

## PROYECTO DE LEY

### Licencia por maternidad para la madre no gestante.

**Artículo 1:** Modifíquese en el Capítulo II el artículo 177 de la Ley N° 20.744 Ley de Contrato de Trabajo, el que quedará redactado del siguiente modo

#### CAPITULO II

##### De la protección de la maternidad

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.

Garantízase 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.

La madre no gestante tiene el derecho a gozar de la licencia familiar por nacimiento equivalente al de la madre gestante, según el régimen laboral que corresponda o los convenios colectivos de trabajo más favorables.

**ARTICULO 2:** Comuníquese al poder ejecutivo.

**Hernán Pérez Araujo**  
**Diputado Nacional**

## FUNDAMENTOS

### Señor Presidente:

Con el presente proyecto se busca modificar en el Capítulo II el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo referido a la protección por maternidad, otorgando a la madre no gestante una licencia por maternidad según el régimen laboral que corresponda o los convenios colectivos de trabajo más favorables, equiparando así, a la madre gestante con quien no da a luz, no haciendo distinción alguna y teniendo como finalidad única, el cuidado conjunto e igualitario del niño/a desde su nacimiento.

Asimismo, conlleva el propósito de resguardar los derechos de los/as niños/as nacidos/as en el marco de familias conformadas por dos madres, y el de las progenitoras en condiciones de igualdad en lo que respecta al ejercicio conjunto de la maternidad llevada a cabo por una pareja de madres, además de subsanar la falta de legislación al respecto, asumiendo y readecuando nuestro ordenamiento a las nuevas realidades respetando el derecho reconocido constitucionalmente como lo es el derecho a “la familia” dentro de una sociedad multicultural.

Argentina, en los últimos años, se ha comprometido en el avance progresivo y en la conquista de derechos de las personas LGBTI+ siendo el primer país en América Latina en legalizar el matrimonio igualitario con la sanción de la Ley 26.618, en el año 2.010. Así también se sancionó la Ley 26.150 de Educación Sexual Integral; la Ley 26.892 “Abordaje de la conflictividad en las instituciones educativas”, que tiene como objetivo orientar la educación hacia criterios que eviten la discriminación, fomenten la cultura de la paz y la ausencia de maltrato físico o psicológico en la escuela e impulsar estrategias y acciones que fortalezcan a las instituciones educativas y sus equipos docentes, para la prevención y abordaje de situaciones de violencia en las mismas. También se ha adoptado la Ley 23.592 de “Actos Discriminatorios”, sancionando a quien “impida, obstruya, restrinja” libertades o garantías.

Asimismo, el derecho a la familia, ha sido el campo jurídico que ha sufrido numerosos cambios en los últimos años, tal así, que han sido receptados en la reforma del nuevo Código Civil y Comercial el año 2.015. Dentro de dichos avances la responsabilidad parental se encuentra regulada en nuestro Código Civil y Comercial en el art. 638 el cual define como “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo”, no haciendo diferenciación alguna cuando ésta es ejercida por dos personas del mismo sexo, estando el cuidado del niño, niña a cargo de ambos progenitores/as indistintamente de su género, orientación y sin hacer distinción alguna entre quien gesta y da a luz y de quien no. Ambos/as tienen los mismos derechos y obligaciones en relación a él/a niño/a. Siguiendo esta línea de ideas y ya en materia de deberes y derechos sobre el cuidado de los/as hijos/as nos establece que el cuidado personal son “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” no haciendo distinción alguna y estando en armonía con el

paradigma “No discriminatorio” contemplado en el mismo cuerpo legal, donde Ricardo Lorenzetti nos lo explica: “la igualdad se manifiesta también en el desmontaje de las distinciones que resultan discriminatorias, incluyendo categorizaciones, palabras y textos. Por ello se han incluido reglas generales de interpretación no discriminatoria, como el art. 402, que dispone que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.<sup>1</sup>

El derecho a la familia, como bien jurídico a proteger, luego de la reforma del año 1994, se encuentra consagrado en el art. 14 bis nuestra Constitución Nacional que establece: “*En especial, la ley establecerá: la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*”. Armonizándose así con la manda supranacional de diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 16 “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*” en el mismo sentido El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*” No indica la Convención a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en este instrumento internacional.

Este último instrumento fue ratificado por argentina por ley N° 23.054 adquiriendo así jerarquía internacional. En su primer artículo establece la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención además deben, los Estados, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona “*sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Seguidamente el art. 2 compromete a los Estados partes a adoptar disposiciones legislativas cuando los derechos y libertades estipulados en el art. 1 no estuviesen garantizados. Dicho artículo, haciendo una comprensión del texto, se encuentra en consonancia con el desarrollo progresivo en el art. 26 donde los Estados se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En relación al cuidado de los/as hijos/as, bien sabemos que nuestro ordenamiento jurídico brinda especial protección al niño/a desde su nacimiento, y en su primera infancia, es por ello que es importante señalar otros instrumentos de jerarquía constitucional como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

---

<sup>1</sup> Introducción al Código Civil y Comercial. Ricardo L. Lorenzetti.

Culturales y la Convención del niño. El primero de ellos, no dice que “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 constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”, y por último la Convención del niño, en su preámbulo: “La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Como vemos, ambos reconocen a la familia como elemento natural y fundamental, pero, además, dan un abordaje específico en cuanto al cuidado, protección, asistencia, para la sujeción de sus responsabilidades parentales y en cuanto a las obligaciones dentro de la sociedad como lo es el trabajo y la educación de los/as hijos/as en familias donde las responsabilidades parentales es llevada a cabo por madres.

De este modo, y en cuanto al rol del Estado en el deber de establecer políticas legislativas dando respuestas a las nuevas realidades, en la Conferencia Internacional del Trabajo (98<sup>o</sup>) en el marco de la O.I.T, relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, en el punto de “*los motivos que justifican la igualdad de género en el trabajo*” se estableció que la misma “es una cuestión de justicia social y se funda en un enfoque basado en los derechos y la eficiencia económica. Cuando todos los actores de la sociedad pueden participar, hay muchas más probabilidades de lograr la justicia social y la eficiencia económica, así como el crecimiento económico y el desarrollo. Se han de determinar y salvar los obstáculos culturales, económicos y sociales a fin de lograr el respeto de los derechos humanos de la mujer. La discriminación por razón de sexo a menudo interactúa con otras formas de discriminación. Habría que establecer políticas y programas para hacer frente a las múltiples formas de discriminación contra la mujer. Existe una estrecha vinculación entre las tasas de fecundidad, una mejor educación, la elevada participación de las mujeres en la fuerza de trabajo y las políticas de no discriminación destinadas a alcanzar un equilibrio entre las responsabilidades laborales y familiares. Nunca se recalcarán lo suficiente las ventajas que se obtendrían de lograr la igualdad de género facilitando el acceso a una educación de calidad y al desarrollo de las calificaciones, a la formación profesional y al aprendizaje permanente para crear una fuerza de trabajo competitiva. Se podrá lograr el trabajo decente cuando existan oportunidades de empleo productivo y de calidad para las mujeres y los hombres. Las estrategias deberían tener en cuenta la perspectiva del ciclo de la vida, prestando especial atención a las situaciones de transición en la vida de las mujeres y los hombres”.

Estos cambios, han tenido como pilares el principio de igualdad y no discriminación, en el principio de libertad e intimidad, el principio de realidad, en el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, el derecho a vivir en familia, el principio de solidaridad familiar. Todo ello se debió al gran avance y desarrollo que se venía dando en el marco de los Derechos Humanos, consagrando lo que se conoce como la constitucionalización del derecho de familia, y teniendo como objetivo máximo la protección de la persona.

Con el presente proyecto también estamos afianzando el reconocimiento de los principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos plasmados en los principios de Yogyakarta. Dicho documento tiene por objetivo entonces, orientar la aplicación de la legislación internacional de derechos

humanos en materia de diversidad sexual. En cuanto al derecho de formar una familia el Principio 24 establece que toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Pero, además, seguidamente despeja cualquier tipo de dudas aclarando que “Existen diversas configuraciones de familias” interpretándose el concepto “familia” en un sentido amplio.

Ya en cuanto a derecho al trabajo “toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Ahora bien, a modo de reflejar lo que sucede en instancias judiciales, ante el silencio, o negativa de la administración al rechazar el beneficio de licencia por maternidad a madres no gestantes, podemos reflexionar que ante un vacío legal evidente la respuesta es la limitación, la restricción y la constante vulneración de derechos, surgiendo la necesidad de legislar en la materia.

En el año 2018 y ante la negativa de la Ciudad de Buenos Aires, la justicia le ordenó a dicha jurisdicción otorgarle una docente, licencia por maternidad siendo madre no gestante en el marco de un matrimonio igualitario. (N., G. M. contra GCBA sobre medida cautelar autónoma). Para conceder el beneficio la jueza fundamentó que “*la licencia por maternidad no tiene en miras si la mujer a la cual se le otorga resulta ser la madre gestante o no, sino el interés superior del niño o niña y su derecho a poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico*”, además debe ser interpretada armónicamente con los nuevos derechos de parentalidad, que no distinguen el género ya que el matrimonio igualitario fue reconocido por la ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 y por el art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nacional”. Por otro lado, citó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con jerarquía constitucional, en particular en lo referido a La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se afirmó que en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental, se proclamó como principio que todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño y que el bienestar del niño depende del bienestar de la familia.

En este mismo sentido de ideas, pero en provincia de Buenos Aires en el año 2018 y ante el silencio de la administración, el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, obligó al Estado de Buenos Aires a otorgar una licencia por maternidad a una madre no gestante empleada de la agencia de Recaudación de la mencionada provincia. En cuanto a los argumentos, se hace hincapié en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, CCyC. Además la abogada particular al ser consultada por medios de comunicación reflexiona en cuanto a las responsabilidades parentales, cuestionando la desigualdad en el cuidado y crianza de los hijos/as diciendo: “*Está establecida como un binomio, con rol madre/padre, mujer/ varón. Va en contraposición a la nueva ley de matrimonio igualitario, a la ley de identidad de género, de fertilización asistida. Es un régimen de familia heteropatriarcal, donde a las mujeres se les concede 90 días mientras que al padre sólo 3. Ubica a la mujer en un rol de cuidado de los hijos y al hombre en el lugar de proveedor. Eso también genera una situación de desigualdad ante las nuevas conformaciones de familia y también para las familias heterosexuales*”.

En Mendoza en el año 2019, posteriormente ante la negativa del gobierno, la justicia finalmente le otorga licencia por maternidad a una madre no gestante dependiente del ministerio de seguridad mendocino. En dicho fallo al fundamentar el Juez cita todos los tratados internacionales de Derechos Humanos y la necesidad de adoptar los conceptos de diversidad de familia y de elección de género, y sobre todo da prioridad a la igualdad diciendo: *“en el caso concreto no cabe priorizar un aspecto médico, sino como se dijo más adelante, la igualdad entre los miembros de la familia evitando todo trato discriminatorio contra de sus miembros”*. *“Se infiere que en el caso particular debe priorizarse la igualdad de los miembros de la familia, con independencia de su género, principio consagrado no sólo en la ley de matrimonio igualitario sino también en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación y que constituye una premisa válida para todo tipo de estructura familiar en tanto reviste el carácter de un derecho humano, legal, convencional y constitucionalmente reconocido”*.

En Río Negro en el año 2021, ante la negativa de la administración, se le otorga a una madre no gestante licencia por maternidad siendo ella dependiente de la policía de la provincia de Río Negro ( Expte. N° CI-00485- L-2021). Dicha resolución se fundamenta en la ley de identidad de género, matrimonio igualitario, los nuevos derechos de parentalidad reconocidos por el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Interés Superior del Niño, en el mandato imperativo de No Discriminación y *“en que las licencias por maternidad no se vinculan con las gestaciones”*. Además el tribunal hace especial mención a un principio que debe entenderse como pro derechos, sin limitación alguna cuando la norma no lo hace, *“cabe recordar que “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir –ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus-” conforme reiteradamente lo viene sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos (Fallos: 294:74, 304:226; 333:735), siendo claro e insoslayable que si el legislador hubiera querido hacer distinciones, lejos de expresarse en términos generales, hubiese expresamente hecho las salvedades o excepciones pertinentes”*.

Tener presente casos como los expuestos también nos permite reflexionar de la funcionalidad preventiva del principio de “no discriminación” contemplado en diversos instrumentos internacionales (declaración universal de los derechos Humanos art. 7; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos) ambos ratificados por nuestro país.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Respecto al mencionado principio, el Comité de Derechos Humanos ha emitido un comentario general a este artículo, respecto de la no discriminación, disponiendo que el art. 26 *“establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar porque se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la*

aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”.<sup>2</sup>

Si bien en los precedentes citados se hizo lugar a la petición de ampliar la licencia por maternidad de mujeres no gestantes, las decisiones de los magistrados se han fundado sobre todo en la ausencia de una regulación expresa, la necesidad de regular la misma y en consecuencia, la aplicación de los principios generales del derecho.

Entonces nos encontramos que frente a la falta de una regulación específica que consigne licencias a “madres no gestantes”, por analogía en los casos reseñados se ha decidido otorgar la licencia por maternidad que consigna nuestro artículo 177 de la LCT o Convenios Colectivos específicos de cada actividad.

Señor presidente, el otorgar licencia familiar por nacimiento a la madre no gestante no solo es aprobar una ley, y estar en sintonía con los diversos instrumentos que tienen jerarquía constitucional cumpliendo así con la manda constitucional y supranacional, sino que, además, le estamos dando un verdadero valor simbólico de suma importancia, visibilizando y quitando una barrera que restringe y discrimina a las mujeres trabajadoras que deciden proyectar una vida en común y formar una familia. Estamos dando respuesta a las nuevas realidades existentes en nuestra sociedad mediante la conquista de derechos teniendo como sustento el respeto al derecho a la vida, a la intimidad, a las diversas formas de familias, como bien jurídico y social a proteger.

Como bien sabemos, la sociedad se transforma y con ella el derecho. Es por ello que, teniendo las herramientas, debemos asumir la obligación de acompañar los cambios estructurales brindando los mecanismos para derribar los obstáculos formales existentes, que ya sea por el paso mismo del tiempo, por omisión, por silencio, siguen vigentes y obsoletas.

Una solución para no caer en la obsolescencia es que los textos deben interpretarse y aplicarse de conformidad a la evolución de las convicciones sociales y responder a las nuevas realidades sociales. En efecto “Nunca una Constitución, diciendo literalmente lo mismo, significa lo mismo; la razón está en el cambio social; ni son las mismas las preguntas que en la realidad social le dirige a la ley, ni son los mismos los problemas que exigen respuestas teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la ley, ni por tanto son las mismas las respuestas posibles”.<sup>3</sup>

Pero entiendo que, interpretar sobre lo no legislado priva de posibilidades, condicionando a la madre no gestante a solicitar una licencia por maternidad argumentando su condición de “madre”, dando un “por qué” posicionándola nuevamente en tiempos que creo ya han pasado.

Debemos ser responsables en brindar soluciones a los casos como el planteado, señor presidente, tomarlo como punto de partida para evitar futuras restricciones o limitaciones en el ejercicio de derechos parentales. No debemos ignorar estas conductas sociales y nuevas realidades, afianzando el principio fundamental de la

---

<sup>2</sup> El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional. Anne F. Bayefsky (pag 3 y 4)

<sup>3</sup> Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Marisa Herrera.

solidaridad familiar en cuanto a la protección y los deberes y responsabilidades de los progenitores más aún desde el nacimiento del/la niño/a cuando el cuidado es sustancial para su desarrollo.

Por los motivos expuestos, solicito a mis pares acompañen este pedido de informes.

**Hernán Pérez Araujo**  
**Diputado Nacional**