resulte compatible). Se trata de una licencia paga, por lo que el empleador deberá remunerarla en los términos que la propia LCT establece para el pago de las licencias especiales, es decir aplicando las previsiones establecidas por el art. 155 LCT, y generando un “plus” durante el período de 30 días que dura la licencia. El pago de la remuneración durante el período de licencia corre por cuenta del empleador y es remuneratorio. La licencia no parece ser fraccionable de acuerdo con la redacción del art. 52 L. 26727, ya que la misma se goza durante 30 días “corridos”. No se requiere antigüedad alguna para acceder al derecho al goce de la licencia.

Como podemos ver, es un gran paso al reconocimiento de una licencia por paternidad más amplia, proyectado de esta manera el cambio social que se está produciendo en la sociedad, dado que hoy en día la responsabilidad de la educación y crianza de los hijos no es exclusiva de la madre. Este cambio es el que también debería introducirse en la Ley de Contrato de trabajo, para de esta manera adecuarla a la realidad social del padre trabajador pero con responsabilidades familiares.

7. La licencia por paternidad en los Instrumentos internacionales

Existen números instrumentos internacionales que establecen la importancia de la responsabilidad compartida entre el hombre y la mujer con respecto al cuidado de los hijos, asimismo también consagran la importancia del instituto familiar y el derecho a la igualdad como coronario del trato no discriminatorio entre el varones y mujeres.

7.1 Declaración Universal de Derechos Humanos. Igualdad y Familia

Establece el derecho a la igualdad de las personas diciendo que toda persona tiene todos los derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2) y además Todos somos iguales ante la ley y tenemos, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación y contra toda provocación a tal discriminación. (Artículo 7)

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Artículo 16.3)

7.2 Convención sobre Derechos de Niño. Participación Paterna.

En su artículo 18 fomenta la participación paterna en la crianza de los hijos estableciendo 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. Además 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 será el interés superior del niño.

7.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Familia. Equivalencia de Derechos

Según el artículo 17, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

9. Convenios con Organización Internacional del Trabajo en materia de licencia por paternidad y responsabilidad familiar compartida.

La Organización Internacional del Trabajo posee instrumentos a modo de convenios y recomendaciones, si bien no existe uno de ellos específico del tema, si se vinculan con el directamente y por ello los tomaremos a consideración:

8.1 Convenio N° 111 y Recomendación N° 111. Principio de no discriminación.

Este convenio es relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en el mismo se consagra como principio general la no discriminación, obligando a los estados a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. La Recomendación que acompaña al Convenio puntualiza sobre las políticas nacionales que deberán materializarse en medidas legislativas, estableciendo una política de no discriminación específicamente en las personas por razones de sexo, edad, cargas de familia, o nivel cultural, también toma en cuenta las condiciones de trabajo, la seguridad social y las prestaciones sociales.

8.2 Convenio N° 156 y Recomendación N° 165. Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras

El Convenio hace referencia a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, específicamente a los trabajadores con responsabilidades

familiares. Se refiere a la compatibilización de las obligaciones familiares y laborales conteniendo garantías en materia de igualdad de trato entre las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades para los hijos. Con respecto a la Licencia paterna establece que la misma tiene la finalidad de brindar protección y atención adecuada al recién nacido o adoptado y al niño en su corta edad, permitiendo que ambos padres compartan las responsabilidades familiares en igualdad de condiciones, a fin de promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

8.3 Convenio N° 183 y Recomendación N° 191. Figura del padre.

Si bien este Convenio tiene como finalidad la protección de la maternidad, hace referencia de al padre en los caso de enfermedad o muerte de la madre, estableciendo que el padre tiene derecho a una licencia de duración equivalente al tiempo faltante de la madre, todo ello de conformidad con las legislaciones y las prácticas de cada país.

10. Derecho Comparado en el permiso por paternidad.

9.1 Alemania.

El permiso por paternidad tiene una extensión de tres días, se otorga tanto a por el nacimiento de hijos como por adopción. También existe en la posibilidad de conceder, a nivel empresa, un período de tiempo suplementario para la crianza de los hijos.⁷⁷

9.2 España.

El trabajador puede ausentarse del trabajo durante dos días por nacimiento de hijo, con derecho a remuneración, previo aviso y notificación. Hace poco en España se aprobó una ley 3/2007 donde se prevé la ampliación progresiva y gradual de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad para que los padres puedan tomarse 30 días a los seis meses de la entrada en vigor de la ley (ocurrida 24/03/2007). Se considera situaciones protegidas el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento. Esta tendencia va en concordancia con la actitud que están tomando la mayoría de los países de la Unión Europea.⁷⁸

9.3 Francia.

⁷⁷OIT, Perfil del Derecho del Trabajo nacional: República Federal de Alemania.

⁷⁸Cof. Art. 85 apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley Orgánica 3/2001.

Corresponde al padre tres días de licencia por nacimiento o adopción pagos por el empleador. A partir del 1 de enero de 2002 se reconocen al trabajador 11 días de permiso por paternidad calendarios o consecutivos o 18 en el caso de nacimientos múltiples, los que son acumulables a los tres días por nacimiento por hijo. Por lo tanto la extensión total es de 14 días en parto único y de 21 días los múltiples. Debe ser tomado voluntariamente dentro de los 4 meses del nacimiento. En caso de muerte de la madre en el parto el padre goza del permiso de maternidad.⁷⁹

9.4 Italia.

El permiso por paternidad tiene una extensión de dos semanas pagas y una parte del permiso de maternidad puede ser utilizado también por el padre. El padre tiene derecho a abstenerse de trabajar toda la duración del permiso por maternidad (tres meses) o por la parte residual en los supuestos en que la madre hubiera disfrutado de algunos días de licencia en los supuestos de fallecimiento o grave enfermedad de la madre. El padre tiene el mismo derecho en caso de abandono del hijo por la madre o cuando el cuidado del menor se confía exclusivamente al padre.⁸⁰

9.5 Portugal

Los padres tienen derecho a 11 días de licencia por paternidad, 18 en caso de tener nacimientos múltiples. El permiso debe ser tomado en días consecutivos dentro de 4 meses posterior al nacimiento. El patrón deberá ser informado con un mes de anticipación. Este puede ser combinado con los 3 días de permiso otorgados por el nacimiento del hijo.

9.6 Suecia

Se otorga a los padres un permiso parental de hasta 450 días por hijo hasta la edad de 8 años y la madre puede empezar a hacer uso de esta asignación parental seis semanas antes de la fecha prevista para el nacimiento. De estos 450 días de permiso, 30 días son obligatoriamente para la madre y 30 para el padre, mientras que el resto de los días puede distribuirse indistintamente entre ambos cónyuges, según propias preferencias

9.7 Países Bajos.

⁷⁹⁷⁹ Acepresa Francia. Nuevo permiso de paternidad, del 19/12/2001.
<http://www.acepresa.com.art.cgi?articulo=988>.

⁸⁰ OIT. Perfil de Derecho Laboral Nacional: Italia.
http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/II/np_h.htm.

El permiso de paternidad tiene una extensión de dos días. Todos los trabajadores están cubiertos por el régimen parental. Esta prevista la adopción dentro de las licencias.

9.8 Brasil.

La licencia por paternidad tiene una extensión de cinco días y pago está a cargo del empleador. Sin embargo a través de la negociación colectiva, se obtiene el derecho a la justificación de ausencias para padres en caso de enfermedad de un hijo, de internación y consultas.

9.9 Chile

La licencia por paternidad es conocida como postparto o posnatal masculino, actualmente tiene una duración de cinco días y no puede aumentarse en caso de nacimientos múltiples. Este permiso también se concede al padre que adopta un hijo, en cuyo caso se cuenta desde la fecha de la sentencia. Los trabajadores pueden disfrutar del permiso en días sucesivos apenas nazca su hijo o en forma alternada durante el primer mes de vida del recién nacido. Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, el permiso posnatal o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo correspondiente al padre.⁸¹

9.10 Colombia.

El padre tiene derecho a gozar de 4 días de licencia por paternidad cuyo pago se encuentra a cargo del sistema de seguridad social. La licencia remunerada de paternidad está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, que a esos efectos requieren que el padre haya cotizado efectivamente durante las cien semanas previas al reconocimiento de dicha licencia. Si la mujer lo desea puede ceder a su cónyuge o compañero permanente una semana de su licencia por maternidad de doce semanas, durante el período inmediato al parto, para obtener de éste la compañía y la atención al momento del puerperio.⁸²

9.11 Cuba

La ley reconoce la responsabilidad compartida de la madre y el padre en el cuidado y atención de los hijos y la del padre en caso de fallecimiento de la madre. El padre y la

⁸¹OIT, NATLEX.

http://www.oit/dyn/natlex_browse.details?p_lang=es&p_country=CHL&p_classification=05.02&p_origin=SUBJECT.

⁸²OIT, Maternity at work: a review of national legislation. Findings from the ILO'S. Conditions of work and Employment Database.

madre pueden decidir cuál de ellos cuidará al hijo, la forma en que se distribuirán dicha responsabilidad hasta el primer año de vida y quien recibirá la prestación social.⁸³

9.12 Estados Unidos.

Si bien es cierto que en cada Estado y en cada compañía se reglamenta de una manera diferente, se puede decir que en líneas generales corresponden 15 días. La ley Federal prevé que los empleados puedan tomar hasta 12 semanas de licencia sin pago por año, con protección del empleo, por razones médicas y de familia como ser el nacimiento de un hijo, adopción y el cuidado de un familiar directo.⁸⁴

9.13 Paraguay

Se prevé de licencia por paternidad de acuerdo al Código de Trabajo, de dos días. Se trata de una licencia paga. No existen normas generales que concedan licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo, pero si celebran números convenios colectivos de trabajo con relación a la materia.⁸⁵

11. Jurisprudencia comparada sobre el permiso de paternidad.

No hay antecedentes jurisprudenciales en la justicia argentina referidos a la licencia por paternidad, pero no deja de ser un tema actual que marca tendencia hacia un mayor reconocimiento en la legislación nacional. Producto de ello, es la gran cantidad de presentaciones de proyectos de ley a los efectos de mayores reconocimientos.

Sin embargo, en el mundo los tribunales si se han expedido al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 marco precedente estableciendo que el padre podrá disfrutar el permiso de lactancia de la madre no trabaja, en un fragmento de resolución textualmente dice “ La evolución

⁸³OIT, Maternity at work: a review of national legislation. Findings from the ILO'S. Conditions of work and Employment Database.

⁸⁴U.S. Department of Labor, Guía de Derecho Laboral

⁸⁵OIT, Maternity at work: a review of national legislation. Findings from the ILO'S. Conditions of work and Employment Database.

normativa nacional y su interpretación jurisprudencial ha desvinculado del hecho biológico la lactancia natural, configurándose actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo que tanto el padre como la madre pueden asumir y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de la licencia por maternidad. El permiso se concede tanto a los trabajadores como trabajadoras, por su condición de progenitores, por lo que considerar que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido, en tanto que el padre tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser titular, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombre en una función subsidiaria de la mujer respecto al ejercicio de su función parental”⁸⁶

La Corte Colombiana falló diciendo que establecimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad obedece a la necesidad de hacer prevalecer el interés superior del niño dotándolo de un mecanismo legal orientado a hacer realidad el mandato del artículo 44 Superior en cuanto pretende garantizarle su derecho fundamental al cuidado y amor especialmente en los primeros días de su existencia, siendo en consecuencia la licencia de paternidad una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena por parte de ambos padres.⁸⁷

En otro de sus dictámenes nos dice la licenciad de paternidad es un descanso remunerado reconocido por el legislador como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. No ha sido concebido como un beneficio caprichoso, sino como un derecho que tiene la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales del menor a través de la asistencia, cuidado y amor que debe recibir por parte de su padre. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.⁸⁸

La licencia remunerada de paternidad opera en favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, resultando claro por los pronunciamientos de esta Corte, que dicha licencia también debe ser

⁸⁶El padre tendrá permiso de lactancia si la madre no trabaja (18/10/2010) <http://laboro-spain.blogspot.com/2010/10/el-padre-tendra-el-permiso-de-lactancia.html>

⁸⁷Corte Colombiana Sentencia T- 158-02.

⁸⁸ Corte Colombiana Sentencia T- 709-03

reconocida a los padres adoptantes independientemente de la edad del menor y de la relación de pareja legal o extralegal del padre adoptante.

La Corte pone de relieve que el derecho a la licencia de paternidad constituye no solo un derecho derivado del interés superior del menor, sino también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a la familia y del derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad.⁸⁹ La interpretación sistemática del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, permite concluir que la única condición que impone la norma para el otorgamiento de la licencia de paternidad es la acreditación de la condición de padre a través del registro civil de nacimiento del menor, de conformidad con el inciso 5º del parágrafo 1º del art. 1º mencionado, y no exige por tanto demostrar la condición de cónyuge o compañero permanente de la madre, esto es, sin importar la condición o vínculo legal o jurídico del padre respecto de la madre.⁹⁰

Esta Corte ha consagrado el reconocimiento de la licencia de paternidad, esencialmente con base en los siguientes argumentos: (a) el interés superior del niño, que constituye un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores, en el que una de las formas principales en que se garantiza este interés superior al recién nacido es la garantía del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto con ello se le posibilita al menor el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. De esta manera, la licencia de paternidad permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional; (b) el derecho fundamental de los niños al cuidado y al amor que si bien tiene una directa e intrínseca con el principio del interés superior del niño, se encuentra primeramente a cargo de la familia y la sociedad, como también subsidiariamente del Estado, siendo los primeros obligados a dar protección y amor al niño sus padres; (c) el nuevo concepto de paternidad y el papel del padre en la garantía plena de los derechos del menor, que reconoce que si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar, resalta la importancia del hecho de que el padre se involucre activa, consciente y responsablemente en la crianza de sus hijos, brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, como parte esencial de la

⁸⁹ Corte Colombiana Sentencia T- 709-03

⁹⁰ Corte Colombiana Sentencia T- 709-03

garantía de los derechos del menor; (d) la especial naturaleza y características de la licencia de paternidad, sobre la cual, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que este derecho constituye un desarrollo y una aplicación del principio del interés superior del menor, como también del derecho al amor y cuidado de los niños y niñas, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que “garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad; (e) el reconocimiento de la licencia de paternidad igualmente a los padres adoptantes; y (f) la licencia de paternidad como derecho fundamental y subjetivo del padre.⁹¹

Concluyó la Corte que el objetivo del Legislador respecto de este derecho consiste en que, “compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole iniciar su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno-filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad

Como podemos concluir la Corte Colombiana ha sido innovadora, y sentado las base para el reconocimiento mundial de la licencia. También el Tribunal de la Unión Europea sentó su precedente.

Hasta la fecha no hay fallo de la Justicia Argentina que se expidan sobre algún sobre la ampliación de la licencia por paternidad y el rol fundamental que cumple el padre con la llegada de un nuevo integrante de en la familia, sin embargo es un tema de mucha actualidad que ha sido incorporado tanto en las nuevas leyes como así también en numerosas convenciones colectivas de trabajo.

12. Licencias convencionales por paternidad.

Se han logrado avances significativos en la incorporación a la negociación colectiva de los temas relativos de la licencia por paternidad, sobre todo en lo que hace a su ampliación y al apoyo de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre. La negociación colectiva se ha convertido en un ámbito muy importante para la promoción de igualdad de oportunidades en el trabajo, son elementos que pueden facilitar el avance de la legislación nacional relativo a la igualdad de oportunidades,

⁹¹Corte Colombiana Sentencia T- 709-03

eliminando las normas discriminatorias que aun se encuentran en vigencia. Un número importante de cláusulas reafirma la importancia de las convenciones colectivas de trabajo, registrándose un número importante de cláusulas que amplían los derechos consagrados en la ley como de algunos otros que logran establecer nuevos derechos.⁹²

De los Convenios Colectivos de Trabajo celebrados durante el periodo 1996-2000, el 26% se ocupan de la licencia por paternidad, en lo que hace a su ampliación.(Litterio, 2010 p. 216)

A modo de ejemplo podemos mencionar el Convenio Colectivo 124/75 de Periodistas de los Noticieros de la Televisión en el mismo de otorga a los trabajadores 4 días de licencia especial por nacimiento de hijo.

El Convenio Colectivo 2338/2001 de Conductores y Personal auxiliar de remises y autos al instante confiere al trabajador 4 días corridos de licencia especial por nacimiento de hijo, contados a partir del alumbramiento.

El Convenio Colectivo 689/2005 de Aeronavegantes reconoce el permiso con goce de sueldo por nacimiento de hijos en una duración de tres días.

El Convenio Colectivo 523/2007 de Cine otorga al trabajador 3 días corridos de licencia extraordinaria con goce de sueldo por nacimiento de hijo.

El Convenio Colectivo 528/2008 correspondiente a los taxistas también concede al trabajador 3 días corridos de licencia especial paga por el nacimiento de hijo.

En la Universidad Nacional de General Sarmiento, en un acuerdo paritario de los gremios docentes ADIUNGS y no docentes APUNGS, se acordó reconocer a los padres el derecho a una licencia de 30 días;

En la Universidad Nacional de La Plata se acordó para el caso de los docentes la licencia por paternidad de 5 días.

Otros antecedentes de este tipo se encuentran en acuerdos firmados por trabajadores municipales de varios distritos argentinos. Entre ellos, en el municipio de Morón se acordó una licencia de 20 días para los padres; en Tierra del Fuego, 15 días; en Neuquén y Córdoba de 10 días de licencia por paternidad.

13. Proyectos legislativos en materia de licencia por paternidad.

⁹² Negociación Colectiva e Igualdad de Género. Oficina Internacional del Trabajo [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02\[art-3\].pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama02[art-3].pdf)

En su contenido las reformas propuestas varían, pero todas coinciden en la necesidad de otorgar mayores plazos de licencias a padres y madres para el cuidado de los hijos, así como en equiparar los derechos y responsabilidades de ambos en las tareas de cuidado.

A continuación se enumeran algunas modificaciones que proponen estos proyectos que cuentan con estado parlamentario:

Expediente 3926-D-85 presentado por Alberti Lucía Teresa en fecha marzo de 1985 con respecto a la Licencia por Paternidad, el mismo se le da un papel esencial al padre en la formación del hijo. Consagra que el padre debe compartir con sus hijos todos los momentos importantes y es trascendente el primer intercambio entre padres e hijos, jerarquizando la función del padre en ámbito participativo de la vida familiar. La licencia propuesta es de 10 días corridos a continuación de los días correspondientes por nacimiento de acuerdo a la legislación vigente, con goce de haberes.

Expediente 5539-D-00 de Méndez de Medina Lareu Catalina de fecha julio de 2000 cuyo título es Ley 20.744 y modificaciones del Régimen de Contrato de Trabajo. Propone autorizar a ceder a favor del padre de su hijo los derechos del estado de excedencia, pudiendo hacerlo en forma total, parcial o alternativamente.

Expediente 4002-D-02 de Gutiérrez Francisco de fecha mayo de 2002 en el mismo propone Modificaciones a la ley 20.744 de Contrato de Trabajo estableciendo al padre una licencia paga por el tiempo que dure el período de descanso de la mujer posterior al parto, es decir que consagra una licencia por paternidad de 45 días o mas según los casos.

Expediente 7050-D-02 de fecha octubre de 2002 firmada por Lugo de González Cabañas Cecilia titulado Modificaciones a la Ley 20744. Plantea conceder 5 días corridos de licencia especial por nacimiento de hijo.

Expediente 4844-D-03 de fecha octubre de 2003 titulado Régimen de licencias por paternidad y maternidad, firmado por González Oscar donde propone conceder al padre trabajador 15 días corridos de licencia por nacimiento y diez días corridos de licencia por embarazo de su mujer, compañera o concubina antes del nacimiento con percepción de haberes.

Expediente 3058-D-05 de fecha agosto de 2005, titulada Modificación del artículo 158 sobre licencia por paternidad en el mismo se establece al trabajador una licencia por

nacimiento de hijo de 10 días corridos. El proyecto se encuentra firmado por Giubergia Miguel.

Expediente 3980-D-05 presentado por Barbagelata María Elena en fecha septiembre de 2005 titulado Modificaciones a la Ley 20744 de Contrato de Trabajo. Ley de Derechos de madres y padres en el trabajo. Dice conceder al trabajador padre como licencia por paternidad los últimos 30 días de licencia posparto o de licencia de guarda con fines de adopción, con conservación del empleo y percepción de asignaciones y la licencia posterior al parto prevista para la madre, en toda su extensión en caso de fallecimiento de la madre en ocasión o como consecuencia del parto.

Expediente 3149-S-03 de fecha Septiembre de 2003, que establece la modificación del artículo 158 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo sobre licencia por paternidad concediéndole al padre 20 días corridos para estar con su hijo, duplicándose el lapso de tiempo en caso de nacimiento con discapacidad.

Expediente 1174-S-06 presentado por Perceval María en fecha Noviembre de 2006 titulado Modificaciones a la Ley 20744 de Contrato de Trabajo. Protección a la maternidad y paternidad en el empleo o trabajo urbano, en el mismo concede al trabajador 10 días de licencia por nacimiento u obtención de guarda con fines de adopción, lapso que se extiende en casos especiales.

Expediente 2301-S-07 titulado Modificaciones de la Ley 20.744 de fecha Octubre de 2007, respecto a la licencia por paternidad, en dicho proyecto se plantea conceder al trabajador 30 días corridos de licencia por paternidad o adopción, período que se duplica en el supuesto de nacimiento con discapacidad, el mismo debe ser pagado por el empleador.

Los mencionados ejemplos son solo algunos de los proyectos mencionados en alusión a la modificación de la Ley de Contrato de trabajo con respecto a la licencia por paternidad. Asimismo, existe actualmente un dictamen aprobado en el Senado en el que se resumen distintas iniciativas parlamentarias. Este proyecto se encuentra en la Cámara Revisora.

14. El Proyecto de Ley con media Sanción en el Senado.

El proyecto de Ley aprobado mediante Dictamen OD-326. Correspondiente al año 2010 toma en consideración distintos proyectos y sus puntos fundamentales son:

-Sustituye la denominación del Capítulo II del Título VII de la Ley N° 20.744 por la siguiente: “Capítulo II: De la protección de la maternidad y de la paternidad” y la denominación del Título VII de la Ley N° 20.744 por la siguiente: “Título VII: De la protección de la familia y Del trabajo en relación al género” Modifica en iguales condiciones los arts. 113 al 118 de la Ley N° 22.248. Modifica asimismo la Ley 24714 de asignaciones familiares.

-Incorpora la licencia por adopción

-Extiende la prohibición de trabajar al padre luego de los 5 días posteriores al nacimiento del hijo o de la notificación fehaciente del otorgamiento de la guarda con fines de adopción.

-La licencia por maternidad se amplía en caso de nacimiento o guarda por adopción múltiple a 30 días más por cada hijo a partir del segundo.

-Permite que tanto la madre como el padre puedan hacer uso de la licencia posterior al parto, aún cuando su hijo naciere sin vida.

-Contempla los siguientes casos como causas de ampliación de la licencia por maternidad:

-Nacimiento Pre término

-Nacimiento de bajo o alto Riesgo

-Nacimiento o guarda con fines de adopción de hijo con discapacidad.

Los dos últimos permiten asimismo la extensión de la licencia por paternidad.

. Prevé la transferibilidad de estas licencias al padre en caso de fallecimiento de la madre dentro de los 60 días del nacimiento del niño o de la co-guardadora dentro de igual plazo a contar desde la notificación fehaciente de la resolución judicial de la guarda con fines de adopción; o cuando fuere adoptante único.

. Asigna estabilidad laboral tanto al hombre como a la mujer así como el goce de los beneficios de la seguridad social a partir de la notificación del embarazo o del comienzo de los trámites judiciales a los fines del otorgamiento de la guarda con fines de adopción.

. Dispone indemnización agravada para el hombre o mujer por causas de maternidad, paternidad o embarazo. Este se presume cuando fuese dispuesto dentro de del plazo de

siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando aquel haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo, nacimiento o inicio de los trámites para la obtención de la guarda con fines de adopción, según sea el caso.

. Otorga descansos diarios por lactancia tanto a la madre biológica, como a la adoptante. Prevé la posibilidad de que el padre pueda utilizar estos descansos en casos de fallecimiento de la madre.

Como propuesta de modificaciones para sumar a las ya contenidas en este proyecto se podría enunciar una licencia por paternidad con mayor extensión aún (el proyecto prevé tan sólo 5 días que continúan resultando insuficientes).

Lamentablemente solo hablamos de proyectos porque hasta el momento ningún proyecto ha obtenido la aprobación de ambas Cámara del Congreso de la Nación, por lo tanto no son ley. Las presiones de los grupos empresariales que verían afectadas sus ganancias ante un mayor costo, los pocos programas de formación, difusión y concientización de la sociedad sobre el tema, el desinterés de los legisladores y la poca presión los agrupaciones laborales provoca que los proyectos queden en la nada misma.

15. Recapitulación: Conclusiones

La idea de adecuar la licencia por paternidad encuentra su razón de ser en la necesidad de promover una mayor participación de los padres. Se debe generar conciencia respecto al beneficio que aporta este aspecto a la familiar ya que genera un mayor desarrollo de los vínculos interfamiliares.

Entre otros puntos, el proyecto del Senado habilita a los hombres a ausentarse cinco días de sus trabajos en caso de nacimiento o adopción de un hijo, a diferencia de la norma actual, que fija dos días corridos para esos casos.

Además, la iniciativa transfiere la licencia al padre en caso de fallecimiento de la madre y contempla casos de nacimientos múltiples, el nacimiento o la adopción de hijos con discapacidad y los nacimientos antes de término o con riesgo.

La reforma abarca la cuestión de la lactancia y otorga a la madre o al padre -en este caso por adopción o muerte de la progenitora- la posibilidad de elegir libre sus horarios.

Los proyectos son varios, lo cierto es que es fundamental que se sancione un nuevo instituto de licencias que contemple los derechos familiares. Se requiere de una acción que promueva los nuevos roles parentales y la dedicación equitativa de los padres y madres a la hora de planear la crianza de sus hijos e hijas.

Sin duda, hay un cambio de paradigma familiar, ambos progenitores trabajan y colaboran en la crianza de sus hijos e hijas desde el nacimiento. Los padres comparten el cuidado de sus hijos, el cambio del modo de pensar con nuestros predecesores es concluyente.

Sin duda se trata de proteger los vínculos parentales, la igualdad de los progenitores, por lo que se es necesario adoptar un lenguaje acorde a la realidad social imperante.

Desde la reforma constitucional del año 1994, se han incorporado a través del art. 75 inc 22 cuantiosos instrumentos de derechos humanos. La consagración de preceptos para la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres se complementa con la obligación de promover las medidas de acción positiva que garanticen esa igualdad real y el pleno goce de los derechos constitucionales.

La Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer establece en el art. 11 punto 2 (4) que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para asegurar la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

El Convenio 156 de la OIT, de 1981, relativo a las responsabilidades familiares, establece la obligación de los Estados miembros a adoptar políticas que posibiliten a los trabajadores con responsabilidades familiares que ejerzan su derecho sin ser objeto de discriminación y sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y laborales.

La incorporación de los varones al tema de los cuidados de los hijos requiere estímulo de la política de Estado, de las leyes, en especial en las normas que regulan la vida laboral de varones y mujeres.

En los países más desarrollados, una primordial herramienta mediante la cual se ha logrado la mayor participación de los padres en la crianza y el cuidado de niños y niñas ha sido la licencia por paternidad.

Se necesita ampliar la licencia parental. Como es obvio dos o cinco días son insuficientes. Históricamente los varones han estado impedidos de ejercer labores consideradas como femeninas.

Para lograr la tan igualdad entre varones y mujeres en el mundo laboral es indispensable analizar las transformaciones socioculturales de las últimas décadas.

Tener un hijo o hija es sin duda de una trascendencia que no admite comparación. La participación de los padres en la crianza de los hijos amerita el dictado de una legislación que le permita al hombre estar presente durante los días previos al parto acompañando a la mujer y al recién nacido colaborando en el seno familiar.

El primer vínculo que se logre establecer entre los progenitores (biológicos o adoptivos) y el hijo o la hija es fundamental.

El Estado tiene la obligación de generar los cambios necesarios para mejorar la calidad de vida de sus habitantes, así como promover las leyes que tengan como objetivo proteger a los mismos desde la concepción.

Resulta necesario aplicar el principio de igualdad, los valores de equidad y justicia, debiendo concluirse que el resguardo y el fortalecimiento de los vínculos familiares es un acto que compromete a los padres por igual. Si la ley llega a cambiar y se les otorgan cinco días a los padres no es un cambio ya que es una licencia insuficiente para una crianza compartida.

No es una cuestión individual o de cada pareja o familia en particular sino de todos los integrantes de la sociedad lo que se traduce en la imperiosa necesidad de reformar el régimen de licencia por paternidad.

Es el Estado quien debe hacerse cargo de los costos al igual que la licencia por maternidad, solo en ese supuesto existiría una verdadera reforma integral.

CAPITULO V

CONCLUSIONES FINALES

1. Recapitulación.

En la complejidad de las sociedades modernas, en las que vivimos, resulta necesaria la creación de instituciones que otorguen a los trabajadores herramientas jurídicas que les permitan gozar de deberes y derechos en un entorno de libertad y en un marco de igualdad respetando la dignidad humana, sosteniendo una visión de sociedad, familia y hombre globalizada encaminando todos sus esfuerzos hacia la de protección y la previsión.

El ámbito laboral es sólo uno de las diversas esferas o ámbitos donde las personas actúan o se relacionan, siendo uno del más importante dado la gran cantidad de tiempo que el trabajador pasa en su empleo. Por ello es necesario compatibilizar la vida familiar, social y laboral, mediante el otorgamiento de determinados derechos, pero en un contexto de igualdad.

Los derechos laborales de los trabajadores deben ser concedidos conforme a las aspiraciones que de sí misma va construyendo la comunidad. Las instituciones que se van generando deben procurar orgánica e institucionalmente el bien común y éste debe inspirarse, al menos tácitamente, en una visión del hombre trabajador y la familia.

Las normas del derecho laboral deben garantizar la existencia de sistemas de protección y previsión que garanticen a las personas un sólido nivel de garantías tuteladas a partir de la creación de diversos derechos.

En nuestro trabajo pudimos observar que en la Ley de Contrato de Trabajo existe una total desprotección de las madres adoptivas, quienes legalmente adquieren todas las obligaciones y derechos que les asignan las legislaciones de carácter privado y público, existiendo una gran laguna dentro del derecho laboral. Actualmente, se deja sin protección durante el periodo de la inserción familiar y social a la madre adoptante y a su hijo adoptado. Por ello planteamos la imperiosa necesidad de lograr la equidad y la igualdad de las madres adoptivas trabajadoras. Otorgarle derechos a la madre adoptante

impactaría favorecer tres pilares concretos de la sociedad: el de los padres que han adoptado, el del hijo que ha recibido un hogar, el de la familia que se fortalece y consolida y el de la sociedad que tiene en la familia a su célula original. Las familias son el núcleo social básico por excelencia en el cual se funda la educación de mejores ciudadanos y constituye la iniciación de seres humanos en la conquista de valores.

Concretarlo produciría el afianzamiento de una sociedad democrática, incluyente y humanista, y sobre todo mucho más justa, permitiría a la célula original de la sociedad ser ayudada y defendida.

La ley debe tratar igual a los iguales, no debe otorgar tratos diferenciados y, en consecuencia, discriminatorios a las personas que por decisión propia han tomado la determinación de adoptar un hijo. La realización de estas medidas exige la concurrencia de diversos actores económicos, políticos y sociales. Los gobernantes tienen el deber y obligación de jugar un papel preponderante en la construcción de un sistema de protección social que abone en favor de la prevención y protección de los gobernados.

Avanzando en nuestro trabajo nos encontramos con los nuevos paradigmas en materia de derechos laborales, los cuales apuntan a las responsabilidades familiares compartidas entre padres y madres, por la alta incidencia que ello tiene en la crianza de los niños, pero también como mecanismo de garantizar un trato igualitario entre los dos adultos. Así lo establecen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que pudimos analizar, en particular los que previenen, evitan y condenan el tratamiento discriminatorio, los que protegen la Maternidad y el Convenio 156 de la OIT sobre Responsabilidades Familiares. También vimos como ante la ausencia de protección numerosos convenios colectivos de trabajo otorgan mejoras a los superando las previsiones legales para mejorar a los trabajadores y trabajadoras.

El objetivo hoy en día ya no es que las mujeres compatibilicen su papel de empleadas con el de cuidadoras, sino que hombres y mujeres asuman responsabilidades compartidas, por ello se necesita que una ampliación proporcional de la licencia por paternidad. Ese salto, es el que todavía no se ha dado en ningún país del mundo en su totalidad, aunque algunos han dado sus primeros pasos, como hemos podido analizar en nuestro trabajo, pero lo que es grave en la mayoría de los países no parece estar cerca, entre ellos el nuestro.

Lo que nos planteamos es que se trata de un cambio en el comportamientos pero la dificultad se presenta cuando las personas se resisten a abandonar los roles de género heredados de sus ancestros que es la madre cuidadora y el padre trabajador. Ante este argumento es necesario un cambio de pautas culturales profundamente arraigada si queremos construir una sociedad más justa e igualitaria.

Los legisladores para evadir el tema nos plantean el argumento de la libertad de elección y argumentando que el Estado no debe inmiscuirse en las elecciones personales y familiares, en nuestro trabajo vimos proyectos de ley presentados pero ninguno ha logrado la sanción de ambas Cámaras del Congreso Nacional y por lo tanto no fueron convertidos en ley, los legisladores evaden o se “olvidan” de los ellos. En la misma línea tenemos a los grandes empresarios empleadores que cuestionan el gasto económico que generan las licencias, en una sociedad ultra capitalista otorgar mayores licencias irían en contra de su esencia misma.

La discriminación en el otorgamiento de las licencias por maternidad (biológica o adoptiva) y paternidad son piezas claves en todo el engranaje que consolida las desigualdades entre hombres y mujeres. Esta importancia radica en la incidencia que tienen las misma en ese momento crucial en el que se instalan los roles de género en el seno de la pareja, se conforman las relaciones de apego con la criatura y se ofrece un determinado modelo al resto de los niños/as de la familia y del entorno.

La equiparación de los derechos de ambos progenitores es un emblema de la igualdad total. Muchas otras reformas son necesarias para la corresponsabilidad y para el mantenimiento de hombres y mujeres en el empleo de calidad pero sería un paso muy importante para empezar y continuar posteriormente con mayores reconocimientos.

La igualdad total no solamente es deseable, justa y posible, sino también la única vía para una sociedad justa y sostenible.

Las leyes tienen su razón de ser en los fenómenos de la convivencia y el concepto moral que sobre ellos refleja la conciencia humana. ¿Cuándo una sociedad reclama o exige la sanción de la ley? Se trata de considerar al derecho de una manera nueva y fecunda, como un elemento vivo, continuamente progresivo de la vida social. El legislador está obligado a penetrar hondo en las necesidades del pueblo para que las leyes sean una expresión de un verdadero estado de derecho...

Reformar de la Ley de Contrato de Trabajo en materia de licencia por maternidad y paternidad, contemplando la maternidad no biológica y otorgando una licencia por paternidad equiparada a la licencia por maternidad son los desafíos que los legisladores deben lograr en un futuro lo muy lejano porque son realidades sociales que ya no se pueden evadir...

Habrà que dejar que el tiempo nos demuestre como se resuelve esta puja constante entre las licencias laborales más justas y equitativas y la economía de mercado ultra capitalista en la que vivimos...

Habrà que esperar que se haga efectivo el cambio de paradigma con respecto a la madre cuidadora y el padre trabajador. Necesitamos de una apertura al reconocimiento...

Habrà que plantearse cuanto nos falta aún para ser una sociedad realmente justa, igualitaria y democrática...

Conocer nuestros derechos es un camino para poder ejercerlos. No obstante, si bien el conocimiento es un elemento necesario, no es suficiente si no está sostenido por acciones que hagan posible la cabal concreción de los derechos laborales de las y los trabajadores en todas sus dimensiones. Para que esto sea una realidad, se deben ejecutar programas de formación y difusión, apuntando además a una conformación de redes que fortalezcan este intercambio, y poniendo el eje en el valor del trabajo decente como elemento organizador de la identidad y la estimación de las personas, sin vulnerar los derechos de empleador, de manera equitativa y justa.

Los trabajadores deben ser protegidos, siendo es el estado, quien debe intervenir soportando los gastos sociales que le acarrea a un empleador otorgarle una licencia por adopción y una licencia por paternidad más amplia con goce de haberes. El estado debe contribuir a los empleadores o reducir los aportes para que no sean tan costos y de esta manera puedan otorgarse licencias más integrales y prolongadas, equilibrando los gastos para que los mismos ya no sean tan onerosos para la patronal.

Definitivamente el presente trabajo nos ha demostrado contundentemente la necesidad de una legislación que implante el principio de igualdad en materia de licencia por maternidad y paternidad con la finalidad explicita de la protección de la familia e implícita de evitar todo tipo cualquier tipo de discriminación.

BIBLIOGRAFÍA.

LEGISLACIÓN:

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

CONVENIO N° 103 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.

CONVENIO N° 111 SOBRE LA DISCRIMINACIÓN, EMPLEO Y OCUPACIÓN.

CONVENIO N° 156 SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRABAJO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES.

CONVENIO N° 183 SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

LEY 20.744 DE CONTRATO DE TRABAJO

LEY 26727 LEY DEL TRABAJADOR AGRARIO

LEY 26.844 LEY DE EMPLEADAS DOMESTICAS

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

RECOMENDACIÓN N° 111.

RECOMENDACIÓN N° 165.

RECOMENDACIÓN N° 191.

DOCTRINA:

ACKERMAN MARIO (2005) Tratado del Derecho del Trabajo. Tomo III. Santa Fe. Ed. Rubinzal- Culzoni.

ACKERMAN MARIO-TOSCA DIEGO. (2008) Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires. RubinzalCulzoni, 2008. Tomo I.

ALTAMIRA GIGENA RAUL ENRIQUE- COSTAMAGNA OLIVIO RUBEN-SACCANI CARLOS HONORIO (2008) Las Suspensiones De Algunos Efectos del Contrato de Trabajo. Santa Fe: Ed. Rubinzal- Culzoni.

ALVEAR CAMILA, (2008) Los supuestos costos laborales extras del trabajo de la mujer <http://www.rsc-chile.cl/igualdad-de-genero/costos-laborales-extras>

ABRAMO LAÍS (2006) Negociación colectiva y equidad de género en América Latina: nuevos desafíos para la acción sindical.<http://www.revele.com.ve/pdf/cendes/vol18.pdf>

ASEPRESA Francia. Nuevo permiso de paternidad, del 19/12/2001.

BELLUSCIO AUGUSTO CESAR (1998), Manual de Derecho de Familia. Tomo I y II, Buenos Aires, Depalma.

BRAZELTON T. BERRY (1994), Su Hijo: momentos claves en su desarrollo desde el periodo prenatal hasta los seis años. Norma. Colombia.

BASE DE DATOS DE LA OIT SOBRE LAS LEYES RELACIONADAS A LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y DEL EMPLEO. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.

CAAMAÑO ROJOEDUARDO(2012) Algunos antecedentes sobre los orígenes y la expansión de la protección legal de la mujer trabajadora http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200004&script=sci_arttext

CALANDRINOALBERTO A. (2008) El derecho del trabajo y la lucha por el derecho de la maternidad adoptiva a la biológica. La Ley Patagonia 2006-2007. Avellaneda, Bs. As. Enero 2008.

CARLIS MARÍA FABIANAGARAVANO CLAUDIA (2011) Cuestiones sobre adopción: Protagonistas y Procesos Informe de Investigación [http://www.hcdiputadosba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..\[1\].pdf](http://www.hcdiputadosba.gov.ar/osl2011/actividades/eventos_especiales/U.N.LU.%20-%20Informe%20Final..[1].pdf)

CATARDOLUIS ALBERTO(2000) Las suspensiones en el Contrato de Trabajo. Licencia por maternidad y estado de excedencia. Las suspensiones en el Contrato de Trabajo.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Información sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE.

D'ANTONIO DANIEL HUGO (1998) Régimen Legal de la Adopción. Santa Fe. RubinzalCulzoni

DIÓDORO JOSÉ SILLER ARGÜELLO. El reconocimiento de los derechos laborales de las madres adoptivas. <http://www.fundacionpreciado.org.mx/biencomun/bc189-190/DJ-Siller.pdf>

DEL VECCHIO GIORGIO. (1952) La justicia. Buenos Aires. Depalma. 1952.

EL PADRE TENDRÁ PERMISO DE LACTANCIA SI LA MADRE NO TRABAJA (18/10/2010) <http://laboro-spain.blogspot.com/2010/10/el-padre-tendra-el-permiso-de-lactancia.html>

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES MODIFICADO POR LA LEY ORGÁNICA 3/2001.<http://www.aceprensa.com.art.cgi?articulo=988>.

EXTIENDEN A 15 DÍAS LA LICENCIA POR PATERNIDAD EN EL SECTOR JUDICIAL (2008)www.elsalario.com.ar/main/mujer/licencia-por-paternidad.

FERNÁNDEZ MADRID JUAN CARLOS (1992) “Tratado de Derecho del Trabajo”, FEYDE, La Ley Bs. As., T 1, 1992.

HEECK ALFRED Y NIPPERDEY HANS. (1963) Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid. Editora Revista de Derecho Privado. 1963. Traducción de M. Rodríguez.

LINARES JUAN FRANCISCO. (1942) El derecho Natural y su invocación en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Ley. Sección Doctrina. 1942.

LITTERIO LLIANA HEBE, (2010) Las Licencias Paternales en el Empleo Privado. Santa Fe: Ed. Rubinzal- Culzoni.

LOPEZ ANIORTE MARIA DEL CARMEN (2000) La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica. Desde <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

LUENA MARÍA TERESA, (2012) El régimen de licencias parentales en la Ley de Contrato de Trabajo. Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de AbeledoPerrot 2012-4-282

<http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/11/10/2012/doctrina-del-dia-el-regimen-de-licencias-parentales-en-la-ley-de-contrato-de-trabajo-la-posibilidad-de-su-adequacion-en-base-a-la-nueva-realidad-social-y-las-normas-internacionales>.

MARTI Y CHINCHILA, Políticas familiares en España: un estudio comparativo con el resto de Estados Miembros de la Unión Europea.

MARTINEZ VIVOT JULIO, (2000) La discriminación laboral. Despido Discriminatorio. Unidad del Salvador. Buenos Aires

NÚÑEZ PILAR -CORTÉS CONTRERAS (2010), La suspensión del Contrato de Trabajo por maternidad y paternidad en la nueva ley orgánica de igualdad. www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/21902/31144.pdf?sequence=1

OIT, Maternity at work: a review of national legislation. Findings from the ILO'S S. Conditions of work and Employment Database.

OIT, NATLEX.
http://www.oit.org/dyn/natlex_browse.details?p_lang=es&p_country=CHL&p_classification=05.02&p_origin=SUBJECT.

OIT, Negociación colectiva e igualdad de género, bajado de http://www.oit.org.pe/portal/documentos/te3_negociacion_colectivapdf, 4-1-2007

OIT. Perfil de Derecho Laboral Nacional: Italia. http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/ll/np_htm.

OIT, Perfil del Derecho del Trabajo nacional: República Federal de Alemania.

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO (1978) "Principios del derecho del trabajo", Edit. De Palma, Edic. 1978

PARLAMENTO EUROPEO, Comisión de derechos de la Mujer e igualdad de oportunidades. Informa sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada. (2003/2129)

PODETTI HUNBERTO A - BANCHS IRENO E, (1980) Trabajo de Mujeres. Comentario a los art. 172 a 186 de la Ley de Contrato de Trabajo. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

POSNER ROBERT. (1998) Análisis Económico del Derecho, Buenos Aires, Fondo de Cultura económica. 1998.

PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD DE SECTOR PÚBLICO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. <http://www.upcndigital.org/~archivos/pdf/bibliotecavirtual/cdn/igualdad/maternidad.pdf>

RAMIREZ BOSCO LUIS E, (2000) Para una introducción al derecho del Trabajo. Buenos Aires, Educa. 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

RECLAMAN EXPENDER LA LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD.<http://postnatalde6meses@hotmail.com/> www.postnatalde6meses.blogspot.com

REZZÓNICO JUAN CARLOS. (1999) Principios fundamentales de los Contratos. Justicia y equivalencia en las prestaciones. Buenos Aires. Astrea. 1999.

RODRÍGUEZ LAURAY TABAK NICOLÁST. (2008) La Adopción: Fantasías y Verdades http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/La_adopcion%20nicolas%20tabak.pdf

RODRIGUEZ MANCHINI JORGE (2007) Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada. Tomo III. Buenos Aires. La Ley.

RODRIGUEZ PIÑERO MIGUEL, (1999) La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

RUSSO SANDRA (2004) Licencia por paternidad. <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-04-25/contratahtm>, 21-10-2004.

SARDEGNA MIGUEL ANGEL, (1999) Artículo 81 en la Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas. Comentada. Anotada. Concordada, 2da edición, actualizada y aumentada. Universidad de Buenos Aires.

SERVICIO DOMÉSTICO (2012). <http://www.ele-ve.com.ar/Servicio-domestico,35674.html>

TOSELLO CARLOS ALBERTO- GRASSIS PABLO MARTÍN- FERRER JUAN IGNACIO. (2006). Violencia en las Relaciones Laborales (Discriminación- Mobbing- Acoso Sexual) Córdoba: Editorial Alveroni.

UGARTE CATALDO JOSE LUIS. (2001) Análisis Económico del Derecho. El derecho Laboral y sus enemigos. Buenos Aires. Fundación de Cultura Universitaria.2001.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR, GUÍA DE DERECHO LABORAL

VAZQUEZ MARIA C. (2000) Publicación Doctrinaria: La Protección de la Maternidad No Biológica. Desde <http://www.legalmania.com>. Fecha de consulta: 15/08/2012.

WALKER LINARES F. (1964) Esquema del Derecho del Trabajo en Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. N° 52. Universidad de Chile. Chile 1964.

JURISPRUDENCIA:

CÁMARA NACIONAL DE TRABAJO SALA IV. “Fernández, Marcela Noemí c/ BAS SA” Carpeta DT, 4298. La Ley.

CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO SALA III. “Del Pino Florencia c/ Galeno Prevención Médica SAC” DT 1994-B, 1203.

CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO SALA III. “Rebecchi Cristina C/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido” La Ley. 30/11/95.

CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO SALA V. “CME c/ Alexander Flening SA” JA (2000-III-169).

CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO SALA V. “Casusa Margarita c/ A. F. SA”. T y SS, 1999-1164.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 21/04/1941. Dordal, José Calderón y Roperó. Fallos 161:237.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 28/03/1962. Mata José M. Ferretería Francesa. Fallos 252:160.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COLOMBIANA.Sentencia T-158-02.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COLOMBIANA Sentencia T-709-03

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 22/10/1937, “Quinteros c/Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179: 113, Considerando 4°.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 20/07/1938, “Rusich, Elvira c/Introducción Buenos Aires”, *Fallos*: 181:209 y J.A., tomo 63, pág. 34.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 16/06/1961, “Roldan c/Borras”, *Fallos*: 250: 46.

U.S. Supreme Court, 1941 “United States v. Darby”, 32 US 100.

INDICE SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	3
--------------------------	----------

CAPITULO I:

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1. La protección Laboral y La Discriminación.....	6
2. Legislación Nacional en materia de licencia por paternidad y maternidad.....	10
2.1 Artículo 158. Clases.....	10
2.2 Artículo 177. Prohibición de Trabajar. Conservación del Empleo.....	11
3. Las licencias en el Nuevo Régimen Trabajador Agrario.....	11
4. El Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el personal de Casas Particulares.....	13
5. Conciliación de la vida familiar y laboral.....	14
6. Las Exclusiones de la Ley de Contrato de Trabajo.....	16
7. La exclusión de la licencia por adopción en la Ley de Contrato de Trabajo...	18
8. La breve licencia por paternidad en la Ley de Contrato de Trabajo.....	19
9. Motivos para la no inclusión. Límites a la protección laboral.....	20
10. La resistencia de la economía al cambio de las licencias por maternidad y paternidad.....	23
11. Costos laboral de las licencias.....	25
12. Recapitulación. Conclusiones.....	26

CAPITULO II:
LA LICENCIA LABORAL.

1. La licencia. Concepto. Finalidad Clases.....	29
2. Evolución histórica y social.....	30
3. La licencia por maternidad. Derechos y deberes.....	31
4. Licencia por paternidad Derechos y deberes.....	33
5. Regulación constitucional de la Licencia. Principio de igualdad.....	34
6. Documentos Internacionales.....	35
6.1 .Declaración Universal de Derechos Humanos: Igualdad y familia.....	35
6.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Igualdad y Protección a la Maternidad.....	36
6.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discriminación, Familia y Maternidad.....	36
6.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualdad y defensa del niño.....	37
6.5. Convención sobre los Derechos Del Niño. Defensa del niño.....	38
7. Convenios con la Organización Internacional del Trabajo en materia de Licencia.....	38
7.1 Convenio N° 103 sobre la Protección de la Maternidad.....	39
7.2 Convenio N° 156 sobre trabajadores Con Responsabilidades Familiares.....	40
7.3 Convenio N° 183 sobre la Protección de la Maternidad.....	40
7.4 Recomendación N° 191 sobre la Protección de la Maternidad.....	44
8. Recapitulación. Conclusiones.....	46

CAPÍTULO III:

LA LICENCIA POR MATERNIDAD NO BIOLÓGICA.

1. La evolución legislativa en materia de adopción.....	49
2. Equiparación de los hijos biológicos y adoptivos.....	50
3. Régimen civil en materia de adopción.....	51
4. Licencia por adopción. Fundamentos.....	52
5. Licencia por Adopción en los regímenes excluidos de la Ley 20.744.....	55
5.1 La licencia por adopción en el sector público.....	55
5.2 Licencia por adopción en el Régimen Agrario.....	56
5.3 Régimen del Personal Domestico.....	57
6. Evolución jurisprudencial de la licencia por maternidad no biológica.....	58
7. Tratados internacionales, protección del menor y adopción.....	60
7.1 Convención de los Derechos del Niño.....	60
7.2 Pacto de San José de Costa Rica.....	61
7.3 Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	61
7.4 Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional.....	61
8. Convenios de Organización General del Trabajo.....	61
8.1 Convenio N° 156 sobre los trabajadores Con responsabilidades familiares.....	62
8.2 Convenio N° 183 sobre la protección de la maternidad.....	62
9. Derecho Comparado y licencia por adopción.....	62
10. Convenios Colectivos de Trabajo.....	66
11. Proyectos de Ley para modificar Ley de Contrato de Trabajo.....	67
12. Recapitulación. Conclusiones.....	73

CAPITULO IV:

LA BREVE LICENCIA POR PATERNIDAD.

1. Licencia por paternidad biológica.....	75
2. Licencia por paternidad adoptiva o por adopción.....	75
3. Licencia por paternidad “especial”.....	76
4. Finalidades de la Licencia por paternidad.....	77
5. La nueva concepción de la paternidad. Cambio cultural.....	78
6. El primer cambio: Nuevo Régimen Agrario.....	79
7. La licencia por paternidad en los Instrumentos internacionales.....	81
7.1 Declaración Universal de Derechos Humanos. Igualdad y Familia.....	81
7.2 Convención sobre Derechos de Niño. Participación Paterna.....	81
7.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos Familia. Equivalencia de Derechos.....	81
8. Convenios con Organización Internacional del Trabajo en materia de licencia por paternidad y responsabilidad familiar compartida.....	82
8.1 Convenio N° 111. Recomendación N° 111 Principio de no discriminación.....	82
8.2 Convenio N° 156 y Recomendación N° 165. Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras.....	82
8.3 Convenio N° 183 y Recomendación N° 191. Figura del padre.....	83
9. Derecho Comparado en el permiso por paternidad.....	83
9.1 Alemania.....	83
9.2 España.....	83
9.3 Francia.....	83
9.4 Italia.....	84
9.5 Portugal.....	84
9.6 Suecia.....	84
9.7 Países Bajos.....	84
9.8 Brasil.....	85
9.9 Chile.....	85
9.10 Colombia.....	85
9.11 Cuba.....	85
9.12 Estados Unidos.....	86

9.13 Paraguay.....	86
10. Jurisprudencia comparada sobre el permiso de paternidad.....	86
11. Licencias convencionales por paternidad.....	89
12. Proyectos legislativos en materia de licencia por paternidad.....	90
13. El Proyecto de Ley con media Sanción en el Senado.....	92
14. Recapitulación. Conclusiones.....	94

CAPITULO V:

CONCLUSIONES FINALES

1. Recapitulación.....	97
------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación.....	101
2. Doctrina.....	102
3. Jurisprudencia.....	105

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Santamaría Patricia Soledad
E-mail:	Patricia_s_santamaria@yahoo.com.ar
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“El régimen discriminatorio de la Ley de Contrato de Trabajo en materia de licencia por maternidad y paternidad”
Título del TFG en inglés	“The discriminatory rule of the labor contract law relating to maternity and paternity leave”
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	Proyecto de Investigación Aplicada
Integrantes de la CAE	Patricia Sansinena – Juan Mocoeroa
Fecha de último coloquio con la CAE	13 de junio
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	WORD

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

Si, inmediatamente

Si, después demes(es)

No autorizo

Firma del alumno