

CAMARAS DE APELACIONES EN LO CIVIL, C-TERCERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 92CUIJ: 13-04828623-7/1((010303-54055))

R. C. M. P/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

104929127

En Mendoza, a los doce días del mes de febrero de dos mil veinte, reunidos en la Sala de Acuerdos, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver los autos N° 54.055 caratulados "R.C.M. p/ medida autosatisfactiva", originarios del Tribunal de Gestión Judicial Asociada n° 4 de Mendoza, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fs. 24/28.

Llegados los autos al Tribunal, expresó agravios el Gobierno de Mendoza a fs. 70/73, con respuesta por parte de la actora a fs. 76/77.

Llamados los autos para sentencia, quedó establecido el siguiente orden de estudio:

Dres. MÁRQUEZ LAMENÁ, AMBROSINI y COLOTTO.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPCCyT, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

PRIMERA CUESTIÓN:

¿Es justa la resolución apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN:

Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. SEBASTIÁN MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:

I. El fallo venido en apelación hace lugar a la medida autosatisfactiva solicitada, ordenando el otorgamiento inmediato de licencia por maternidad a la señora C.R., en los mismos términos que a su cónyuge, señora C.C. Sostiene el Sr. Juez que debe priorizarse la igualdad con independencia de su género, evitando el trato discriminatorio, entendiendo que la ley no distingue entre madres gestantes y no gestantes.

Da cuenta el decisorio que las peticionantes de la medida se encuentran unidas en matrimonio y que en junio de 2018 iniciaron tratamiento de fertilización. En noviembre de ese año, C.C. quedó embarazada a través de inseminación artificial. Según certificado médico, se programó cesárea para el día 24 de julio de 2019.

Considera el sentenciante que las leyes laborales se encuentran desactualizadas y no contemplan el supuesto particular, así como tampoco distinguen entre madres gestantes y no gestantes. Los tratados internacionales y la legislación específica que protege a la mujer prevén el derecho a la maternidad, sin discernir en cuanto a la forma de inicio del vínculo filiatorio.

Las dificultades en el acceso a la licencia por comaternidad de las madres no gestantes muestran los límites del binarismo. La discriminación y la desigualdad es el costo que pagan aquellos que se salen de la norma, quedando excluidos lesbianas y gays, unidos o no en matrimonio, hogares monoparentales y cualquier otro modelo que no se ajuste al del matrimonio heterosexual.

II. Contra la sentencia dictada en la causa, el Gobierno de la Provincia de Mendoza deduce apelación con base en los siguientes argumentos:

Lo decidido resulta arbitrario e incongruente. Viola el derecho de defensa al no haber seguido el trámite del artículo 115 del código procesal.

En el expediente administrativo obrante como prueba, la actora solicitó que se le reconozca y otorgue la licencia prevista en el artículo 223 de la ley 6.722. El Ministerio de Seguridad emitió dictamen aconsejando la denegatoria de lo requerido, disponiendo que en su lugar se haga uso de la licencia prevista por el artículo 237 de la misma ley. La autoridad administrativa no resolvió el pedido. La actora argumentó una urgencia no existente a fin de obtener un pronunciamiento judicial anticipado inaudita parte, lo que constituye un abuso de derecho.

La sentencia resulta arbitraria por cuanto se aparta de las previsiones legales que rigen las licencias del personal policial, sin declaración previa de inconstitucionalidad.

El artículo 223 de la ley citada establece que por maternidad se otorgará licencia con goce de haberes, si se tratare de nacimiento simple, durante los 45 días anteriores a la fecha probable de parto y hasta noventa días continuos después del mismo. Surge claro del texto legal que la licencia protege a la madre gestante, siendo la gestación condición para su goce. Asimismo, el artículo 225 estipula que desde la concepción el personal tendrá derecho a la asignación de tareas que no implique riesgo para su estado, en tanto el artículo 227 dispone que se producirá la extinción de la licencia por interrupción definitiva del embarazo o fallecimiento de recién nacido.

El argumento relativo a que las madres no gestantes gocen de licencias, como es el caso de la adopción, resulta arbitrario puesto que esa licencia tiene expresa previsión normativa (arts. 228 y 229, ley 6.722).

El juez al disponer una licencia como lo hizo se arroga facultades legislativas, violando el principio de división de poderes.

La licencia por maternidad encuentra fundamento legal no solo en el cuidado del recién nacido, sino también en la necesidad de recuperación de la mujer puérpera.

La invocación del interés superior del niño resulta insuficiente para fundar lo decidido. Los derechos no son absolutos, sino que deben ser gozados conforme las leyes que reglamenten su ejercicio.

La licencia por nacimiento prevista en la ley 6722 no se regula como una licencia por paternidad, sino que se encuentra prevista para el progenitor no gestante, independientemente de su género.

III. La parte actora resiste la apelación solicitando su rechazo, con costas. Manifiesta que la demandada carece de perspectiva de género y desconoce el derecho aplicable. Debe priorizarse la aplicación de las convenciones en materia de Derechos Humanos que están por encima de las leyes.

Sostener que no se viola en el caso el derecho a la igualdad, parte de una interpretación patriarcal del Derecho que denota la falta de capacitación en temas de género. Las convenciones CEDAW y Belém do Pará exigen de los magistrados la remoción de todos los obstáculos administrativos y legales que impidan el ejercicio de los derechos. Sus protocolos facultativos ordenan remover los patrones y estereotipos que provocan discriminación, violencia, desigualdad, falta de equidad, declarando la inconstitucionalidad de toda norma que se oponga a los principios de dichas convenciones, sus recomendaciones y a la ley 26.485.

IV. Como punto de partida, tengo presente que la decisión adoptada por el Sr. Juez de primera instancia se encuentra en sintonía con algunos fallos dictados en nuestro país.

Hubo un caso en donde se le reconoció a la madre no gestante, casada con una mujer, el derecho de gozar de la licencia por maternidad, aunque solo con respecto a los días posteriores al nacimiento, ya que se estimó que los días anteriores tienen como finalidad resguardar la salud y descanso de la embarazada. Argumentó el juez que, dada la insuficiencia de la legislación aplicable, debe encontrarse una solución armónica por vía

de analogía con la situación de la gestante (Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata, “P., Y. B. c. INSSJP s/ medida autosatisfactiva”, 27/mayo/2019, La Ley Online AR/JUR/15741/2019). Tal decisorio fue confirmado en segunda instancia (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, “P., Y. B. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP - PAMI) s/ medida autosatisfactiva”, 27/junio/2019, La Ley Online AR/JUR/20629/2019).

En otro fallo, se destacó que la licencia por maternidad -cuando tiene lugar sin gestación ni es consecuencia de una adopción- ha quedado sin previsión jurídica específica. La normativa existente impactaría de modo esencial y mayoritariamente sobre aquellas parejas de mujeres lesbianas o en las que alguno de sus miembros es una persona trans y, por ende, cuenta con una “madre no gestante”. Dada la falta de regulación, no tendría derecho de goce de la licencia por maternidad. En el mismo escollo se encontraría una pareja integrada por varón y mujer que recurren a gestación por sustitución (Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario N° 1 de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “E., B. A. y Otros c. GCBA s/ amparo - impugnación – inconstitucionalidad”, 19/marzo/2019, la Ley Online AR/JUR/385/2019). Sobre tal base, se acordó licencia por maternidad a la madre no gestante.

a) La protección jurídica de la maternidad en las relaciones laborales

Explica la Organización Internacional del Trabajo que las preocupaciones en relación con la protección de la maternidad han sido: a) preservar la salud de la madre y del recién nacido; b) habilitar a la mujer para que pueda combinar satisfactoriamente su rol productivo y su rol reproductivo; c) prevenir el trato desigual en el trabajo debido a su rol reproductivo; y d) promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los varones (véase: OIT - Servicio de Género, Igualdad y Diversidad - Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, “La maternidad y la paternidad en el

trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”, Reseña en castellano del informe completo del año 2.014, solo disponible en inglés).

La OIT ha adoptado tres Convenios sobre la protección de la maternidad, a través de los años. El más reciente es del año 2.000: el Convenio sobre protección de la maternidad (núm. 183).

Dicho convenio protege a la mujer embarazada y a la que se encuentra amamantando. Reconoce que “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” (art. 4.1.). Se agrega que: “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” (art. 4.4.).

Este Convenio no ha sido ratificado por la Argentina. Por ello, en nuestro país, la licencia por maternidad puede ser de plazo más reducido. Así es como existen 90 días corridos de plazo, según el régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo, aplicable al sector privado (art. 177).

En el sector público, la protección de las mujeres trabajadoras es generalmente más intensa. En Mendoza, tratándose de personal policial, la ley 6.722 es la norma aplicable. La previsión legal es la siguiente: “art. 223 - Por maternidad se otorgará licencia con goce de haberes en los casos y términos siguientes: 1 - Si se tratare de nacimiento simple, no prestará servicios durante los cuarenta y cinco (45) días continuos anteriores a la fecha probable de su parto y hasta noventa (90) días continuos después del mismo. En caso de

nacimiento pretérmino o recién nacido de alto riesgo, se acumulará a la licencia postparto el total de días faltantes, hasta completar los ciento treinta y cinco (135) días. En caso de producirse el parto con posterioridad a la fecha prevista, se le asegurará el goce de por lo menos noventa (90) días de licencia desde la fecha del alumbramiento. En caso de nacimiento de recién nacido de alto riesgo que requiera internación durante el período neonatal, los noventa (90) días de licencia por parto, tendrán vigencia a partir del día inmediato posterior al alta hospitalaria del recién nacido superada su patología neonatal”.

¿Es dicha licencia la que le corresponde a una agente madre no gestante?

Es cierto que el citado artículo no habla de embarazo, aunque el art. 227 alude a él cuando dice que se producirá la extinción de esta licencia si aconteciere la “interrupción definitiva del embarazo”. Es la única vez que toda la ley 6.722 habla de “embarazo”. El vocablo “gestación” no aparece en el texto de la ley. Sin embargo, no cabe una exégesis aislada del art. 223. “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2, Código Civil y Comercial).

Se impone recordar que la inteligencia de las leyes debe tener en cuenta el contexto general y los fines que las informan. Con ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma (cfme: CSJN, “Flores, Héctor Alberto”, 26/diciembre/2018, Fallos 341:2015, del dictamen de Procuración al que la Corte remite).

Veamos el régimen general para los empleados públicos de Mendoza: “Establécese el siguiente régimen de licencia por maternidad para 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: a) Ciento veinte (120) días corridos, de licencia por maternidad, pudiendo iniciarse hasta treinta (30) días corridos antes de la fecha probable de parto; b) Ciento veinte (120) días corridos, de licencia por adopción, contados a partir de la entrega del niño; c) Ciento veinte (120) días corridos, a partir del alta hospitalaria del Recién Nacido Prematuro; d) Ciento ochenta (180) días corridos, a la madre de Recién Nacido con capacidades diferentes que necesitan mayor atención física y psicológica, según lo determine la Reglamentación, pudiendo iniciarse hasta treinta (30) días corridos antes de la fecha de parto; e) Ciento ochenta (180) días corridos, a madres con nacimientos múltiples, pudiendo iniciarse hasta treinta (30) días corridos, antes de la fecha probable de parto. Durante su licencia la agente percibirá íntegramente su remuneración, de conformidad con lo previsto en el Art. 38 de la presente ley. Esta licencia no impedirá el otorgamiento de mayores plazos que puedan tener su origen en licencias pagas por razones de salud, si existiera imposibilidad de prestar servicio” (art. 54, ley 5.811).

El régimen de ley 5.811 destaca a “las agentes en estado de gravidez” como sujetos protegidos. La redacción del artículo no es muy cuidadosa, pues incluye allí a la maternidad por adopción, pero no estamos en este caso frente a una filiación por adopción.

Fijémonos ahora qué establece el art. 177 de la Ley 20.744, no porque sea aplicable aquí, sino para contemplar otras expresiones normativas del Derecho Argentino: “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”.

En general y aclarando nuevamente que no me ocupo aquí del supuesto de adopción, las leyes acuerdan licencia por maternidad a la mujer haciendo pivote en la gestación o embarazo (ver: arts. 39/41, Ley 26.844 - Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares; art. 51/52, Ley 26.727 - Régimen de Trabajo Agrario).

Si posamos la mirada en normas superiores, también surge la misma evidencia. El art. 11.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –citado como CEDAW, por sus siglas en inglés, por la parte actora- dispone:

“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella” (el subrayado me pertenece).

El art. 12.2 de la misma Convención estatuye: “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (art. 25), mientras que el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prescribe que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

En el mismo rumbo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre nos dice: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tiene derecho a protección y cuidados especiales” (art. VII).

La protección legal está destinada a la mujer, durante el embarazo y posterior lactancia, básicamente.

b) Igualdad y maternidad

Es innegable que debe procurarse la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones, en todos los órdenes de la vida. A la par, es necesario remover los patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (art. 2, ley 26.485).

Nuestro sistema jurídico persigue la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres (art. 3, inciso j, ley 26.485). Es un cometido constitucional (art. 75 inciso 23°, Constitución Argentina).

Queda claro que los tres poderes del Estado deben adoptar las medidas necesarias y ratificar en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones (art. 7, ley 26.485). Tampoco dudo de la operatividad del principio de igualdad ante la ley, una de las bases de toda república (art. 16, Constitución Argentina). Ahora bien, ¿cabe tratar igual a mujeres gestantes y no gestantes?

El interrogante genera una particularidad en el abordaje en asuntos de género. El planteo no queda atrapado por el ámbito de la ley 26.485, algo que la demandante alega, pues no hablamos de desigualdades entre varón y mujer, sino de una eventual disparidad entre mujeres: gestantes y no gestantes.

Es dable declarar que igualdad no es igualación. La Corte Federal ha señalado que esta última noción es propia de un ideal totalitario que, por definición, se opone al espíritu democrático (ver: caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual”, 21/noviembre/2006, Fallos 329:5266).

Pretender un trato igual para una mujer embarazada y una mujer no embarazada, aunque ambas vayan a ser madres del niño o niña en gestación, no resulta atendible. La Corte Nacional tiene establecido de un modo estable que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (ver, últimamente: “García, María Isabel c/ AFIP”, 26/marzo/2019, Fallos 342:411).

Aclaro que no estamos frente a un escenario de “categorías sospechosas”, es decir, aquellas que provocan una presunción de inconstitucionalidad o ilegitimidad, de acuerdo con la propia doctrina de la Corte en materia de garantía de igualdad ante la ley (ver: “Hooft”, 16/noviembre/2004, Fallos 327:5118).

Los fenómenos biológicos que la mujer gestante experimenta son notorios. En la literatura médica se describe: “Desde que se inicia el embarazo, la madre experimenta una serie de transformaciones fisiológicas y anatómicas, provocadas y a la vez reguladas por cambios hormonales que abarcan casi sin excepción a todos los órganos y sistemas. Estos cambios tienen el fin de cubrir la necesidad de espacio ocasionado por el crecimiento fetal, así como prepararse para el momento del parto y la lactancia” (Vázquez Lara, Juana María - Rodríguez Díaz, Luciano (Directores), Manual básico de Obstetricia y Ginecología, Madrid, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de España, s/f, p. 72). Además de la ganancia de peso, unos 12 kilos promedio en todo el proceso, aumenta la frecuencia y el gasto cardíaco, así como el tamaño del corazón. Hay cambios metabólicos, respiratorios, endocrinos, renales, genitales, mamarios, vasculares, dérmicos, gastrointestinales,

músculo-esqueléticos. Toda una serie de modificaciones que solo presenta una mujer grávida. Son de tal evidencia que me relevan de mayores consideraciones.

Parto y posparto merecen también puntual consideración. El puerperio es el período en el que se producen transformaciones progresivas de orden anatómico y funcional, que hacen regresar paulatinamente, todas las modificaciones gravídicas. Esto se logra mediante un proceso involutivo, que tiene como fin restituir estas modificaciones a su estado pregrávido. Este período se extiende convencionalmente hasta 45-60 días después del parto (véase: Dirección Nacional de Maternidad e Infancia – Ministerio de Salud de la Nación, “Recomendaciones para la Práctica del Control preconcepcional, prenatal y puerperal”, 2013, p. 113).

No resulta razonable tratar igual situaciones diferentes. La mujer no gestante no atraviesa los cambios biológicos propios de la mujer gestante.

Me valdré del repaso de la situación en el Derecho Europeo, que ya ha abordado la temática en sus niveles organizacionales superiores.

La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se adopta el “Acuerdo marco (revisado) sobre el permiso parental”, declara que vista la “igualdad entre hombres y mujeres y a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar”, que emergen de cláusulas establecidas en Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se establecen “disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. El presente Acuerdo se aplica a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro” (cláusula 1).

Continúa disponiendo: “Cláusula 2: Permiso parental 1. En virtud del presente Acuerdo, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales. 2. El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros”.

Cabe recordar que en el Derecho Europeo, las Directivas son normas de la Unión que fijan presupuestos o estándares mínimos para todos los Estados miembros. No son operativas directamente, sino que cada país debe dictar –“trasponer”, es el verbo que utilizan los españoles para tal actividad- sus normas nacionales ajustadas a la Directiva. Mi interés en esta oportunidad no está en analizar el Derecho de algún país europeo en particular, sino en apreciar los parámetros de la Unión Europea en la materia que nos convoca.

Desde mucho antes de tal orientación normativa, existe otra disposición del mismo rango, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de fecha 19 de octubre de 1992, relativa a la “aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”.

La Directiva comienza por una serie de consideraciones, de exposición de fundamentos, de entre los que destaco: “la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a

riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad; ... la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres; ... determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico de exposición de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos y que, por lo tanto, dichos riesgos deben ser evaluados y el resultado de esta evaluación comunicado a las trabajadoras y/o a sus representantes”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado –en un fallo del año 2018- las diferencias entre ambas instituciones: “la situación del trabajador en permiso parental se distingue de la de la trabajadora que ejercita su derecho al permiso de maternidad. En efecto, el permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones” (Sentencia del Tribunal De Justicia (Gran Sala), pronunciada el 4 de octubre de 2018 en el asunto C 12/17).

Me importa destacar ahora otras dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas –también en Gran Sala- respondiendo a cuestiones prejudiciales propuestas por tribunales nacionales.

En la sentencia recaída en el Asunto C 167/12 (petición planteada por el Employment Tribunal, Newcastle Upon Tyne — Reino Unido), de fecha 18 de marzo de 2014, se precisó que, si bien el Tribunal de Justicia ha estimado que el permiso de

maternidad también pretende proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, ese objetivo sólo abarca al embarazo y al parto.

De ello que la atribución de un permiso de maternidad requiere que la trabajadora que se beneficie con él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño. Así, una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente. Por tanto, los Estados miembros no están obligados en virtud de ese artículo a conferir a esa trabajadora no gestante un permiso de maternidad.

La otra decisión relevante fue pronunciada en la misma fecha: Sentencia del Tribunal de Justicia (petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal — Irlanda) — Z/A Government Department y the Board of Management of a Community School - Asunto C-363/12), decidiéndose –en sintonía con el fallo ya repasado- que no constituye discriminación el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

c) Género, diversidad y derechos sociales

Se señala que en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social persiste una brecha normativa. Nuestro país ha evolucionado tras la sanción de leyes sumamente progresivas en materia de reconocimiento de derechos, tales como la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618) y Ley de Identidad de Género (ley 26.743). Sin embargo, en la normativa vinculada al trabajo perdura un modelo de familia tradicional. En ese sentido, la Ley 20.744 contempla una licencia por maternidad de 45 días corridos anteriores y posteriores al parto, con posibilidad de modificarse a un esquema de 30/60, pero solo

prevé una licencia de 2 días corridos por paternidad (Flores Beltrán, Victoria, “Las deudas del derecho del trabajo”, RDF 2019-VI, 179).

Hay regímenes que han avanzado. Por ejemplo, en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires se aprobó un acuerdo paritario que prevé que “El padre o la madre no gestante tendrá derecho a solicitar licencia con goce de haberes por el término de quince (15) días, a contar desde el nacimiento”. “Licencia post maternidad: La madre gestante tendrá derecho a utilizar la licencia con goce de haberes por noventa días a partir del día siguiente al que venciere su licencia posterior al parto... Si ambos integrantes de la pareja prestaren servicio en el ámbito docente de la misma Universidad, la madre gestante tendrá derecho a optar cuál de ellos gozará de dicha licencia, comunicando dicha opción en forma fehaciente a la Universidad” (Resolución del Rectorado n° 990/2015). En el sector privado, algunas empresas están reconociendo a sus trabajadores varones un permiso mayor que el que la ley fija ante el nacimiento de un hijo.

Reconozco que el diseño de licencias ante el advenimiento de un hijo responde a un esquema patriarcal, que demanda una revisión legislativa (sobre esto, véase: Trupa, Soledad N., “Experiencia(s) y Comaternidad(es). Un estudio de caso(s) sobre parejas lesbianas usuarias de Tecnologías de Reproducción Asistida del Área Metropolitana de Buenos Aires durante el período 2010-2015”, tesis doctoral datada en 2018 y alojada en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/83064>).

Hoy hablamos del Derecho de las Familias, reconociendo la diversidad de modelos de familia, producto de la libertad que todos tenemos y del derecho a la autodeterminación. Familias biparentales y monoparentales. Biparentales, con o sin convivencia. En las primeras, puede haber matrimonio o no. Estadísticamente, la mayoría de las parejas están conformadas por varón y mujer. También hay parejas configuradas por dos varones o por dos mujeres. En cualquiera de los casos, sus componentes pueden ser cisgénero o

transgénero, sin olvidar que hay personas que no se identifican con un género en términos binarios. Aparecen incluso formas no monogámicas de relacionarse, modelos poliafectivos, que están provocando pronunciamientos judiciales en materia de seguridad social, como muestra la jurisprudencia colombiana (Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, caso n° 050013105007201501955, sentencia de fecha 28 de mayo de 2.019). El ordenamiento jurídico va tomando registro, decididamente en estos últimos años, de la multiforme realidad social.

Ahora bien, no estamos aquí frente a un caso en donde se pueda argumentar una discriminación en razón de orientación sexual. Tampoco en razón del género. La ley reconoce a la mujer embarazada, proceso biológico que decanta en un parto, la licencia por maternidad. Lo hace sin atender a la orientación sexual de la embarazada.

Tratándose de prestaciones de la seguridad social, hay que estar a la lógica del reconocimiento del derecho subjetivo. La ley reconoce, en lo que aquí nos convoca, una sola licencia por maternidad por cada embarazo y consecuente parto, acordándose el beneficio a la gestante. En nuestro esquema de prestaciones, el progenitor no gestante no puede acceder a la denominada “licencia por maternidad”. De hecho, los progenitores varones cisgénero -que comprende el grueso de la casuística- no acceden a tal tipo de licencia.

Tampoco tenemos un caso en donde se acuse lo que se denomina “inconstitucionalidad por omisión legislativa” (sobre esto, véase: Carbonell, Miguel (Coordinador), En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, México, UNAM, 2003; Corte Constitucional de Colombia, “Tejada Flórez”, Sentencia C-005/17 de fecha 18 de enero). Las componentes del matrimonio, integrantes de Policía de Mendoza, demandan que la mujer no gestante goce de la misma licencia por maternidad que ya se

le ha reconocido a la gestante. No se reclama un permiso parental que, en todo caso, es un instituto que responde a un modelo igualitario o no estereotipado.

En otro orden, tenemos un elemento clave de nuestra organización republicana, que es apuntado enfáticamente por la apelante: legislar no es función de los jueces. Los magistrados no intervenimos en el proceso de formación de las leyes. Las leyes, en sentido formal, se inician, debaten, sancionan y promulgan en el ámbito de los denominados poderes políticos: Poder Legislativo y Poder Ejecutivo.

Las razones de oportunidad, mérito y conveniencia que justifican los sistemas de seguridad social no deben ser ponderadas por los jueces, sino por los funcionarios elegidos a tales fines: legisladores y presidente. Son éstos los mandatados para ello y, por tanto, los únicos competentes (véase, en este sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Chocobar”, 27/diciembre/1996, Fallos 319:3241). En ese caso, apoyándose en precedentes de la jurisprudencia estadounidense y abrevando en la reforma constitucional de 1.957, la Corte señaló: “los constituyentes dejaron un amplio margen librado a la sabiduría, discreción y acierto del legislador para definir -según las diferentes circunstancias que se configuraran en el futuro- el contenido concreto de la garantía constitucional que instituían...”, claro está, refiriéndose a la única cláusula surgida en esa reforma: el art. 14 bis (considerando n° 18). En el H. Senado de la Nación existe un proyecto de ley que define a la comaternidad y reconoce a la madre no gestante el mismo plazo de licencia que a la madre gestante (expediente 3357/19, de autoría de la senadora María Magdalena Odarda). Se ha presentado otro proyecto que amplía el plazo de licencia a 180 días para la gestante y que reconoce al otro progenitor una licencia de 30 días posterior al parto (expediente 508/19, iniciado por la senadora Silvina M. García Larraburu). Otra iniciativa, presentada por el senador José Uñac, extiende la licencia por nacimiento de hijo de dos a quince días. Como puede apreciarse, las propuestas son

variadas. El Congreso Nacional es el ámbito para el debate, la búsqueda de consensos y la decisión.

Es preciso apuntar que apelar al “interés superior del niño” no altera el resultado. Ese niño o niña cuenta con una de sus madres, la gestante, que tiene licencia por maternidad reconocida y acordada, lo que me lleva a observar que también el interés familiar está a salvo. Se podrá argumentar que sería conveniente para el recién nacido disponer del cuidado de ambas madres a tiempo completo, pero –de nuevo- ingresaríamos en decisiones que son propias del legislador.

Deberían en tal caso los poderes políticos decidir si es propicio reconocer al progenitor no gestante una licencia de tal característica, para lo cual habría que fijar una asignación presupuestaria en el sistema de seguridad social. La Corte Nacional ha señalado, también en materia de derechos amparados por el art. 14 bis de la Carta Magna, el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (caso “Ramos”, 06/abril/2010, Fallos 333:311, considerando n° 8). Vemos entonces otro obstáculo a los efectos de que un juez pueda declarar la existencia de un derecho social no reconocido por el legislador.

Además de observar que no existen derechos absolutos, he expuesto en otras oportunidades que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales no es meramente metodológica, sino que nuestro propio ordenamiento jurídico lo distingue por razones básicamente financieras. Los derechos civiles y políticos, llamados de primera generación, son reconocidos generalmente sin retaceos pues, si bien pocas cosas en la vida están exentas de costes económicos, no exigen un esfuerzo presupuestario particular. Mi derecho a la libertad personal implica una abstención por parte de los sujetos obligados. Este derecho tiene como correlato una

obligación negativa. Ahora, una licencia remunerada ya compromete recursos económicos, prestaciones que alguien tiene que solventar. Se trata de una obligación positiva a cargo de otros. Esa diferencia hace que, en el Pacto de San José de Costa Rica, se haya acordado entre los Estados el compromiso para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, “en la medida de los recursos disponibles” (art. 26).

Las particularidades señaladas han motivado, por ejemplo, que en materia de derecho a la vivienda digna (art. 14 bis, Constitución Nacional), de clara naturaleza social, la Corte Federal haya destacado que las normas que lo reconocen “no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (caso “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, 24/abril/2012, Fallos 335:452).

Los recursos materiales son escasos, mientras que las necesidades humanas infinitas. Si los jueces diéramos curso al reclamo de satisfacción de todas las exigencias imaginables en materia de intereses económicos, sociales y culturales, no haríamos más que hacer que el sistema se desfinancie para terminar colapsando en el mero beneficio de los que primero llegasen a los tribunales. Poco honor haríamos al principio de igualdad (art. 16, Constitución Argentina), cuando debemos ser conscientes de que el problema del acceso a la Justicia es uno de los fenómenos en donde se aprecian las mayores desigualdades entre los habitantes de la Nación.

La generalidad es la esencia de las leyes en el Estado de derecho. Esa generalidad es garantía de imparcialidad del Estado respecto a sus componentes sociales así como de su igualdad jurídica. Es un reaseguro contra el uso no regulado del poder y de la igualdad ante la ley misma (véase: Zagrebelski, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón, 11° edición, Madrid, Ed. Trotta, 2.011, p. 29).

Todo lo desarrollado hasta aquí me convence de que la decisión apelada debe ser revocada. Encuentro –para finalizar- razones procesales que también me persuaden de esta solución.

La apariencia de "buen derecho" en el caso de una medida autosatisfactiva debe ser mucho más fuerte que el requerido para procesos urgentes no autónomos. Peyrano, procesalista que en nuestro país ha propulsado la institución, sostiene que se requiere incluso más que una "fuerte probabilidad". Ello obedece a que el procedimiento es autónomo, agotándose con el dictado de la medida (Peyrano, Jorge W., "Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia", La Ley 2012-E, 1110). Del mismo modo, la Corte Nacional señala el criterio restrictivo que cabe observar cuando las medidas se deciden de manera autónoma y no acceden a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento, pues la concesión de la medida constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán otro espacio para su debate (CSJN, "Ente Tripartito de Obras", 18/diciembre/2007, Fallos 330:5251. Ver también: Fallos 323:3075).

No se aprecia –con el grado de certidumbre suficiente que requiere la concesión de una medida autosatisfactiva- el derecho de la madre no gestante de gozar de la licencia de maternidad que la ley prevé para madres gestantes.

Según el ordenamiento jurídico aplicable, quien no es gestante no tiene la prerrogativa de gozar de lo que se denomina "licencia por maternidad", pues para ello debe tratarse de una trabajadora que cursa su embarazo. Al trabajador progenitor no gestante, sea varón o mujer, se le reconoce la denominada "licencia por nacimiento de hijo".

Señalé que no estamos frente a un caso de adopción. Diré por fin que tampoco puede hacerse una aplicación analógica, adaptando la licencia por adopción a este

supuesto. En primer lugar, porque es una licencia especial que la ley 6.722 prevé y no es la solicitada por la madre no gestante, con lo que existe un límite marcado por el principio de congruencia. En segundo lugar, porque la adopción en una vía de filiación que no comprende al caso. En tercer término, porque el legislador ha sopesado diversos motivos a los fines de reconocer tal beneficio, de entre los que se destaca, el fomento de la adopción de niños.

En definitiva, con relación a la primera cuestión propuesta, me pronuncio por la negativa, debiéndose revocar la sentencia apelada. Este es mi voto.

Los Dres. Claudia Ambrosini y Gustavo Colotto adhieren al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. SEBASTIÁN MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:

El decisorio apelado difirió pronunciamiento acerca de las costas fundándose en que el fallo se dictaba sin audiencia de la demandada. Ya en esta sede ambas parte han sido oídas, por lo que propongo imponer las costas de segunda instancia a la parte actora, en razón del principio de la derrota (art. 36-I, CPCCyT).

En cambio, corresponderá diferir la regulación de honorarios profesionales hasta que sean fijados los de la instancia precedente. Así voto.

A la misma cuestión, los Dres. Claudia Ambrosini y Gustavo Colotto adhieren al voto preopinante.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 12 de febrero de 2020.

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

1º) Admitir el recurso de apelación presentado por el Gobierno de Mendoza. En consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, quedando redactado su dispositivo II del siguiente modo:

“II. No hacer lugar a la medida autosatisfactiva petitionada por las accionantes”.

2º) Costas de segunda instancia a cargo de la parte actora.

3º) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

NOTIFÍQUESE Y BAJEN.

Dra. CLAUDIA ALICIA AMBROSINI ROCCUZZO

Juez de Cámara

DR.GUSTAVO ALEJANDRO COLOTTO

Juez de Cámara

DR.SEBASTIAN MÁRQUEZ LAMENÁ

Juez de Cámara

Ante mí,

Dra. ALEJANDRA LORENA IACOBUCCI AZCARATE

Secretario