



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Resolución

Número:

Referencia: EX-2022-26153082- -APN-DGTYA#SENASA - HACE LUGAR A LO SOLICITADO POR EL AGENTE GASTÓN PÉRSICO OTORGÁNDOLE UNA LICENCIA DE 100 DÍAS POR EL NACIMIENTO DE SU HIJO

VISTO el Expediente N° EX-2022-26153082- -APN-DGTYA#SENASA; las Leyes Nros. 23.849, 24.430, 25.164, 26.618, 26.994 y 27.064; el Decreto Reglamentario N° 1.421 del 8 de agosto de 2002; los Decretos Nros. 3.413 del 28 de diciembre de 1979, modificado por su similar N° 894 del 6 de mayo de 1982, y 214 del 27 de febrero de 2006; el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el personal del SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD Y CALIDAD AGROALIMENTARIA, homologado por el Decreto N° 40 del 25 de enero de 2007; la Resolución N° RESOL-2020-228-APN-MAGYP del 12 de noviembre de 2020 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el expediente citado en el Visto, el agente de la Planta de Personal No Permanente del SERVICIO NACIONAL DE SANIDAD Y CALIDAD AGROALIMENTARIA (SENASA), contratado bajo la modalidad establecida en el Artículo 9° del Anexo a la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164, señor D. Gastón Ricardo PÉRSICO (D.N.I. N° 26.778.018), solicita se contemple una excepción para su licencia por paternidad atento tratarse de un caso especial.

Que el señor D. PÉRSICO alega que con su esposo obtuvieron la autorización legal para ser padres con el método de gestación por sustitución y que se trata de un caso especial de paternidad puesto que él ocupará el “rol materno” en la crianza de su hijo recién nacido.

Que, por tal motivo, solicita se le otorguen CIEN (100) días de licencia a partir del nacimiento del bebé, cuya fecha estimativa de parto es en el mes de mayo de 2022, teniendo como marco regulatorio de referencia el Artículo 134, inciso e) del Decreto N° 214 del 27 de febrero de 2006 y el Decreto N° 3.413 del 28 de diciembre de 1979.

Que, desde el punto de vista formal, la presentación efectuada se corresponde con el reclamo administrativo

previo regulado por el Artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, modificado por el Artículo 12 de su similar N° 25.344, el que, conforme sus términos, debe ser resuelto por la autoridad superior de la entidad autárquica interviniente.

Que la citada Ley N° 25.164 y su Decreto Reglamentario N° 1.421 del 8 de agosto de 2002 en su articulado prevén el reconocimiento de licencias, justificaciones y franquicias.

Que el referido Decreto N° 3.413/79, modificado por su similar N° 894 del 6 de mayo de 1982, aprueba el régimen de licencias, justificaciones y franquicias para el Personal Civil de la Administración Pública Nacional.

Que el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el citado Decreto N° 214/06, en sus Artículos 134, inciso e), 140 y 141, contiene disposiciones acerca de las licencias por nacimiento y para la integración familiar.

Que, asimismo, resultan aplicables las normas del Código Civil y Comercial de la Nación relativas al Título Preliminar y al Libro Segundo, correspondientes a las Relaciones de Familia.

Que en el Artículo 1° del mencionado cuerpo legal se determina que los casos que rige dicho Código deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, de conformidad con la CONSTITUCIÓN NACIONAL y los tratados de derechos humanos en los que la REPÚBLICA ARGENTINA sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Que el Artículo 2° del mencionado Código prescribe que 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.

Que, a su vez, el Artículo 3° señala que: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”.

Que el aludido Código reconoce que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de dicho Código.

Que, además, regula las normas relativas a la responsabilidad parental correspondientes al conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Que la Ley N° 26.618 en su Artículo 2° sustituye el Artículo 172 del Código Civil y reconoce que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo sexo o de diferente.

Que, por su parte, la Ley N° 27.064 tiene por objeto regular las condiciones de funcionamiento y supervisar pedagógicamente las instituciones no incluidas en la enseñanza oficial que brindan educación y cuidado de la primera infancia desde los CUARENTA Y CINCO (45) días hasta los CINCO (5) años de edad.

Que el asunto de marras se enmarca, también, en el Sistema de Protección derivado de los Tratados

Internacionales con injerencia en el tema, suscriptos por la REPÚBLICA ARGENTINA; en particular, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos ellos, gozan de jerarquía constitucional de conformidad con el Artículo 75, inciso 22) de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la Resolución N° RESOL-2020-228-APN-MAGYP del 12 de noviembre de 2020 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, en su Artículo 1° crea la Unidad de Transversalización de Perspectiva de Género en el ámbito del citado Ministerio, cuyo objetivo es conformar una instancia de gestión que permita el tratamiento de dicha temática desde diversos ámbitos a los fines de promover la igualdad de géneros y entre sus integrantes se encuentran representantes de este Organismo.

Que por la Circular del 6 de marzo de 2020 de la Unidad Presidencia del citado Servicio Nacional se impulsa el Programa Integral de Transversalización de Género en el ámbito del SENASA.

Que, asimismo, como fuente de interpretación del derecho, corresponde tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales dictados en la materia.

Que el asunto traído a consideración consiste en un pedido de licencia por nacimiento que realiza el agente D. PERSICO y que, conforme aquel señala, reviste de ciertas particularidades.

Que, por un lado, la procreación se ha dado en el marco de un método de gestación por sustitución, autorizado judicialmente conforme lo acreditó debidamente el mencionado agente y, por el otro, que la unidad familiar está conformada por un matrimonio integrado por personas del mismo sexo, por lo que resultan aplicables las disposiciones de la citada Ley N° 26.618 que, en conjunto con las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación, impiden efectuar distinciones basadas en tal condición.

Que en función de las particularidades descriptas, nos encontramos ante un vacío legal que debe ser subsanado mediante una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, acorde con los principios de no discriminación, igualdad ante la ley, analogía y de la sana crítica y, por sobre todo, debe prevalecer en la interpretación la perspectiva de género y el interés superior de la persona por nacer.

Que, al respecto, se observa que el mentado Decreto N° 214/06 reconoce en el Artículo 134, inciso e), la licencia por maternidad, por la cual se le concede a la persona gestante hasta CIEN (100) días corridos de licencia, distribuidos entre el momento anterior y posterior del parto.

Que en cuanto a la persona no-gestante que ejercerá las tareas de corresponsabilidad parental, el Artículo 140 del precitado decreto estipula que tiene derecho a una licencia de QUINCE (15) días corridos por nacimiento de hijo/a a partir de la fecha del nacimiento.

Que la norma en cuestión no hace distinción en función al género, respecto de quién es la persona que ejerce las tareas de corresponsabilidad.

Que, sin embargo, teniendo en cuenta la distinción de plazos que se da entre ambos tipos de licencia, cabe interpretar que la licencia prevista por el Artículo 140 del referido texto legal presupone la existencia de otra persona que va a cumplir el rol principal en las tareas de cuidado del menor; rol que en general es ocupado por la persona gestante (la mujer) a quien se le concede el plazo de CIEN (100) días corridos de licencia.

Que en virtud de que la realidad social en la que necesariamente toda norma se encuentra inmersa, no implica que dicho rol no pueda ser ejercido por otra persona que ostente el vínculo de filiación con el niño.

Que vistas las prescripciones del Artículo 141 del citado Decreto N° 214/06, relativas a la licencia para la integración familiar en caso de guarda con fines de adopción y/o adopción de integración, la norma no solo que no hace distinciones en función al género, sino que además prevé para el caso de que la guarda fuese otorgada a un matrimonio o a quienes acrediten unión convivencial y que ambos sean trabajadores comprendidos en el convenio, que se pueda alternar la licencia de CIEN (100) días corridos, de la forma que les sea más conveniente, a decisión de las partes.

Que la finalidad de este tipo de licencias es tutelar la integración familiar, teniendo en miras el interés superior del niño.

Que es necesario destacar la importancia de la licencia por nacimiento, en cuanto a la protección y cuidado que debe recibir el recién nacido en sus primeros días.

Que, en este aspecto, cabe recordar que el principio del interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas, en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor.

Que este principio del derecho se encuentra expresamente receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño suscripta por la REPÚBLICA ARGENTINA, la cual tiene jerarquía constitucional en los términos del Artículo 75, inciso 22) de la Constitución Nacional.

Que la citada Convención sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 2°, inciso 2) instruye que: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Que, por su parte, el Artículo 18, inciso 1) de dicha Convención prevé que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Que en orden a los compromisos que ha asumido la Argentina al suscribir la mencionada Convención, el SENASA debe asumir medidas administrativas adecuadas, de manera de proteger el interés superior de los niños y garantizar la consecución de los derechos y obligaciones que los trabajadores y trabajadoras tienen en el ámbito de sus responsabilidades parentales con aquellos.

Que resulta necesario destacar, además, la importancia que reviste el cuidado de los niños en sus primeros días de vida, ya que científicamente se ha demostrado que es el período en el que se establece el primer vínculo, la primera forma de relación y nacen las bases para el establecimiento de la salud mental del niño.

Que, por tal motivo, es fundamental adoptar medidas administrativas que permitan favorecer el apego seguro entre el niño y su familia.

Que, por otro lado, cabe tener en cuenta que si bien a nivel institucional existen organizaciones que brindan

educación y cuidado a la primera infancia, las cuales son indispensables para que las personas a cargo de los niños puedan equilibrar las tareas de cuidado con las laborales, esta atención está garantizada a partir de los CUARENTA Y CINCO (45) días de vida, a través de los jardines maternos, conforme lo previsto por el Artículo 4º, inciso a) de la Ley N° 27.064, quedando un vacío de protección institucional durante el primer mes y medio de vida.

Que hechas estas observaciones corresponde resaltar que el derecho no es estático ni inmutable y que las transformaciones sociales permean en el ordenamiento jurídico.

Que, como parte de estas transformaciones, en el año 2010 se sanciona la citada Ley N° 26.618, conocida como “ley de matrimonio igualitario”, que reconoce a nivel nacional el derecho a contraer matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo sexo o de diferente.

Que en el marco de las nuevas relaciones familiares también comenzaron a proliferar las peticiones de licencias por nacimiento de personas no gestantes, es decir, aquellas que no han concebido ni gestado al niño.

Que, en estos casos, la jurisprudencia ha tenido que suplir los vacíos legales y ordenar licencias de nacimientos más extensas que las previstas legalmente a las personas no gestantes.

Que, al respecto, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1, Secretaría N° 1 de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, en los autos caratulados “E. B. A. G. y otros c/GCBA s/Amparo – Impugnación Inconstitucionalidad”, hizo a lugar a la petición de la accionante y ordenó conceder la licencia por maternidad oportunamente solicitada, destacando, por ejemplo, que si bien en abstracto la norma, en su nueva redacción, no parecería contener una disposición arbitraria, ilegítima ni discriminatoria en tanto no supedita el otorgamiento de la licencia a determinado género, la modificación del sistema y el modo en que tal cambio normativo ha sido implementado e interpretado por la autoridad habría aparejado en los hechos una restricción y afectación a los derechos constitucionales, al impedir el goce de una licencia laboral con motivo de su maternidad, que importaría una lesión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. Afirma también que la modificación normativa descripta 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”, quien bajo la interpretación del órgano administrativo y dada la falta de regulación no tendría derecho de goce de la licencia por maternidad (sin perjuicio de señalar que tal consideración también afectaría a parejas heterosexuales que recurran a la denominada “maternidad subrogada”). Así, dada la clara clasificación de categoría sospechosa que contienen las diferenciaciones basadas en función de la orientación sexual o cuestión de género de las personas, cabe considerar presuntamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional la limitación o restricción de derechos que de tal distinción se deriva. A su vez, efectúa una consideración especial del interés superior del niño, en tanto afirma que es claro que el goce de la licencia por maternidad se encuentra regulado también en beneficio de los niños y niñas (más allá de que constituya un derecho laboral), máxime si se tiene en cuenta que la coactora ha indicado que una de las finalidades de la licencia solicitada es la de poder amamantar a su hijo e hija.

Que, en la misma línea, cabe remitirse a lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12, Secretaría N° 23, en los autos caratulados “N., G. N. c/GCBA s/medida cautelar autónoma”, por la que se ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que otorgue una licencia por maternidad de CIENTO VEINTE (120) días a una empleada docente en virtud del nacimiento de su hija en el marco de su matrimonio igualitario, pese no haber cursado el embarazo. Así, se enuncia 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. Entiende que la reglamentación debe ser interpretada armónicamente con los nuevos derechos de parentalidad, que no distinguen el género, ya que el matrimonio igualitario fue reconocido por la citada Ley N° 26.618 y por el Artículo 402 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en fecha 27 de junio de 2019, en los autos caratulados “Pasarin, Yanina Beatriz c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP – PAMI) s/Medida Autosatisfactiva” – FLP 28498/2019/CA1, concede cautelarmente la licencia por maternidad requerida por la cónyuge no gestante, respecto del hijo por nacer de su esposa gestante, fundado en la ausencia de regulación del Artículo 60 del Convenio Colectivo de Trabajo para los Trabajadores del INSSJP N° 697/2005. Sobre el particular, expresa que el régimen jurídico aplicable no se encontraba actualizado conforme a los derechos emergentes de la nueva legislación de identidad de género (Ley N° 26.743), de matrimonio igualitario (Ley N° 26.618), de la diversidad familiar y de las técnicas de reproducción humana asistida (Artículos 401 y ss., 509 y ss., y 558 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación); por lo que resultará necesario compatibilizar el régimen local a los estándares de protección que dimanen de las normas de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, señala que el modelo de familia patriarcal que refleja la Ley N° 10.430, donde el rol de la mujer estaba destinado al cuidado y crianza de los hijos, mientras que el varón debía trabajar para proveer los alimentos, queda en evidencia al otorgar tan disímiles días de licencia a uno y otro caso. Por último, enfatiza que ante la ausencia de una regulación expresa para el otorgamiento de la licencia por co-maternidad y la obligación de los magistrados de expedirse, aun ante las lagunas de la ley, corresponde evaluar la solución del caso de conformidad con situaciones semejantes o, en su defecto, acudir a los principios generales del derecho.

Que la Sentencia dictada por la Cámara del Trabajo de Cipolletti, Provincia de RÍO NEGRO, en autos caratulados “C., A.E. s/ medida autosatisfactiva” dictó una medida autosatisfactiva en la que ordenó a la Policía de la provincia otorgarle SEIS (6) meses de licencia a una agente que fue madre, aunque fuera su pareja quién gestó. Los jueces analizaron el régimen de licencia familiar por nacimiento destinado a agentes del sector público provincial y, en tal sentido, opinaron que “no se tiene en cuenta el género, sino la función, el rol que le corresponde a la persona que convive con quién gestó el embarazo y dio a luz”.

Que en el ámbito de la Administración Pública cabe mencionar el caso del Hospital de Pediatría “Dr. Juan Pedro Garrahan”, que se trata de un ente autárquico cuya administración es bijurisdiccional entre el ESTADO NACIONAL y el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

Que el Consejo de Administración de dicho ente aprobó la Resolución N° 827/2020 por la que se regula un nuevo régimen de licencia por maternidad o responsabilidad parental que alcanza a las personas del colectivo LGBTIQ+ ante el nacimiento de un hijo o hija, en línea con el reconocimiento y ampliación de derechos a las disidencias. Se trata de una medida que otorga NOVENTA (90) días corridos de licencia por responsabilidad parental a una parte de un matrimonio o unión convivencial del mismo sexo, con goce íntegro de haberes a partir del nacimiento de su hijo o hija. Asimismo, dicha resolución señala que se podrá hacer uso de esta licencia siempre y cuando la pareja o conviviente no la haya utilizado.

Que como correlato de lo señalado, se observa que la petición efectuada por el agente D. Gastón PÉRSICO puede ser atendida en forma satisfactoria, teniendo en consideración que el mismo ha manifestado expresamente ante el Juzgado que autorizó la gestación por sustitución, que será quien ocupará el “rol materno” en la crianza de su hijo recién nacido.

Que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que según lo indicado por el Juzgado de Familia interviniente, el

menor no tendrá vínculo jurídico con la mujer gestante y que la licencia ya ha sido solicitada por el señor D. PÉRSICO ante dicho Juzgado, y aquel ordenó que se acuda en forma tempestiva por ante su respectivo empleador siguiendo -en su caso- la vía pertinente.

Que la OFICINA NACIONAL DE EMPLEO PÚBLICO, dependiente de la SUBSECRETARÍA DE EMPLEO PÚBLICO de la SECRETARÍA DE GESTIÓN Y EMPLEO PÚBLICO de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, ha tomado conocimiento de las actuaciones y mediante Nota N° NO-2022-38457473-APN-DIYAN#JGM comunica que por razones de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites se estima pertinente continuar con la tramitación de la solicitud.

Que la Dirección de Asuntos Jurídicos ha tomado la intervención que le compete.

Que la suscripta es competente para dictar la presente medida en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8°, inciso t) del Decreto N° 1.585 del 19 de diciembre de 1996, sustituido por su similar N° 825 del 10 de junio de 2010.

Por ello,

LA PRESIDENTA DEL SERVICIO NACIONAL DE
SANIDAD Y CALIDAD AGROALIMENTARIA

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Hágase lugar a lo solicitado por el agente D. Gastón Ricardo PÉRSICO (D.N.I. N° 26.778.018), otorgándole la licencia con goce de haberes por el plazo de CIEN (100) días corridos contados a partir del nacimiento de su hijo.

ARTÍCULO 2°.- Hágase saber al interesado que el dictado de esta resolución agota la instancia administrativa, quedando expedita la acción judicial, la que podrá interponerse dentro de los NOVENTA (90) días hábiles judiciales de notificada la presente medida.

ARTÍCULO 3°.- Regístrese, notifíquese y archívese.