

DIVERSIDAD SEXUAL E IGUALDAD DE GENERO

Dras. María Laura Longo y Cecilia Aimé Brizuela

Introducción- Conceptos - Legislación Laboral Argentina – Marco Normativo en el Derecho Internacional – Reconocimiento igualitario y protección de los derechos de las personas LGBTI en la República Argentina – Casuística - Propuestas legislativas y convencionales introducidas por los poderes ejecutivo y legislativo de la Nación – Nuestra opinión – Bibliografía.

INTRODUCCION

La presente ponencia plantea la importancia de implementar cambios en la legislación laboral vigente tomando a la igualdad de género como principio rector, con el fin de modificar aquellas normas que al día de hoy, se encuentran desactualizadas.

Sostenemos que ante las “nuevas” realidades que se presentan, que si bien siempre existieron, son mayormente visibles en la actualidad, se generan una gran cantidad de lagunas legales al momento de aplicar las leyes, y por ello, consideramos necesaria una modificación que se adecúe con los tiempos modernos.

Para el estudio de esta problemática, hemos dividido el trabajo en distintos acápites. En primer lugar comenzaremos explicando la diferencia de conceptos entre “sexo” y “genero” y detallaremos qué es el modelo. Luego, reseñaremos el marco normativo internacional sobre el cual se apoya toda la nueva normativa que en los últimos años se ha dictado en nuestro país y mencionaremos las propuestas legislativas que existen en la actualidad sobre la temática que nos concierne, con las críticas que nos parecen oportunas realizar. Por último, expondremos nuestra propia opinión al respecto y nuestras propuestas en miras de la inclusión de las nuevas realidades sociales y familiares.

El objetivo de este trabajo es, en definitiva, mostrar todo el camino que falta por recorrer en materia de género y proponer nuevos cambios para adaptar las leyes a la sociedad actual.

CONCEPTOS

Para comenzar este trabajo, creemos necesario puntualizar la diferencia que existe entre “sexo” y “género”.

Por un lado, el “sexo” podría definirse como una categoría binaria, que tiene su origen en una interpretación historia y cultural que se ha hecho respecto a cuestiones anatómicas, biológicas, genéticas y fisiológicas, entre las personas, especialmente en relación a su genitalidad.

Por su parte, el vocablo “género” responde a una construcción social y cultural, y es una cuestión histórica y temporal, pues varía según el lugar y a la época, y se transmite a través de las costumbres y valores culturales. Es un conjunto de expectativas, oportunidades y atribuciones que la sociedad construye tomando como base la diferencia sexual. En definitiva, refiere a las características y atributos que son reconocidos por la sociedad como inherentes a lo masculino y a lo femenino. Este concepto no es sinónimo de hombre o mujer, sino que es una categoría relacional.

Esta construcción es aprendida por las personas a través del proceso de socialización, es decir que se transmite por las familias, la escuela, la religión, los medios de comunicación, y transcurre también a nivel de cada persona e influye en sus prácticas, roles, cualidades y valores.

Ahora bien, este modelo social y dominante entiende al género como un sistema en donde las diferencias se enlazan al sexo biológico de la persona, y da lugar a dos categorías: “masculino” y “femenino”. Sobre este esquema, se ha construido el llamado paradigma heteronormativo.

¿Qué es el modelo Heteronormativo?

Es una construcción cultural que impone la heterosexualidad como norma y única posibilidad de valor en la organización de la vida social humana. Este esquema establece un orden de jerarquías para la diversidad sexual, donde resulta dominante la heterosexualidad y excluye a las personas LGBTI. (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales).

Esta construcción se basa en la creencia de que lo normal, lo natural, lo saludable, no es más que la heterosexualidad, y esta resulta una norma implícita de comportamiento, por lo que lleva a la discriminación y violencia contra aquellos que no lo son, aquellos “anormales” o “antinaturales”. Se presupone que todas las personas son y deben ser heterosexuales.

Este modelo está impuesto por la ideología patriarcal, se sostiene y se desarrolla a partir de instituciones que legitiman y privilegian a la heterosexualidad e invisibilizan toda la diversidad de sexualidad que no se adecuen al modelo.

Hablamos de “heteronormatividad” en referencia a este paradigma que considera a la heterosexualidad como único modelo válido de relación sexual, afectiva y de parentesco. Se expresa en dar por supuesto que todas las personas son heterosexuales, y que esta forma de vida es más deseable que cualquier otra.

En este contexto, el concepto de familia no ha sido siempre el mismo, pues varía según la época y el contexto histórico. Tradicionalmente, cada época ha producido un modelo hegemónico de familia que se presenta como si fuera el único, pero la realidad, es que “la familia” es una construcción cultural y los lazos familiares han adoptado diversas formas a lo largo de la historia.

En las sociedades occidentales se encuentra muy arraigada la figura de familia heterosexual como desprendimiento de nuestra propia naturaleza, pero en realidad no es más que un producto de las interacciones y convenciones sociales.

Hoy en día se habla de “diversidad familiar” como algo nuevo, cuando en realidad ha existido siempre, sólo que se encontraba invisibilizado, justamente, por los modelos heteronormativos.

En la Argentina se han producido en los últimos años enormes avances legislativos en relación con el reconocimiento de las libertades y derechos a las personas en relación a su identidad de género y elección sexual. Así, mediante la sanción de nueva normativa, como ser la Ley de Matrimonio Igualitario y Reproducción Asistida, DNU 1006/12, nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se dio visibilidad a estas realidades preexistentes.

Las nuevas conformaciones familiares son también reconocidas por el nuevo Código Civil y Comercial, que el anterior no reconocía e incluso, invisibilizaba. En relación con la diversidad sexual no se hacen distinciones entre varón y mujer a los efectos de

definir quiénes pueden unirse en matrimonio y se consolida el concepto de vida en común como eje de la unión matrimonial.

Respecto a la adopción, cabe destacar que nuestro país admite actualmente la adopción homoparental. Esta “homoparentalidad” es una novedad histórica pues constituye un cambio en el paradigma de familia tradicional y ha sido reconocida como consecuencia de la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario.

LEGISLACION LABORAL ARGENTINA

Este nuevo modelo normativo inclusivo no encuentra correlato en la legislación laboral vigente que aún recepta el modelo heteronormativo.

En este contexto, el plexo normativo laboral dedica un capítulo a los derechos de la mujer trabajadora, a la que le concede la licencia por maternidad de 90 días y la protección contra el despido arbitrario durante el período de gestación y con posterioridad al nacimiento del hijo (arts. 177 y ss.). Por su parte, el art.158 del mismo cuerpo legal otorga solamente dos días por nacimiento de hijo al progenitor varón.

Este escenario deja afuera a muchas familias. Si se entiende que las licencias por maternidad y paternidad son un instrumento clave para garantizar el derecho de los padres a cuidar y el derecho de los niños a ser cuidados, su acceso debería ser universal.

Además, tiene un sesgo maternalista. Al ser la licencia por maternidad mucho más larga que la licencia por paternidad, contribuye a la injusta sobrecarga de las mujeres en tareas de cuidado y a la discriminación por género en el mercado laboral.

En tal sentido, dados los nuevos modelos de familia -inclusive la heteroparental- en la que los roles que asumen los miembros de la pareja ya no se corresponden necesariamente con el modelo “maternalista” en el que es exclusivamente la mujer la que se encuentra a cargo de la crianza y el cuidado de los hijos, sino que esta tarea se comparte con el otro progenitor (varón o mujer).

En particular, y adentrándonos al tema que aquí nos ocupa, entendemos que este sistema tampoco se adapta a diversos formatos de familia entre las cuales abundan las familias ensambladas, monoparentales u homoparentales, entre otras, con padres biológicos y adoptivos, y las licencias no atienden sus necesidades.

En tales casos, existen diversas situaciones que no se encuentran receptadas en la norma. Por ejemplo, podría darse el caso de que la persona gestante no se identifique como “personal femenino” tal como lo establece el art. 177 de la LCT, por haber adoptado la identidad de género masculino; o que el trabajador/a no fuera la persona gestante, ya sea por haber recurrido al método de subrogación de vientre.; o que los progenitores sean dos personas de género masculino a los que la ley no les otorga licencia alguna.

Asimismo, no podemos soslayar que mediante la Sanción del Dto. 3413/79 se ha instruido para los trabajadores de la Administración Pública licencia en caso de tenencia con fines de adopción en su art. 10.h. que dispone: “*la agente mujer que se la otorgado la tenencia de uno o más niños de hasta siete (7) años de edad, con fines de adopción, se le concederá licencia especial con goce e haberes por un término del sesenta (60) días corridos a partir del día hábil siguiente al de haberse dispuesto la misma*”.

Ahora bien, de si bien es un adelanto en materia de adopción, la cual no se encuentra regulada ni siquiera en la Ley de Contrato de Trabajo, lo cierto es que también prevé la licencia únicamente para el personal de sexo femenino, y no contempla en modo alguno las situaciones antes descriptas.

MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El reconocimiento de las libertades individuales en relación a la orientación sexual y identidad de género encuentran su andamiaje jurídico en diversas normas que integran derecho internacional.

Entre ellas, podemos mencionar las siguientes:

Convenio OIT 111. Ratificado por Argentina el 18 de junio de 1968

Artículo 1

- 1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:
 - (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

Los **compromisos asumidos por los Estados** que ratificaron el convenio comprenden, entre otros, los de:

- **derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;**
- **llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;**

Convenio 156 OIT. Ratificado el 1° de diciembre de 1986

Este convenio propende a la erradicación de la discriminación de trabajadoras y trabajadores con hijo y/o familiares a su cargo y en su artículo 3° establece:

*”Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de **permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales**”*

Asimismo el art.5° establece que;

*“Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trata entre trabajadores y trabajadoras, **deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:***

a) Permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;

b) Tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

Y en relación con las obligaciones Y/o recomendaciones efectuadas a los Estados firmantes, dispone:

Art 6°: *“Las autoridades y organismos competentes de cada país **deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una***

mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas.

Art 7°: “Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesional, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

Art 8°: “**La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo**”.

Art 9°: “Las posiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, Convenios Colectivos, reglamentos de empresas, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales”.

Art.11: “Las Organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán el derecho a participar, según modalidades adecuadas a las condiciones y a la práctica nacionales, en la elaboración y aplicación de las medidas adoptadas para dar efecto a las disposiciones del presente Convenio”.

Convenio OIT 190 - Ginebra 21 de junio de 2019 (aún no ratificado por la Argentina)

Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio:

a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan

de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Sin perjuicio de destacar que el convenio 190 al que nos referimos se refiere fundamentalmente a las situaciones de acoso y violencia por la razón de pertenecer al género femenino, no se nos escapa que dentro de sus disposiciones también se hace mención a la necesidad de erradicar las situaciones de los grupos en situación de vulnerabilidad, connotación que, entendemos, puede válidamente aplicarse a las personas LGBTI y su integración en el mundo del trabajo y en particular, el derecho a la no discriminación que aquí nos ocupa.

En tal sentido, dispone en el capítulo III que *“Todo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.*

Principios de Yogyakarta (2006)

En materia de diversidad sexual fueron desarrollados por una Comisión Internacional de Juristas y Especialistas los llamados “Principios de Yogyakarta” con la finalidad de orientar la aplicación e interpretación de estándares y legislación internacional de derechos humanos en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

Si bien estos documentos forman parte de la “Soft Law”, es decir, no son vinculantes para los Estados, lo cierto es que tienen efecto que tornan relevantes por la autoridad que emanan y su congruencia con el sistema de garantías internacionales vigentes.

Estos principios fueron presentados en el año 2007 ante en la sesión del Consejo de Derechos Humanos de la Onu en Ginebra.

Destacamos aquellos que guardan relación con el trabajo:

“Nº 24: Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias.

Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de sus integrantes.

Los estados: Adoptaran todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la indemnización pro donante), sin discriminación por motivos de orientaciones sexual o identidad de género; velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de las familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptaran todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos e Estados que reconocen los matrimonios o las uniones registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión esté disponible, el igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión”.

Los principales aportes de los Principios son:

- Analizan una amplia gama de normas de derechos humanos y su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género.
- Estipulan la obligación primordial que tienen los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos.
- Además, cada principio viene acompañado por recomendaciones dirigidas a los estados, e incluyen recomendaciones adicionales dirigidas al sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, a las instituciones nacionales de derechos humanos, a los medios de comunicación, a las organizaciones no gubernamentales y a las agencias financiadoras.

Estos Principios son relevantes porque ponen en relieve la situación de especial vulnerabilidad que padecen las personas que pertenecen al colectivo LGBTI. Si bien en teoría el marco normativo las protege, en la práctica sus derechos son conculcados por su orientación sexual o su identidad de género.

Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Naciones Unidas (2008)

Se reafirmó el reconocimiento de todas las personas al goce de sus derechos humanos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, como así también la necesidad de que los Estados velen por la erradicación de la violación de tales derechos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.

RECONOCIMIENTO IGUALITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Desde una perspectiva de diversidad sexual, durante los últimos años, nuestro país ha logrado importantes avances legislativos que han aportado nuevos niveles de protección de los derechos de las personas LGBTI y han contribuido a la discusión pública acerca de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género.

Con respecto al ámbito laboral, si bien existe un marco legal más favorable a la diversidad sexual que ha aportado nuevos niveles de protección y garantía de derechos, aún faltan algunas reformas en lo que se refiere a la legislación en esta materia, para alcanzar un marco verdaderamente inclusivo.

Entre los instrumentos legislativos vigentes en nuestro país en torno al tema que aquí nos ocupa podemos destacar los siguientes:

Constitución Nacional

Se encuentran receptados en el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional a través de la ratificación de los pactos Internacionales y convenciones de la OIT mencionados en el acápite anterior.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decidido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de DDHH.

Asimismo, el Comité encargado de la interpretación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resolvió que en “cualquier otra condición social” se incluye la orientación sexual e hizo explícita la prohibición de discriminación a personas trans e intersexuales.

De esta manera, nuestro sistema constitucional reconoce a las personas LGBTI el derecho a vivir una vida libre de discriminación. Su reconocimiento y protección procede en todos los ámbitos en que se desarrolle su vida, incluyendo el laboral.

Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618) de 2010

“Todos los matrimonios y las familias en Argentina son iguales ante la ley”. Su trascendencia reside en el cambio en la concepción jurídica y cultural del matrimonio, el cual dejó de ser heteronormativo, tan solo con el reemplazo de la expresión “hombre y mujer” por la de “contrayentes”.

Así, un matrimonio puede ser constituido por dos personas de igual o de distinto género, en igualdad total de derechos y obligaciones. A esos fines, la ley dispone que ninguna norma del sistema jurídico argentino puede ser aplicada restringiendo esta igualdad.

También estableció el régimen de filiación de niños y niñas, y garantizó el derecho a la adopción conjunta, para todos los matrimonios.

Esta modificación se fundamentó en el principio de igualdad y no discriminación, así como en la protección integral de todas las familias y, especialmente, en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que integran familias homoparentales y lesbomaternales.

Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) de 2012

“La identidad de género de la persona es absolutamente independiente de su genitalidad”.

Esta ley reconoce el derecho a la identidad de género autopercebida de todas las personas, y resulta de fundamental importancia para las personas trans, cuyos derechos han sido históricamente vulnerados en todos los ámbitos de la vida.

Permite modificar toda la documentación para adecuarla a la identidad de género autopercebida, a solo pedido de la persona interesada, sin requerir autorización judicial ni diagnósticos médicos y/o psiquiátricos.

Ley de Actos Discriminatorios (Ley 23.592) de 1988

Esta ley otorga a la persona damnificada por cualquier acto de discriminación la facultad de exigir su cese y reclamar la reparación del daño ocasionado. Si bien su texto no menciona los pretextos de discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género, su interpretación armónica con la normativa de origen constitucional, convencional y legal obliga a considerarlos incluidos. Su alcance es general, por lo que se aplica tanto a las relaciones laborales como a aquellas que la organización entable con terceras personas.

Ley de Reproducción Médicamente Asistida (Ley 26.862) de 2013

Garantiza el acceso universal a estas técnicas, sin limitaciones por orientación sexual ni estado civil y, en cuanto a la cobertura, establece su inclusión en el Programa Médico Obligatorio (PMO). De este modo, se protege la igualdad de acceso a los derechos reproductivos.

Código Civil y Comercial de la Nación de 2014

El nuevo Código Civil y Comercial incorporó los reconocimientos de derechos efectuados por la Ley de Matrimonio Igualitario y la Ley de Identidad de Género, así como también los de la Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida.

El Código también se ocupa de brindar protección a las uniones afectivas entre dos personas convivientes que deciden no contraer matrimonio al incorporar el instituto de las uniones convivenciales en forma igualitaria, independientemente del género de sus integrantes.

Esto significa que las parejas en unión convivencial, de cualquier orientación sexual, pueden gozar de derechos patrimoniales, familiares (copaternidad, comaternidad, adopción conjunta, etc.), laborales (licencias por enfermedad), y de la seguridad social.

El Código ratifica el contenido de la Ley de Identidad de Género considerando como “justo motivo”, entre otros, a la identidad de género para realizar el cambio registral sin intervención judicial.

Además, incorpora la “voluntad procreacional” como el elemento determinante de la filiación de los niños y niñas nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción médicamente asistida (TRMA).

Ley de Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Ley 23.798) de 1990

Protege a las personas que viven con VIH/Sida. De esta se desprenden los principios de no discriminación, confidencialidad, voluntariedad y atención integral en salud. La ley busca eliminar la discriminación bajo este pretexto en todos los espacios, incluyendo los ámbitos laborales.

Ley de Salud Mental (Ley 26.657) de 2010

Promueve la despatologización de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, estableciendo que, en ningún caso, pueden hacerse diagnósticos en el campo de la salud mental sobre la base de la “elección o identidad sexual” de la persona.

Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26.522) de 2009

Dentro de sus objetivos se encuentra promover un tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando la discriminación por pretextos de género y orientación sexual.

Ley de Femicidio (Ley 26.791) de 2012

Establece el “femicidio” y extiende las circunstancias agravantes de las penas de algunos delitos cuando son motivados en la orientación sexual, la identidad o la expresión de género de la víctima. De esta forma, se reafirma, a través del derecho penal, los valores que el Estado desea tutelar, en este caso, el derecho de las personas LGBTI a vivir una vida libre de violencia y discriminación.

Ley Programa Nacional de Educación Sexual Integral (Ley 26.150) de 2006

Los lineamientos curriculares para su aplicación toman en cuenta la realidad de las diversas formas de conformación familiar, así como incorporan contenidos para la valoración de todas las personas independientemente de su apariencia, identidad y orientación sexual. De esta manera, la diversidad sexual se plantea como un tema relevante a nivel nacional para ser trabajado con las nuevas generaciones.

NORMATIVA ESPECIFICA DEL AMBITO LABORAL

Constitución Nacional Argentina

La Constitución Nacional Argentina establece, en su artículo 16, que *“todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”* y, en sus artículos 14 y 14 bis, otorga un piso de derechos en materia laboral que, no solo garantiza el derecho al trabajo, sino también su protección, condiciones dignas y equitativas, igual remuneración por igual tarea y protección contra el despido arbitrario.

Ley de Contrato de Trabajo (LCT) (Ley 20.744) de 1976

La LCT regula las relaciones del trabajo en el ámbito privado y establece las normas generales de aplicación en la materia. Dicha ley prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos tales como sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (art. 81).

Asimismo, contempla el derecho a la libertad de expresión en los lugares de trabajo. Esto implica, además, que la parte empleadora en ningún momento podrá realizar averiguaciones o indagar sobre la orientación sexual del trabajador, al igual que sobre sus opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales

Resoluciones administrativas

El MTEySS emitió la **Resolución 331/2013**, a través de la cual se extendió la cobertura prevista por el Seguro de Capacitación y Empleo a las personas trans en situación de desempleo. La posibilidad de acceder a las prestaciones de dicho seguro forma parte de un abordaje integral de la política pública, destinado a mejorar las condiciones de empleabilidad y apoyar la inserción laboral de personas trans en empleos de calidad

En 2008, la ANSES reconoció el derecho a la pensión por viudez a las parejas convivientes del mismo género del mismo modo que lo reconocía a las parejas convivientes de distinto género.

Convenios Colectivos de Trabajo

Algunos sindicatos han incorporado en sus Convenios Colectivos de Trabajo cláusulas contra la discriminación por la orientación sexual, y en uno de ellos se incluyó, además, la identidad de género.

Desde el MTEySS, se impulsó la firma de un “Acta de Creación del Compromiso Intersindical por la Diversidad Sexual”, que pasó a denominarse “Intersindical por la Diversidad Sexual”, y que cuenta con la participación de 140 sindicatos y el acompañamiento del Estado Nacional, con el objetivo de desarrollar acciones conjuntas en pos de lograr ambientes laborales respetuosos de la orientación sexual e identidad de género.

CASUISTICA.

En este contexto, se han presentado algunos casos particulares en los que se deja entrever el vacío legal y las situaciones injustas y discriminatorias y, por ende, contrarias a los derechos consagrados en la ley fundamental:

1) En la ciudad de La Plata, una trabajadora de ARBA solicitó la licencia por maternidad, pero no se la otorgaron por cuanto no era la persona gestante del niño, sino que lo era su pareja, y en cambio, le concedieron la licencia por “paternidad”. La trabajadora refirió que “Hay una contradicción entre lo que me dicen y lo que dice la ley. Me dicen que yo soy no gestante, por lo tanto no me corresponde la de maternidad. Pero en la ley, en el artículo de licencias por adopción sí dan los 3 meses de licencia. Ahí sería una contradicción porque la persona que adopta no es gestante” y solicitó una medida autosatisfactiva en la justicia provincial.¹

2) Una docente de General Roca, Río Negro, obtuvo una licencia por maternidad a pesar de no ser la madre gestante. Lorena Jerez (41) y Jorgelina Fernández (38) contrajeron matrimonio en 2012 en el marco de la ley 26.618 de matrimonio igualitario. Una es maestra y la otra trabaja en el sector privado.

Cuando las mujeres decidieron concebir un hijo utilizaron el método de fecundación in vitro. Jerez –la madre no gestante- tramitó su licencia en las oficinas del ministerio de Educación en Roca. Su expectativa era obtener una licencia normal como “madre” puesto que, en rigor, es mujer y es madre, pero los estatutos no consideraban su situación y la única alternativa disponible fue desde el principio que ella figurara como “padre” con lo cual le serían dispuestos 15 días de licencia.

La resolución N° 233/98 establece que los docentes pueden recibir: “150 días corridos por embarazo. 180 días corridos por nacimiento múltiple. Hasta 180 días corridos por niño discapacitado. 120 días corridos por adopción. 150 días por tenencia múltiple. 150 días corridos por tenencia de un niño discapacitado”. Nunca fue contemplado el caso de una mujer no gestante que se convierte en madre al estar en pareja con otra persona de su sexo.

¹ <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/nuevas-familias-buscan-actualizar-licencias-paternidad-maternidad-nid2203997>

Finalmente, la docente mantuvo una entrevista con la ministra de Educación, Mónica Silva, quien destrabó el conflicto. La funcionaria entendió que existe un “vacío legal” y dispuso una licencia de 120 días a través de un dictamen de la Subsecretaría de Administración y Asuntos Legales del Ministerio de Educación y DDHH.

"Tanto la escuela como el sistema educativo en su totalidad deben ir acomodándose a las nuevas estructuras familiares, producto de la libertad de género y elección particular de cada una de las personas. En ese sentido, ya estamos estudiando modificaciones en el marco legal y normativo para el cuidado de hijos de matrimonios, uniones civiles y otras alternativas entre dos varones también, además de otras posibilidades. El caso de Lorena nos hizo ver un vacío legal que ya estamos supliendo", indicó Silva en un comunicado.²

Si bien en este último caso, la propuesta primeramente ofrecida por la entidad empleadora (licencia por paternidad) no se ajustaba a la realidad de la trabajadora, por cuanto, tal como ella refirió, no es el “padre”, lo cierto es que entendemos que la solución adoptada por el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Río Negro podría válidamente generar reclamos de parte de un matrimonio de dos varones por sentirse discriminados, toda vez en razón de su género no podrían acceder a la licencia por “maternidad” concedida a la trabajadora, como así también de parte de los padres heterosexuales, quienes también ven limitado el tiempo de cuidado de sus hijos por la misma razón.

3) En España se ha dictado una sentencia por el Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (Sentencia 668/2012 del 18/10/2012) en el que se otorgó la “baja por maternidad” a un hombre que integraba una pareja con otro hombre en la que habían recurrido a la técnica de subrogación de vientre para la concepción de su hija. En el caso, ninguno de los integrantes se encuadraba en la categoría de progenitor gestante ni tampoco eran adoptantes de la niña, por lo tanto existía un vacío legal respecto de su situación.

El Juzgado de Primera instancia había denegado la pretensión fundando su decisión en la prohibición de la ley española en relación con la técnica de “alquiler de vientre” al que había recurrido la pareja.

El Tribunal Supremo de Justicia de Madrid revocó la sentencia dictada y entre sus consideraciones expresó que:

² https://www.clarin.com/sociedad/primera-vez-otorgan-licencia-maternidad-madre-gestante_0_SyAucXcTf.html

“...debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja.”

“La finalidad que la maternidad por parto contempla la norma y a la que se adapta el propio régimen jurídico que la misma tiene establecido, no es equiparable con la situación que ostenta el demandante, porque, además de la finalidad que se persigue con esta concreta protección (salud de la madre, antes y después del parto, además de la de su atención al nacido)...”

“Queda por determinar si existe otra posición en la que poder incluir o entender incluido el supuesto en el que se encuentra el demandante dentro del derecho prestacional que demanda.”

“Como se ha dicho, junto a la maternidad por parto existe la maternidad por adopción y acogimiento familiar, donde los sujetos beneficiarios son los que la norma identifica como “progenitores” de esa clase. Ciertamente, el demandante y su pareja no han acudido a esta figura jurídica para establecer la relación familiar con su hijo y, por tanto, parece que no podría entenderse, en principio, que les fuera de aplicación ese régimen.”

“Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título...”

PROPUESTAS LEGISLATIVAS Y CONVENCIONALES INTRODUCIDAS POR LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO DE LA NACIÓN

Poder Ejecutivo. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (Actual Secretaría de Trabajo)

En el año 2016 y en el ámbito de una reunión Inter sindical se ha elaborado el denominado **“DOCUMENTO DE TRABAJO COMISIÓN TRIPARTITA PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (CTIO), MESA DE TRABAJO PARA LA DIVERSIDAD SEXUAL.”**, cuyo objetivo era introducir los temas de diversidad sexual en la negociación colectiva, puntualmente, referido a la incorporación de cláusulas referidas a las licencias de maternidad y paternidad, contemplando las familias co-maternales y co-paternales, así como también para cirugías de reasignación genital, en los Convenios Colectivos de Trabajo.

En esa línea, se propone la necesidad de elaborar cláusulas que posibiliten el andamiaje técnico jurídico, donde aún la normativa laboral no se ha pronunciado específicamente, para la protección de todas las conformaciones familiares y las diversas identidades de género, desde una perspectiva que considere la diversidad sexual.

Poder Legislativo.

Cámara de Diputados de la Nación.

Los legisladores nacionales han presentado diversos proyectos de ley a fin de modificar los artículos de la Ley de Contrato de Trabajo relativos a las licencias por paternidad y maternidad allí reguladas entre los que podemos encontrar:

1)-Proyecto 4398-D-2019³

Licencias especiales: Extiende la licencia por “nacimiento de hijo” a la persona “no gestante” a 15 días corridos.

Licencia por parto: Reemplaza el vocablo mujer por “persona gestante” e incorpora el art.177 bis, en el que se otorga el derecho –una vez transcurridos 30 días desde el

³ <https://www.hcdn.gov.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=4398-D-2019&tipo=LEY>

parto- de “optar por ceder los días de licencia por parto restantes a su cónyuge o conviviente, al progenitor o a la persona con la que comparta el ejercicio de la responsabilidad parental, de modo alternar o compartir el cuidado del nacido”.

Agrega que “Si la persona gestante falleciera en el parto o durante el período de descanso posterior a éste, el plazo que restase de la licencia por parto le corresponderá a su cónyuge o conviviente, o al otro progenitor del recién nacido, o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, aunque la persona gestante no haya manifestado su voluntad de ejercer el derecho de opción en el momento correspondiente.”, debiendo notificar a ambos empleadores dentro del plazo de 30 días desde el nacimiento.

Asimismo, propone la modificación del art. 178 de la LCT reafirmando la protección contra el despido de la persona gestante durante los períodos establecidos en la norma original y extendiendo además, dicha protección a la persona no gestante a la que se le hubiere cedido la licencia “cuando haya notificado debidamente de tal circunstancia a su empleador.”

Critica: Si bien el proyecto analizado introduce novedosos avances en nuestra legislación con la posibilidad de ceder parte de la licencia de la gestante al otro progenitor, conviviente, etc., fundándose en la idea del cuidado compartido del niño, consideramos que no se contempla en modo alguno las situaciones de familias compuestas por dos personas del sexo masculino, ya que ninguna de las dos sería “persona gestante” a los fines de ceder parte de su licencia a la otra, ni tampoco regula las licencias por adopción.

Además, en cuanto a la protección contra el despido, si bien extiende la presunción contenida en el art. 178 LCT a la persona no gestante a partir de la fecha de notificación del ejercicio de la opción, la que debe realizarse hasta 30 días después del nacimiento, lo cierto es que la persona no gestante podría ser despedida aún antes de esa circunstancia y por la sola razón de que tenga la posibilidad de hacerlo. Es decir, que desde el momento mismo de la concepción, al igual que en el caso de la persona gestante, el empleador del no gestante podría despedir al trabajador fundándose en la factibilidad de que se acoja a la opción que la ley le confiere.

2) Proyecto 3614-D-2019⁴

Modificación del art 177 LCT: Refiere a que quedará prohibido el trabajo del “personal femenino” durante los períodos que allí establece como comprendidos con anterioridad y posterioridad al parto. Además, introduce la licencia de 45 días para la adopción desde el otorgamiento de la guarda judicial y extiende la licencia a 180 días para la mujer trabajadora en el caso de que el niño nacido o cuya guarda se hubiera otorgado presentara alguna discapacidad. Asimismo, en este mismo caso, extiende al otro progenitor la licencia por 30 días.

Crítica: El citado proyecto replica el modelo matriacal y heteronormativo de la legislación original, en tanto utiliza los vocablos de “trabajadora” y “personal femenino”. No prevé en modo alguno la posibilidad que el gestante fuera una persona transgénero que se identifica como un varón y por lo tanto no se considera, a los fines de la norma “personal femenino” ni “trabajadora”.

3) Proyecto 3121-D-2019⁵

Propone la modificación del art. 177 de la LCT, en lo que aquí concierne, por el siguiente texto:

“a) Queda prohibido el trabajo de la persona gestante durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta setenta y cinco (75) días después del mismo...”.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente el embarazo al empleador, mediante la presentación del certificado médico correspondiente 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....

⁴<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3614-D-2019&tipo=LEY>

⁵ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3121-D-2019&tipo=LEY>

Garantízase el derecho a la estabilidad en el empleo durante el período de gestación. 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....

La trabajadora gestante a quien le corresponde los ciento veinte (120) días de prohibición de trabajo, puede renunciar a parte de los mismos para su utilización por parte del progenitor no gestante del plazo restante. En ningún caso la renuncia a los días de prohibición de trabajo podrá ser reducida a un plazo menor a los noventa (90) días. Dicha planificación deberá ser notificada al empleador de manera precisa.

b). Queda prohibido *por treinta (30) días corridos el trabajo del progenitor o progenitora no gestante, contados a partir del nacimiento*, los cuales se implementarán de la siguiente manera:

c) *En caso de adopción, los pretensos adoptantes contarán con ciento veinte (120) días corridos, pudiendo esta licencia ser compartida y en las proporciones que lo decidan*, sea ello de manera continua o alternada, debiendo ser, en este último supuesto, en períodos iguales o superiores a siete (7) días corridos. Dicha planificación deberá ser notificada al empleador de manera precisa.

d) Queda *prohibido el trabajo de la persona trabajadora que se someta a procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida según estipule el tratamiento*.

Garantízase la estabilidad laboral del progenitor no gestante, de la persona sometida a procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y de los pretensos adoptantes durante el mismo período de prohibición de trabajo establecido para estos en los incisos b, c y d de este artículo.

Críticas: Aquí podemos observar que repite el vocablo de “trabajadora” para referirse a la persona gestante como el individuo que se identifica con el sexo femenino únicamente.

Asimismo, la garantía de protección contra el despido del otro progenitor al que la persona gestante le cede parte de la licencia no se encuentra claramente explicada.

Tampoco lo está la garantía de estabilidad establecida en relación a la persona que se somete a tratamientos de fertilización asistida ni de su progenitor. Por lo demás, la

garantía para las personas adoptantes corre durante el mismo plazo de prohibición del trabajo, es decir que comienza con la licencia misma.

Estas previsiones no tienen en cuenta que durante el proceso previo de adopción al otorgamiento de la guarda, cualquiera de los adoptantes podría ser despedido por su empleador por causa de la futura maternidad/paternidad.

4) Proyectos 1390-D-2019 y 0647-D-2019 ⁶

Estos proyectos se limitan a ampliar el plazo de licencia para la mujer trabajadora, reproduciendo el modelo matriacal y obviando de esta manera la adecuación legislativa que aquí nos ocupa.

Podemos mencionar la existencia de otros proyectos de similar contenido a los que también le caben las críticas antes referidas

NUESTRA OPINION

En nuestra opinión consideramos que existe una imperiosa necesidad y una obligación asumida por el Estado Argentino al refrendar los convenios y tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a través (art. 75 inc. 22), de reformar la legislación laboral para garantizar el respeto a las libertades individuales de los trabajadores/as en relación con la elección sexual y de género, como así también a las diferentes modalidades familiares que conforman. En particular, respecto del otorgamiento de las licencias por nacimiento/cuidado/adopción de hijos y la protección contra la discriminación por el estado de familia.

Sobre este punto, consideramos que se requiere la modificación del vocabulario hacia uno más inclusivo, que comprenda a los trabajadores transgénero. En este sentido, nos parece acertada el reemplazo de la expresión “personal femenino” actualmente

⁶ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=1390-D-2019&tipo=LEY>

<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0647-D-2019&tipo=LEY>

vigente en la norma por la de “persona gestante”, tal como quedó plasmado en algunos de los proyectos de reforma analizados.

Asimismo, creemos que resulta también atinada la posibilidad de que la persona gestante y el otro progenitor (hombre o mujer) se distribuyan el tiempo de licencia para compartir el cuidado y la crianza de sus hijos.

También es necesario establecer que la licencia por adopción reúna similares características en cuanto al tiempo destinado al cuidado del niño por ambos adoptantes, ya sea que se trate de una pareja heteroparental, homoparental o lesboparental.

Por otra parte, debería contemplar la posibilidad de que la persona gestante recurra a los métodos de reproducción asistida a la que recurren tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales, o incluso que los progenitores hubieran recurrido a una tercera persona para llevar adelante el embarazo (subrogación de vientre). En ese caso, aun considerando que el procedimiento no es legal en nuestro país, lo cierto es que los niños son inscriptos como hijos naturales en el país de nacimiento, pero al regresar al país los progenitores no serían adoptantes ni gestantes, pero igualmente deberían tener el derecho de gozar de los días de licencia para el cuidado de su hijo.

En todos los casos, también debería establecerse la prohibición del despido arbitrario, no solo a la persona gestante, sino también a la persona no gestante a la cual la primera podría cederle parte del tiempo de licencia, ello, desde el momento mismo de la concepción tal como se encuentra previsto para la gestante. En efecto, consideramos que desde este mismo momento, el trabajador podría ser objeto de despido discriminatorio en razón de su estado de familia y ante la mera posibilidad de obtener la licencia por el cuidado de su hijo cedida por la persona gestante.

Esta misma protección debe concederse a los adoptantes de ambos géneros, no desde el momento del otorgamiento de la guarda del menor, sino desde el inicio del trámite de adopción, circunstancia de debería ser fehacientemente notificada al empleador. En este sentido, también creemos que el empleador pudiendo haberse enterado de la futura adopción, podría despedir a los trabajadores aún antes del acontecimiento antes señalado.

CONCLUSION

Las elecciones sexuales y diferentes a la heterosexual y la identidad de género distintas al “hombre”/“mujer” todavía se encuentran relegadas en su reconocimiento y visibilización en el ámbito laboral, a pesar de los avances jurídicos acontecidos en la Argentina.

Se trata de un tema que muchas veces es desconocido en el lugar de trabajo ya sea por temor a la discriminación de parte de los compañeros de trabajo o incluso a ser despedido/a por dicho motivo. Asimismo, provoca incluso un prejuicio injustificado para la contratación de personas homosexuales o transgénero.

Por estos motivos, actualmente se relega la sexualidad al ámbito de la “vida privada” de las personas e implica que las personas LGBTI no den a conocer su identidad sexual, circunstancia que conlleva a generar situaciones de estrés y ansiedad, lo que afecta también a la productividad.

Entonces, resulta importante visibilizar y propiciar la igualdad de las personas LGBTI en los espacios laborales. En este último aspecto, sin ánimo de desmerecer los avances legislativos señalados en este trabajo respecto de la reafirmación, protección y respeto de las libertades y consagración de los derechos de todas las personas independientemente de su orientación sexual e identidad de género, lo cierto es que aún queda mucho por hacer, en particular, en relación a la protección de los trabajadores y trabajadoras LGBTI y la adecuación de la legislación laboral nacional que erradiquen las situaciones de discriminación que el sistema heteronormativo ocasiona.

Desde esta perspectiva, nos parece acertada la reforma legislativa en materia de licencias por nacimiento de hijo que contemple la distribución actual de las tareas entre madres y padres que comparten el cuidado de los hijos. Además, creemos necesaria la incorporación de licencias que permitan a los adoptantes contar con los mismos derechos con los que cuentan las personas que conciben a sus hijos naturalmente y que exista igualdad tanto en los casos de parejas heterosexuales como las homosexuales, ya sea co-parental o co-maternal, como así también establecer un sistema de protección contra el despido arbitrario –actualmente vigente únicamente respecto de la gestante de sexo femenino- para todos los trabajadores y trabajadoras independientemente de la elección en relación a su identidad de género y elección sexual y/o familiar.

BIBLIOGRAFIA:

- “Cuadernillo Diversidad Sexual” - Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat – GCBA
- “Diversidad sexual en el ámbito del trabajo: guía informativa para sindicatos”; dirigido por Javier Alejandro Bujan. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI, 2016.
- Diversidad sexual y derechos humanos Sexualidades libres de violencia y discriminación – 1ª. Ed. - Edición Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Presidencia de la Nación.
- Boletín Jurisprudencia- *Referencia Jurídica e Investigación* Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia - Ministerio Público de la Defensa
- Documento de Trabajo Comisión Tripartita para la Igualdad de Oportunidades (CTIO), Mesa de Trabajo para la Diversidad Sexual -Segundo Encuentro 2016 - Reunión Inter-Sindical. - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Presidencia de la Nación.
- Chaparro, L.J., Guzmán, Y.M. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. Revista CES Derecho, (8), 2, 267-297.
- <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/nuevas-familias-buscan-actualizar-licencias-paternidad-maternidad-nid2203997>
- https://www.clarin.com/sociedad/primera-vez-otorgan-licencia-maternidad-madre-gestante_0_SyAucXcTf.html
- <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=4398-D-2019&tipo=LEY>
- <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3614-D-2019&tipo=LEY>
- <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3121-D-2019&tipo=LEY>