

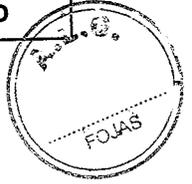
NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

DICTAMEN ALG N°

265/21 .-

Señor Ministro de Educación:

Son traídas las presentes actuaciones ante esta Asesoría Letrada de Gobierno a los efectos de emitir dictamen, desde el aspecto estrictamente jurídico, sobre la solicitud de licencia por maternidad planteada en autos.

I.- Así, a foja 2 se incorpora nota presentada por la docente Sra. Ana BELMONTE (D.N.I. N.º 31.482.969) mediante la que solicita *“una respuesta en cuanto a qué artículo garantizará [su] futura licencia por maternidad que contemplará [su] situación como madre no gestante, teniendo como fecha posible de parto el 3 de Septiembre del corriente año”*. Junto con dicha misiva acompaña copias de: último certificado médico ginecológico que da cuenta del embarazo, la etapa gestacional y fecha probable del parto, acta de unión convivencial con la Sra. Betina Noemí DE LA CRUZ BORTHIRY y manifestación del consentimiento informado para receptores de semen donado (primera y segunda parte) ante CIMER (Centro de Investigación en Medicina Reproductiva) para constatar que el futuro/a hijo/a se concibió mediante la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.).

A foja 11, el Director General de Personal Docente eleva la documentación antes mencionada al Sr. Ministro de Educación y advierte que: *“Lo solicitado no se encuentra contemplado en la Ley N° 1124 y sus modificatorias”* y sugiere *“dar intervención a la Secretaría de Mujer”*.



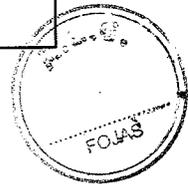
NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N° .-

A foja 13, la Asesoría Letrada Delegada actuante ante el Ministerio de Educación entiende que: *“Analizado el presente expediente... al igual que como lo reconoce la Sra. Ana Belmonte... la situación planteada no se encuentra contemplada en forma expresa en ninguno de los artículos del Estatuto del Trabajador de la Educación... tampoco encuentra regulación con la aplicación de la Ley N° 643. Ante ello... debe tomar intervención el Servicio Médico Oficial (por ser el organismo encargado de “acordar” la licencia por maternidad, de conformidad con lo establecido por el art. 137 en su encabezamiento) y la Secretaría de la Mujer... a fin de determinar si en el contexto dado por la normativa de género resulta pertinente realizar otra valoración e interpretación de la situación planteada en el presente expediente”*.

De esta manera, a fojas 15/16, se pronunció la Asesoría Letrada Delegada actuante ante la Dirección General de Personal quien manifestó que: *“...se debe resaltar que el régimen jurídico local aplicable -Ley N° 1124- Estatuto del Docente y Ley N° 643 -Estatuto para agentes de la Administración Pública Provincial- no contemplan ni prevén lo petitionado, sin perjuicio de reconocer que dicha normativa, no se encuentra actualizada ni recepciona los derechos emergentes consagrados en la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26743)... Ley de Matrimonio Igualitario (Ley N° 26618), y las incorporaciones en el Código Civil y Comercial que hacen referencia a la diversidad familiar y las técnicas de reproducción humana asistida (artículos 401 y siguientes, 509 y siguientes, y 558 y siguientes del CCyCN)... Sin perjuicio de ello, se observa que conceder una ampliación de los días de otorgamiento*



NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

205/21

DICTAMEN ALG N° _____ .-

de licencias por nacimiento a la persona no gestante, igualando así los derechos y alcances otorgados a la gestante -licencia por maternidad- consagraría a no dudar una verdadera injusticia en relación a la conformación de familias heterosexuales. Y ello atentaría con el espíritu y la finalidad de las leyes de igualación de derechos, al consagrar un verdadero privilegio a su favor que se le niega y no se le otorga al padre -empleado público en una conformación de familia heterosexual... no se trata de en este particular caso de igualar derechos, otorgando un derecho a quien se le niega por su condición de tal, sino todo lo contrario se estaría concediendo un derecho mayor al que le corresponde a otro tipo de familia. En ese marco, conceder tal pretensión conduciría a situaciones injustas o la consagración de un trato desigual respecto de otras conformaciones familiares... se debe desestimar su procedencia y reconocimiento, de lo contrario se estaría consagrando además de un verdadero privilegio a favor de la peticionante, al mismo tiempo que propiciaría una verdadera avalancha de reclamos por parte de los padres empleados públicos no gestante de familia heterosexual, que deben sujetarse a una situación jurídica diferente en cuanto al alcance y extensión del derecho de licencia por paternidad y la licencia por maternidad hoy vigente”.

Por su parte, a fojas 18/21, se expidió la Asesoría Letrada actuante ante la Secretaría de la Mujer, Géneros y Diversidad, poniendo de relieve la existencia de diversos modelos familiares, la importancia de ciertas conquistas legales vinculadas al caso, tales como las Leyes N° 26618 -conocida como Matrimonio Igualitario-, 26743 -de Identidad de Género- y 26862 -de Reproducción Médicamente Asistida- y el Código Civil y Comercial de la

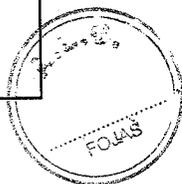


NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

DICTAMEN ALG N° 5/21

Nación. En ese contexto expresó que: *"...el análisis de los antecedentes, desde una perspectiva de género y de derechos humanos, deviene en la reflexión de que no todas las situaciones están reguladas en el Código Civil y Comercial, en normas del derecho laboral o en nuestro caso particular en las normas que regulan las licencias de las personas que trabajan en el Estado Provincial, pero no deviene en la prohibición ni, mucho menos, su interpretación puede conducir a limitar derechos adquiridos. El Código Civil y Comercial, no establece diferencia alguna respecto de la responsabilidad parental cuando ésta es ejercida por dos personas. Así los/as responsables del cuidado del/a hijo/a son ambos progenitores/as indistintamente de su género, y también sin diferencia entre quien gesta y quien no gesta. Ambos tienen los mismos derechos y obligaciones en relación con el/la niño/a".* Asimismo, citó tres fallos en los cuales la jurisprudencia ha hecho lugar al otorgamiento de licencia por maternidad a la madre no gestante y concluyó: *"...desde el Poder Ejecutivo se está trabajando en un proyecto de ley que contemple los marcos legales referenciados en el presente y que fomente la corresponsabilidad parental, para todas las personas que trabajan en el Estado Provincial. Hasta tanto, se proceda a modificar el marco legal existente con el objetivo de ampliar derechos, opinamos que debería considerarse en el caso particular, el otorgamiento de la Licencia contemplada en el Art. 137 inc. a) de la Ley 1124..."*.

Finalmente, cabe traer a colación que, a fojas 30/32, se pronunció la Asesoría Letrada Delegada actuante ante el Ministerio de Educación coincidiendo con lo manifestado por su par actuante ante la



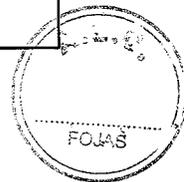
NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N°

Dirección General de Personal y sostuvo que: *“conceder una ampliación de los días de licencia reconocidos al progenitor no gestante (hombre o mujer), por el hecho que éste también tiene carácter de madre implicaría avalar una situación que marcaría una clara situación de desigualdad en relación a las parejas heterosexuales y/o homosexuales varoniles... en el marco de la legislación vigente y sin perjuicio de adherir a la opinión de organismos preopinantes en relación a la necesidad de la elaboración y actualización de normas que recepten los nuevos criterios constitucionales y legales en pos de adaptarse a las nuevas realidades sociales y familiares, no existiría encuadre legal que contemple la situación planteada por la agente Ana BELMONTE a fs. 2 de estas actuaciones”*.

II- En el caso, tratándose del personal de la educación la ley aplicable es la Ley N° 1124 y, de corresponder, por aplicación supletoria, la Ley N° 643 en todo cuanto no se oponga a aquella y su reglamentación (Conf. artículo 237 de la Ley N° 1124)

Entonces, conforme el Cuerpo Legal Provincial que rige la relación de empleo de la agente y el Estado Provincial, debemos acudir al Estatuto del Trabajador de la Educación -Ley N° 1124- que en su artículo 137 -modificado por Acuerdo Paritario N° 43/2011- en su parte pertinente, dice: *“Las licencias por maternidad serán acordadas por el Servicio Médico Oficial de acuerdo con las siguientes normas: a) Por un período de treinta (30) días en el preparto y de ciento veinte (120) días en el postparto. Esta licencia comenzará a partir de los ocho (8) meses de embarazo, que se acreditarán mediante la presentación del certificado médico correspondiente. El goce de este beneficio*



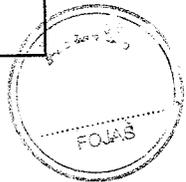
NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N° _____.-

alcanzará a toda Trabajadora de la Educación con embarazo debidamente acreditado y sin discriminación de orden alguno”.

Así, del texto legal citado se colige que la licencia y protección prevista está orientada hacia las mujeres gestantes, independientemente de su orientación sexual. En ese aspecto, es dable tener en cuenta que los cambios biológicos -durante el embarazo, parto y post parto- que vivencia la mujer gestante son evidentes y conocidos; mientras que ello no acontece en el caso de las mujeres no gestantes. De allí, que la jurisprudencia ha sostenido: “...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”¹.

Dicha interpretación también resulta conteste con las previsiones contempladas en el régimen general de empleo público -Ley N° 643-, que de manera similar lo regula en su artículo 133.

Por su parte, el artículo 137, inciso ch) del Estatuto del Trabajador de la Educación -Ley N° 1124-, dice: “Esta licencia por el período posterior al parto es extensiva a la Trabajadora de la Educación que obtenga, con arreglo a la ley civil, la tenencia de un recién nacido. Se descontarán de los ~~ciento veinte~~ (120) días mencionados en el inciso a) los días transcurridos desde



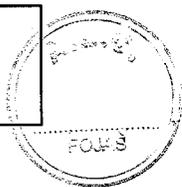
1 CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, C-TERCERA, PODER JUDICIAL MENDOZA, foja: 92CUIJ: 13-04828623-7/1((010303-54055)) R. C. M. P/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA *104929127*.

NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N°

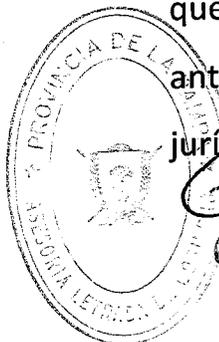
el nacimiento. La licencia no podrá ser inferior a los noventa (90) días. Esta licencia será de noventa (90) días cuando el menor no sea recién nacido”.

Es decir, contempla la disposición citada la licencia que corresponde para el supuesto de adopción. A nuestro entender tampoco dicha licencia deviene aplicable al caso de la Sra. Belmonte, en tanto resultaría arbitraria su aplicación ya que no es procedente realizar una interpretación analógica, más cuando se han tenido en cuenta otras razones para su previsión y concesión legal que se relacionan propiamente con el instituto de la adopción.

Finalmente, el Estatuto del Trabajador de la Educación -Ley N° 1124- Modificado por Acuerdo Paritario N° 43/2011-, en el artículo 152 establece: *“El Trabajador de la Educación podrá tener inasistencias, con goce de haberes, por las siguientes causales debidamente acreditadas: a) Por nacimiento o adopción de hijo para el agente varón, diez (10) días hábiles;...”.*

Referenciada la normativa relacionada al planteo que diera origen a estas actuaciones, podemos concluir que la situación en la que se encuentra la Sra. Belmonte no encuadraría en ninguna de las previsiones legales.

No obstante, entendemos que el último artículo citado es que debería aplicarse al caso de autos. Ello, no en razón de una interpretación antojadiza o arbitraria, sino que es la que actualmente prevé el ordenamiento jurídico para el nacimiento de hijos/as por parte de los progenitores no



NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N° .-

gestantes. Ello, no obstante que se hable expresamente de “*agente varón*”, la finalidad es clara y es el otorgamiento de licencia al progenitor que no gestó.

Dicha interpretación es la que se impone, luego de un análisis armonioso y sistémico de la legislación vigente y en consideración del carácter de madre no gestante de la agente involucrada.

Cabe dejar sentado, que esta Asesoría Letrada no ignora la existencia de cierta jurisprudencia que en casos como el que se discute en estos actuados, le brindan una licencia mayor a la madre no gestante², asimilándola a la adopción en algunos fallos. Sin embargo, ello implicaría sin dudas atribuir al Poder Ejecutivo funciones que no le competen constitucionalmente, como la de hacer justicia o legislar, ello en franca extralimitación de la facultad de ejecutar la ley, conforme lo establece el principio de legalidad al cual está sujeta el obrar administrativo.

En relación al interés superior del niño que también suele traerse a colación, específicamente, el derecho “*a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar*”, el ordenamiento jurídico argentino en general (Véase por ej. Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo) y el ordenamiento jurídico provincial en particular (Véase Leyes N° 643 -artículo 133- y 1124, N.J.F. N.º 1034 y su Decreto Reglamentario N° 2280/91 -artículo 28-), han entendido que éste se encuentra suficientemente amparado en caso de que uno de sus

² Véase v. gr. Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en autos: “Diaz Reck c/ ARBA s/ Medida autosatisfactiva”. Expte N° 50832/2018. 27/12/2018; Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 Secretaría N° 30 M. M. C. Contra GCBA sobre Amparo Número: EXP 21864/2018-0, entre otros, en los que se ha dado una respuesta favorable a los reclamos.

NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N° _____ .-

progenitores, la madre gestante, tenga reconocida su licencia. Así, se ha dicho:
“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”³.

Asimismo, debe descartarse la posibilidad de alegar diferencias en razón de género, ya que la postura adoptada no implica establecer una desigualdad entre varones y mujeres sino entre mujeres gestantes y no gestantes, de acuerdo a la legislación imperante en la materia y a la naturaleza propia de la licencia por maternidad.

Por lo demás, no obstante la opinión sentada precedentemente se comparte con los organismos preopinantes que es fundamental, en un futuro cercano, el agiornamiento de la legislación provincial en esta materia. Ello, en miras a consagrar modelos que promuevan responsabilidades familiares compartidas⁴ sin recalar en la diversidad familiar y estereotipos de género.

III.- Por todo lo expuesto y de acuerdo a las competencias atribuidas por la Ley Orgánica de la Asesoría Letrada de Gobierno, se devuelven las actuaciones para la continuación de trámite, estimándose que debe otorgarse a la Sra. BELMONTE la licencia prevista en el artículo 152 inciso

3 CAMARA 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*.

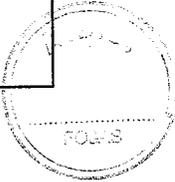
4 Véase Carolina Fairstein: “La importancia de las licencias parentales en el fomento de la corresponsabilidad en el cuidado y la equidad de género. LICENCIAS PARENTALES Y POLÍTICAS DE CUIDADO. AVANCES EN EL ÁMBITO DEL PODER JUDICIAL Y DEL PODER EJECUTIVO DE LA CABA”.

NO A
PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

EXPEDIENTE N°: 5937/21

INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. DIRECCIÓN GENERAL DE PERSONAL DOCENTE.

EXTRACTO: S/LICENCIA POR MATERNIDAD.-

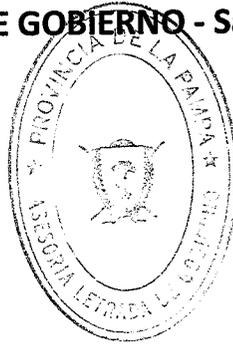
T.I.: BELMONTE ANA

265/21

DICTAMEN ALG N° _____.-

a) de la Ley N° 1124 -Estatuto del Trabajador de la Educación- teniéndose presente que se trata de la progenitora no gestante.

ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa,



17 AGO 2021

Guadalupe Galcerán
Guadalupe GÁLGERÁN
ABOGADA
Secretaría Letrada
Asesoría Letrada de Gobierno