



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

PROYECTO DE DECLARACION

La Honorable Cámara de Diputados de Buenos Aires

DECLARA

Que vería con agrado que el Poder Ejecutivo se dirija al Congreso de la Nación a fin de promover la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo para que sea incluida la licencia por adopción en el régimen de licencias ya establecido.



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

FUNDAMENTOS

El tema en estudio implica relacionar dos ramas del derecho (el Derecho Laboral y el Derecho de Familia).

En nuestro país existen un conjunto de normas jurídicas laborales referidas a la maternidad biológica, que se expresan a través de leyes y decretos que tienen el común denominador de ser considerados concesiones que benefician a la mujer y al hombre - en menor medida-

Adquieren las formas de licencias otorgadas a fin de facilitar, permitir, (o bien, no entorpecer), la inauguración de un período de tiempo que se caracterizará por un pleno desarrollo de la función de crianza inherentes a la madre o al padre de un niño recién nacido, hijo biológico.

La mayoría de los textos hablan del goce de la licencia. Ello da una pauta clara de que se trata de una concesión beneficiosa para la mujer que se encuentra inmersa en el proceso de materner a un niño, ya sea antes de su nacimiento o en forma posterior al mismo, llamados éstos, periodos de pre y post-parto.

Las normas que contemplan estas licencias, establecen la cantidad de días, el momento del inicio de las mismas, los procedimientos que deberán seguirse para su otorgamiento y la identificación de la autoridad concedente del beneficio. Cuando se trata del nacimiento de hijos gestados biológicamente, se observa que existe coincidencia en la mayoría de los regímenes de licencia, (laborales y de carácter administrativo provincial y nacional) salvo algunas excepciones que contemplan una mayor cantidad de días «y también una mayor flexibilidad en cuanto a su instrumentación.

1.1. Normas laborales relativas a la maternidad y al nacimiento:

En materia de Derecho Laboral, en pos de la protección de los niños recién nacidos, se dispone lo siguiente:

- Artículo 183 y siguientes de la ley de Contrato de Trabajo (Estado de excedencia)
- artículo 177 Ley de Contrato de Trabajo (Prohibición de trabajo femenino en época cercana al parto)
- artículo 158 Ley de Contrato de Trabajo (Licencia especial por nacimiento):

1.2. Un análisis del lenguaje utilizado:

Resulta sumamente interesante detenerse en el análisis del lenguaje utilizado en los textos de las normas que hacen referencia a estas licencias.

Cuando se habla de la madre como sujeto del derecho de la licencia, los períodos de inicio o de finalización están directamente relacionados con «el parto», siendo por lo general la autoridad otorgante de la licencia, algún Departamento Médico con la intervención de algún agente médico. (profesional de la salud)

Esto nos está diciendo como, un acto de vida tan trascendente y tan humano como el del nacimiento, es concebido como un acontecimiento, o como un estado estrechamente vinculado al concepto de enfermedad o de salud. Se necesita de la intervención de un médico que verifique y certifique tanto el embarazo como el parto y el estado posterior de la parturienta, conforme transcurran los días hasta que se la considere en condiciones de retornar a una vida laboral activa, (el que tendrá que ser determinado por un médico). Esta ha sido una de las consideraciones en la que se han originado las licencias por maternidad, con un notable peso de los aspectos vinculados al concepto de salud y con base preponderantemente organicista. Es una rémora muy similar a la concepción de que el período menstrual de la mujer es un estado de enfermedad, avalado aún culturalmente, y no como una condición natural femenina.

Sin embargo, no es intención cuestionar la semiología de las licencias por maternidad, sino poner de relieve cuan importante es para la vida de las



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

personas el momento del nacimiento de un nuevo ser por el cual sus padres van a continuar -si sus padres son los biológicos- o a iniciar -si son adoptivos-, un proceso de vinculación que necesita de un espacio y de un tiempo despojado, en lo posible, de otras actividades o preocupaciones que insuman o resten a ese espacio y a ese tiempo necesarios para (dicho) el proceso de vinculación que representa la filiación, como es, en el caso que nos ocupa, la actividad laboral.

1.3. El espacio y el tiempo necesarios en el proceso de adopción, y para ambos padres adoptantes:

Estimamos que existe suficiente conciencia y comprensión cuando del nacimiento del que hablamos es el de un hijo concebido biológicamente.

Por el contrario, percibimos que esta conciencia disminuye notoriamente cuando se trata del inicio de un periodo de guarda por adopción, que sería el equivalente a ese nacimiento biológico. Aquí, todo lo relacionado con la salud enfermedad, con el parto, con lo orgánico, desaparece.

Sin embargo, el espacio y el tiempo necesarios, o mejor dicho, imprescindibles, al que aludíamos antes, es idéntico o aún mayor en cuanto a su imprescindibilidad. La Licenciada en Psicología Eva Rotenberg, en su libro «Adopción, el nido anhelado», nos ilustra magistralmente al respecto, cuando dice **«la adopción es un proceso que no acaba con el trámite en sí mismo, por el contrario, comienza mucho antes, desde el momento en que la pareja desea y decide adoptar un niño, después de haber renunciado a la esperanza de embarazo y termina.... bueno, creo que es imposible decir si termina algún día a propia re-elaboración interna, del mismo modo como no se deja nunca de ser padre y madre, sino que se va creciendo con los hijos, solo que van cambiando las funciones a través del tiempo.»**

Estos conceptos reflejan cómo las funciones paternas tienen un comienzo, que es posible precisar, pero de difícil fijación de un límite en cuanto a su finalización.

En nuestro régimen legal, (ley en sentido estricto), en materia laboral no existe licencia por adopción, lo que pareciera reflejar la dificultad apuntada.

En cuanto a derecho administrativo provincial y nacional, esta licencia existe pero es tan disímil, que resulta evidente que nadie se ha abocado a tratar de merituar la relevancia de ese tiempo y de ese espacio, necesario no ya para la madre o para el padre, sino para el proceso que involucra la adopción como modo de acceder o hacer realidad un proyecto de vida como es el de ejercer las funciones parentales.

Otros conceptos de la misma autora nos son útiles para destacar la importancia del espacio y del tiempo que demanda la adopción y que trasciende el mero reconocimiento del valor de una licencia para la madre o el padre.

Al abordar conceptos relacionados con la necesaria «preparación psicofísica» nos dice: «Las parejas tienen nueve meses para ir preparándose para recibir el bebé. Los cambios corporales de la mujer y las actividades concretas, como comprar la cuna, ropita, y otras cosas, colaboran con la aceptación y la toma de conciencia del crecimiento de lo que sucede en la panza, influyendo directamente en la relación de pareja, acompañando a los cambios internos. Es decir, al pasaje de pensar y proyectar para tres, en lugar de hacerlo para dos como antes. El bebé al nacer ya tiene una historia corporal-vivencial, conoce el sonido de la voz materna. Cuando un bebé es adoptado, tiene que acostumbrarse a la mamá, al ritmo, al sonido, a los olores. También la mamá empieza a conocer y descubrir a su bebé. Es un descubrirse juntos. El bebé cuando es adoptado ya tiene un montón de vivencias personales, más aún si ya es grandecito; los padres que lo adoptan tienen una experiencia de vida anterior que va a afectar en el manejo y en el conocerse, diferente a si lo hubieran tenido ellos. Este pasaje de dos a la inclusión de un tercero, es un proceso que va acompañado por un cambio interno, por una «anidación» interna que asemeja a una «anidación extrauterina» que es tan fundamental para la formación del psiquismo, como lo es la formación intrauterina.

Al introducir estos conceptos, el de la anidación interna y el de la anidación extrauterina, estamos realizando un pasaje, un desplazamiento del eje sobre el



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

cual gira la idea de la licencia por maternidad para la madre, para colocar ahora este eje en la necesidad de proteger y preservar esa anidación extrauterina, donde el bebé adquiere un protagonismo tan o más importante que el de la mamá. Ahora, es la díada madre-bebé la que precisa que la aniden.

La madre también necesita sentirse anidada, por su pareja o por otros adultos que la contengan. Es oportuno aquí, señalar que, cuando hablamos de la mamá y del bebé, está siempre incluido el papá. No hay un bebé si antes no hubo una pareja. Una mujer necesita del amor de un hombre y un hombre el de la mujer, porque los seres humanos nacen de un vínculo y necesitan de un vínculo para vivir. El tiempo que se necesita para que la anidación se produzca en términos de salud mental, es ahora el tiempo que dispondrá la madre, el bebé y el padre, valorado, reconocido y concedido por una licencia, ya no sólo como un derecho, sino como una medida que tiende a proteger una experiencia tan vital como la de la inauguración del estado de paternidad-maternidad.

1.4. La ausencia de licencia por adopción en el derecho laboral: en el plexo normativo nacional, en el derecho laboral, tenemos la asignación familiar por adopción, prevista en la ley 24.714, artículo 6 y 13.

Conforme artículo 13 de dicha ley, «La asignación por adopción consistirá en el pago de una suma de dinero que se abonará al trabajador en el mes que acredite dicho acto ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada de seis meses.» Y conforme artículo 18 de la ley 24.714, inciso g), la asignación ascendería a la suma de pesos mil doscientos (\$ 1.200).

Sin embargo, siempre a nivel general nacional, no existe una licencia por maternidad o paternidad adoptivas, que asimile la paternidad adoptiva a la biológica en este aspecto, lo que no significa que no corresponda otorgar el beneficio de la licencia a los trabajadores adoptantes como lo demostraremos a continuación.

De los puntos anteriores deducimos que si bien la licencia por adopción no figura en las leyes de trabajo (en sentido estricto); en leyes, en sentido amplio, está justificada.

Valoración socio-laboral de la falta de licencia por adopción en la relación de trabajo.

Adentrarnos al mundo de la protección laboral a la maternidad y paternidad adoptivas nos invita, por así decirlo, a hacerlo en dos fases o dimensiones que forman un parte de un mismo concepto. Una, la faz potencial y otra, la faz activa del interés Superior del Niño entendido como el reconocimiento pleno de sus derechos.

La faz potencial es la establecida, entre otros, en el artículo 5º de la Declaración de los derechos del niño, de las Naciones Unidas:

«En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño, por personas distintas de sus propios padres, el interés superior del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración primordial». A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dice en su artículo 3: «En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

Actualizar estas normas es la otra faz. En el caso que nos ocupa, es empaparse y consustanciarse con esta ideología, en pro de la familia adoptiva, que recibirá en su seno a un niño/a que no pudo ser retenido por su familia biológica.

Los legisladores cumplen aquí una función trascendente social y jurídicamente ya que a ellos les compete dictar normas que garanticen a este niño/a poder crecer y desarrollarse dentro de una familia sana y preparada.

Otorgarles a los guardadores una licencia para que en el período de guarda preadoptiva puedan afianzar el nuevo estado familiar, es una manera de colaborar para que el tiempo necesario de la vinculación sea lo más exitoso



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

posible. Es de destacar que durante este período que la ley fija en un mínimo de seis meses, los Equipos Técnicos en Adopción cumplen un rol fundamental como auxiliares de los Jueces al realizar los acompañamientos necesarios a la nueva tríada conforme las características del caso.

Por otra parte, desde el punto de vista de la dimensión socio laboral, el derecho a una licencia por maternidad-paternidad en caso de la adopción de un Hijo/a, no es otra cosa que una cuestión de justicia social, que se establece a través de la igualdad ante la ley, y la igualdad de oportunidades, propia de la naturaleza humana. Igualdad consagrada en nuestra Constitución nacional y en el ordenamiento jurídico internacional a través de la Declaración de los Derechos Humanos y de la equivalencia y responsabilidad de los padres que surge de los contenidos de la Convención de los Derechos del Niño.

Se debe tener en cuenta que ambos integrantes de la pareja parental, no son sólo pilares fundamentales del sistema familiar, sino la fuerza activa, ambos contribuyendo en forma casi igualitaria con aportes económicos, a la manutención del hogar (las mujeres constituyen el 40% de la población económicamente activa). Además, por otro lado, son igualmente responsables y tienen igual carga parental obligatoria.

A lo largo del análisis realizado, surge claramente que en la legislación argentina las licencias por maternidad se han establecido para las mujeres, madres biológicas, y en casos excepcionales para los padres biológicos, disponiéndose algunos beneficios similares, excepcionales, para el caso de madres que adoptan.

En el caso de los ordenamientos legales laborales privados el legislador no ha contemplado este último Ítem como importante.

Regidos los trabajadores privados por ley de Contrato de Trabajo, la legislación argentina ha omitido incluirlo, produciéndose un estado de desigualdad en el ámbito laboral, entre los trabajadores que prestan sus servicios en el sector público y quienes lo hacen en el sector privado.

De esta manera, se acentúa más aún una desigualdad con respecto a los derechos de los hijos adoptivos, que de alguna forma quedan discriminados respecto a los derechos y beneficios de los hijos biológicos.

Teniendo en cuenta que el principio de igualdad tiende a eliminar todo tipo de discriminaciones arbitrarias en situaciones objetivamente similares, el Estado -entre cuyos objetivos debe estar el alcanzar el bien común- no ha cumplido a través de la legislación actual este principio; frustrando de esta manera, la protección social que debe a la familia como institución básica de la sociedad y como espacio donde se contiene y conforma la personalidad de los hijos, sean éstos biológicos o adoptivos.

Es por todo lo expuesto que solicitamos la aprobación del presente proyecto.

ANEXO

Instrumento nacional:

- Constitución nacional: artículos 16 y 14 bis.



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

Instrumentos internacionales:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que los Estados partes reconocen la necesidad de conceder a las familias la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución (artículo 1º).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer por el cual los Estado firmantes se comprometen, en su artículo 11, a adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo.
- Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 18 establece que los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones.
- OIT, Convenio 156 sobre la «Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares», aprobado por Argentina en 1986. En sus artículos 3º, 7º y 8º respectivamente indican las personas con responsabilidades familiares tiene el derecho a desempeñar o aspirar a un empleo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.”
- La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995
- Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer
- Conferencia General de la OIT en la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000, que sostuvo «la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño», y donde en particular, se contempló un «proyecto de ley de licencias indistintas para maternidad/paternidad, adopción y enfermedad de los hijos y las hijas», equiparando el vínculo biológico con el adoptivo.

Fallos de la justicia:

- Tribunal del Trabajo de San Carlos de Bariloche, a través del expediente 18.462/06: La acción fue deducida a raíz de que la madre —trabajadora en relación de dependencia— solicitó a su empleador el otorgamiento de la licencia por maternidad, que le fue denegada por cuanto no existe norma vigente que contemple el beneficio para el caso de adopción. En un fallo del 11 de mayo de 2006, el Tribunal resolvió hacer lugar al amparo interpuesto, declarando que la presentante —madre adoptiva— tenía derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción un menor
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 7 Dra. María Carrión de Lorenzo, 14/12/2005, expediente 41476/ 2005 - «B. G. el EN - Consejo Magistratura PJJN s/ Amparo ley 16.986». «La maternidad es una sola, y no importa la vía que se elija para serlo», dijo la jueza en el fallo en que se otorga el beneficio de la licencia por adopción. A empleada de la Secretaría de Jurisprudencia. (Nota Clarín del 17-12-05).



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

- Cámara del Trabajo de Bariloche, la medida benefició a María Cecilia Villarroel, vecina de Bariloche a la que la Hotelera Lago Sur S.R.L había negado una licencia por maternidad. La empresa negó el beneficio por cuanto «no existe norma vigente que contemple la licencia en caso de adopción». En el fallo ordenan a la empresa para la que trabaja que le conceda 90 días de licencia por maternidad, y a la ANSES que le otorgue la protección social vigente. «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», afirmó la sentencia. Además aclaró que le corresponde a la justicia «cubrir el vacío legal» que impide que se aplique «en ambos casos el mismo régimen laboral.»
- Sala X de la Cámara Nacional de Apelación del Trabajo de la ciudad de Buenos Aires: en la causa «Trípodi Graciela», la mayoría del tribunal, sostuvo «tanto la maternidad por adopción como la biológica tienen el mismo valor moral y merecen la misma atención de la ley.»

Legislación especial:

- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ley 471 y modificatorias artículo 23:
- Provincia de Buenos Aires: ley 10.579 artículo 114 / decreto 2988/03
- Provincia de Buenos Aires: ley 10.430 artículo 38
- Provincia de Buenos Aires: ley 11.757 artículo 45 inciso A
- Provincia de Córdoba: decreto 2.805/92 reglamentario de artículo 19 de ley 4.356.
- Decreto 366/2006: Convenio Colectivo Sector No Docente de las universidades nacionales.
- Provincia de San Juan: ley 6.694.

* Leyes especiales, o particulares de un sector, son antecedentes importantes a tener en cuenta

Resoluciones:

- Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: resolución 438/06.

Iniciativas legislativas:

- Proyecto de ley: expediente S-1695/00 - Senado de la Nación - Sapag F
- Proyecto de ley: expediente S-1490/00 - Senado de la Nación – Palacios
- Proyecto de ley: expediente D-3283/05 - Diputados de la Nación – Payad V
- Proyecto de ley: expediente D-1984/07 - Diputados de la Nación - Galvalisi y otros
- Proyecto de ley: expediente D-195/05 - Diputados de la Nación - Herdia, con media sanción pasó al Senado el 29 de noviembre de 2006 unifica los expedientes: D-195/05, D-512/05, D-1.335/05, D-1.410/05, D-2.138/05, D-2.977/05, D-3.058/05, D-3.283/05, D-3.966/05, D-3.980/05, D-5640/05, D-1.5/06, D-440/06, D-899/06, D-1.573/06, D-1.734/06, D-1.825/06, D-



Provincia de Buenos Aires
Honorable Cámara de Diputados

2.115/06, D-2.957/06, D-3.136/06, D-3.375/06, D-3.546/06, D-3.566/06, D-3.860/06, D-4.025/06, D-4.268/06,

En el mundo.

Según informó la oficina local de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

- Noruega: los padres adoptivos cuentan con licencias de 49 semanas o 39 semanas, percibiendo el 80 por ciento o 100 por ciento de su remuneración respectivamente.
- España: los adoptantes cuentan desde 1999 con licencia paga por 16 semanas, con la opción de ampliarla a partir del segundo hijo.
- Chile: los padres adoptantes pueden gozar de 12 semanas de licencia.
- Dinamarca: la licencia de adopción dura 14 semanas
- .Finlandia: 74 días.
- Francia: una empleada que recibe en guarda un niño con miras a adoptarlo tiene derecho a una licencia de 10 semanas, contadas a partir de la fecha de la llegada del niño al hogar, de 22 semanas en caso de adopciones múltiples y de 18 semanas si con la adopción del menor el número de chicos en la familia se eleva a tres.
- Ejemplo de algunos países con respecto a la legislación respecto a las licencias por maternidad biológica o adoptiva.