pr A. L. B. Y A. I. O. S/ MATERIA A CATEGORIZAR (DECLARACION DE ADOPTABILIDAD) MP-11313-2015

Mar del Plata, 15 de Julio de 2015

Teniendo en cuenta el estado de las presentes actuaciones y lo peticionado, suspéndase el llamado de autos para **"dictar sentencia"**, y procédase a proveer lo peticionado.

Por cumplido con los recaudos previsionales (ley 6716)

Entréguese a los autorizados al efecto los originales de la documentación solicitada, y dejándose en su lugar fotocopia debidamente certificada por el actuario, haciéndose saber que los mismo deberán ser reintegrados a la primer intimación del Juzgado.

Atento lo peticionado se amplía la resolución obrante a fs. 125/127

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I) LA PETICION: LICENCIA POR PATERNIDAD EN LOS MISMOS PLAZOS Y FORMAS QUE LA LICENCIA POR MATERNIDAD

Que los Sres. M E O y L E M con el patrocinio letrado de la Dra. V solicitan se le otorgue a este último la licencia por paternidad en semejanza con la licencia por maternidad, en los mismos plazos y formas que conforme a las reglamentaciones y normativas de fondo vigentes que se otorgan a las mamás. Ello al resultar un matrimonio igualitario con dos papás adoptantes que no estrían comprendidos en este beneficio. Sostienen que para esta familia, compuesta por el matrimonio igualitario y dos niños, resulta un acto de discriminación respecto a la normativa vigente que en cuestiones de licencia se trata.

II) LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

El marco legal que rige la materia "licencia por maternidad/ paternidad", esta comprendido entre los arts. **177 y siguientes de la ley nro. 20.744 (13/05/1976) reza: "…***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*

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

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 pretérmino 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…."; asimismo ***el art. 158 regula el r*****égimen de las licencias especiales:** "*...El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales: a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos*...." **y el art. art. 81 de la CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO Nº 130/75** Empleados de Comercio señala: "…*El empleador otorgará, con goce total de sus remuneraciones, 2 días hábiles por nacimiento de hijos*…".

Como vemos y como bien señalan los peticionantes la normativa diferencia el goce de licencia y los plazos correspondientes en relación directa a que el trabajador resulte "madre" o "padre".

Por tratarse el caso de un matrimonio igualitario y resultar hoy pretensos "padres adoptivos" (ambos varones) de los niños I y L, la dificultad que se nos impone en caso de hacer efectiva la licencia ya dispuesta por la suscripta en resolución de fs. 125/127 es, ¿***quién de los esposos gozará de la licencia extensa, el Sr. M o el Sr. O?*** ya que en este entendimiento y conforme la normativa citada el grupo familiar compuesto por los Sres. M, O, y los niños L e I no tipificaría "***un grupo familiar"*** que pudiera hacer efectivo la licencia alongada ya que no podrían

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

solicitar ninguno de los Sres M.O, en razón de ser ambos, pretensos padres adoptivos varones. Es por ello que para el caso de I y L no podrán gozar del "***tiempo mano de obra"*** (licencia extensa) de uno de sus pretensos padres adoptivos por el sólo hecho que no revisten el género mujer/madre tipificado en la ley 20744.

El acto discriminatorio de la legislación concluye en un perjuicio notable, objetivo, evidente en los niños y en esta familia toda. Sabido es que en la legislación contemporánea, y más especificamente en la legislación española, en todo lo referente a la materia adoptiva, beneficios sociales, lo atinente a la ***licencia en materia de adopción*** el cambio semiótico del lenguaje se ve plasmado en términos neutros, tales como "***progenitor/progenitores***" abandonando la vieja tendencia y doctrina de la diferencia entre "madre/mujer" "padre/varón" (*TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.-SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 4ª (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS,27) N.I.G: 28079 4 0053266 /2012, MODELO: 46050.-TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 1875/2012; AA.VV., Matrimonio homosexual y adopción:perspectiva nacional e internacional, Editorial Reus.-AA.VV., Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres, Editorial Tirant lo Blanch, reformas, 2007, pÆg. 51, 52-2006, pÆgs. 209-220; Ley OrgÆnica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres)*

III) LA IGUALDAD REFLEJADA EN LA EFECTIVIZACIÒN DE DERECHOS

Es dable destacar en este acápite, que una diferencia de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo a ser cumplido. **El reconocimiento del avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para el Estado Argentino** por lo que deben brindarse muy buenas razones para establecer una diferencia de trato en función del sexo.

En el caso de autos y conforme lo peticionado, no nos encontramos frente a pretensos padres que se desempeñen en el ámbito laboral como "personal femenino", tampoco nos encontramos en una situación fáctica de un "futuro parto", pues los niños Lucia e Isaias ya han nacido y se está transitando un proceso adoptivo. Asimismo en este grupo familiar (L, M , I Y L) no hay *"una interesada" (femenina) empleada laboral que podría optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, por lo ya dicho (el matrimonio compuesto por dos varones: M y L).*

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

Es clara la intención de la ley 20744- LCT en su artículo 177 y es la de ***darle al empleado/empleada el tiempo suficiente para recibir a su hijo en el seno de la familia***, un tiempo como ya se ha señalado de tranquilidad, y dedicado a la adaptación de ambos centros de interés, la de los padres y la de esos niños que ingresan y conforman un nuevo grupo familiar. Las licencias por paternidad exceden el ser "hombre/mujer", "padre/madre" pues es sólo entendible si consideramos que ***una familia se conforma desde la gestación, la adopción, o el reconocimiento filiatorio más un tiempo nutriente rico en afectos*** y con la tranquilidad de saber que el estado a través de estas normativas vigentes acompañan a los "padres" sin distinción de género a cumplir este mandato constitucional y de derechos humanos de cuidar a sus hijos, asistir a sus hijos, integrar a sus hijos, formar familias.

Debemos otorgar un mayor reconocimiento de la igualdad de obligaciones entre los padres y las madres en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos. Por ende, permitir que sólo las mujeres obtengan una licencia por maternidad por el plazo de 90 días perpetua los estereotipos de género y sus desventajas.

La licencia laboral extendida para uno de los pretensos padres, en el caso, a favor del Sr. M, equipara a mi entender el contenido de las obligaciones en materia de cuidado de los niños de ambos padres sin importar el sexo/género.

Este criterio, similar al esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso "Atala Riffo c/ Chile" tendiente a ir eliminando de las sociedades actuales los estereotipos de género y garantizar, de esta manera, **el derecho a la igualdad ante la ley y su correlato, la prohibición de no discriminación, a todos los seres humanos**.

Debemos dejar atrás los términos padre y madre por resultar obsoleta, para pasar a la más genérica y neutra: **progenitor,** como ya se dijo.

IV) <u>LA DECISION. LA GUARDA LEGAL OTORGADA AL MATRIMONIO O-M. LA LICENCIA NOMINADA FAVOR DEL SR. M</u>

Que a fs. 125/127 se dispuso por resolución de fecha 3 de junio de 2015 otorgar la **guarda legal, asistencial, provisoria e integral** de los niños **I O A** y **L B A** al matrimonio compuesto por los Sres. O M E y M L E

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

Asimismo se dispone, en la misma resolución, librar oficio a la empleadora del Sr. O y del Sr. M a fin que **procedan a otorgar la correspondiente licencia por paternidad** conforme las reglamentaciones y normativa de fondo vigente.

Es dable aclarar en este apartado, que las decisiones antes descriptas son dictadas en el marco del ***proceso de declaración de adoptabilidad*** de dos niños L e I, proceso cuyo fin es la desvinculación definitiva de su familia biológica y la posibilidad de convivir en un ámbito familiar seguro y afectivo, nutriente y contenedor, haciendo así visible y cierto el derecho humano y constitucionalmente amparado de estos niños de vivir en familia. El parámetro central a tener en cuenta al momento de tomar estas decisiones como ya se señalara en la resolución referida ha de ser el **interés superior de estos niños en particular**, que padecieron la imposibilidad originaria de ser acogidos, criados y amados por aquellos que le dieron vida.

Cuando hablamos de interés superior del niño nos referimos a la idea concreta de ***bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida*...**" (conf. SCBA, C 99273 S 21-5-2008, F.,M. c/ R.,L. s/ Venia supletoria), hoy de la vida de Lucia e Isaias y de los nuevos integrantes de este grupo familiar que requiere de toda la colaboración institucional del estado para hacer efectivo el sanear aquellos derechos vulnerados de los niños, tales como la ***asistencia espiritual y material, la asistencia sanitaria-salud, la asistencia escolar y la mano de obra, el "estar",*** *el* ***"mirar direccionado, especializado, singularizado***" que solo pueden darlo hoy los Sres. M y O

Para esta gran tarea; hermosa tarea; ardúa tarea, se requiere nada más ni nada menos que "**tiempo**"; no cualquier tiempo sino ***un tiempo en acción***, un tiempo con la sóla presión de la demanda constante de dos niños que requieren atención, amor y cuidado singularizado. Un tiempo que sólo pueden darle los Sres. M y O en razón de la exhortación que los propios niños expresaron a esta operadora, cual es, "...***queremos rápido una familia...***" (sic L e I)

Sabido es que el factor tiempo constituye una nota de dramática importancia e insoslayable consideración en y para el proceso judicial, donde se encuentran discutidos derechos tales como la posibilidad de vivir en familia (uno de los derechos fundamentales del ser humano) y la función jurisdiccional no puede ni debe hacer oídos sordos a la variable "tiempo", que no se agota en la simple,

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

nominal y abstracta declaración del derecho, sino en el efectivo reestablecimiento de derechos vulnerados conjuntamente con todas aquellos atributos derivados del derecho que se decide y siempre a través de una ***decisión oportuna*** y que a la vez brinde las herramientas para hacer efectivos esos derechos declarados o decididos. Pues de nada vale declarar un derecho sin decidir "***cómo hacerlo efectivo", "sin decidir la herramienta con la cual se podrá llevar a cabo el cumplimiento o la satisfacción de ese derecho decidido***".

Por lo dicho de tratarse sólo "*de una decisión jurisdiccional oportuna en tiempo y forma que declare o constituya un derecho fundamental*" sin considerar el "***cómo efectivizarlo***" es sólo una decisión de papel, es sólo una decisión de ponencias doctrinarias, pero que se aleja mucho de ser una decisión que logre en la vida real un resultado, un cambio concreto hoy para I y para L.

Es por eso que con el otorgamiento de guarda simple de estos niños a los Sres. M-O también se decidió la ***licencia laboral*** a favor de los guardadores, en concordancia con la necesidad de ***mano de obra,*** con el fin de satisfacer de manera inmediata "***rápida***" (como refieren los niños), la convivencia con una familia.

Por todo lo expuesto y con fundamento en los arts. 3, 5, 9, 12, 20 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 274, 312, 315, 316, 317, 383 y ccdtes. del Código Civil; 3.1, 11 último párrafo, 29 y ccdtes. de la ley 26.061, art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por la ley 19.865); arts. 12 inc.2, 15, 36 inc. 2 y ccdtes. de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires; arts. 34, 36, 161, 827 inc. h, 838 y ccdtes. del CPCC, arts. 19, 23, 33, 41, 43 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional; arts. II, V, XI y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 5, 11, 18, 24, 25 y concs. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) con rango constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN; y de los artículos 15, 20, 28, 108 inc. 3, 192 inc. 4, 194 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Ley 13928 modif. por ley 14537, ley 14528, arg. art. 51, 52 y ccdtes. ley 26994, Convenios N° 111 y 156 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, y sobre la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores con responsabilidades familiares

RESUELVO:

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar

Ampliar la decisión de fs. 127 vta., apartado V en el sentido de **otorgar la licencia extendida** del art. 177 de la ley 20744- LCT- al Sr. M L E, DNI garantizando en el nombrado el derecho a la estabilidad en el empleo en concordancia con el derecho al cuidado del hijo recien llegado al grupo familiar.

REGISTRESE. NOTIFIQUESE con habilitación de días y horas inhábiles y dese vista a la Asesora de Incapaces

CLARA ALEJANDRA OBLIGADO

JUEZ

JUZGADO DE FAMILIA Nº 5

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA
www.infojus.gov.ar