

Título: El efecto dominó: impacto de las relaciones de familia del Código Civil y Comercial en el derecho del trabajo

Autores: Herrera, Marisa - de la Torre, Natalia - Silva, Sabrina A.

Publicado en: DT2022 (enero), 59

Cita: TR LALEY AR/DOC/3587/2021

Sumario: I. Un punto de partida obligado: la constitucionalización del derecho de las familias.— II. Derecho y realidad: las relaciones de familia hoy.— III. El lenguaje no es neutro, es político.— IV. El cruce ineludible entre derecho del trabajo y relaciones de familia.— V. Breves palabras de cierre.

(*)

(**)

(***)

I. Un punto de partida obligado: la constitucionalización del derecho de las familias

El Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) vigente desde el 01/08/2015, vino a subvertir el orden existente en la regulación de varias materias del derecho privado; a nuestro entender, en el ámbito que más se ha observado este verdadero cimbronazo jurídico, ha sido en las relaciones de familia reguladas en el Libro Segundo.

Ya en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma, base o antecedente directo del nuevo texto civil y comercial, se fue elocuente al explicitar cuáles eran los "valores axiológicos" [\(1\)](#) que lo sostenían, comprometiendo varios de ellos a los vínculos de familias.

Veamos, en primer lugar y de manera general, en los Fundamentos [\(2\)](#) se coloca en un lugar central a modo de columna vertebral la denominada "constitucionalización del derecho privado", afirmándose: "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado". Esto evidencia un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional del Derecho; lo cual queda expresamente plasmado en el Cód. Civ. y Com. al referirse en los dos primeros articulados a los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les reconoce como parte integrante del plexo normativo [art. 1º [\(3\)](#)] y a la par, herramientas jurídicas básicas para interpretar y alcanzar la coherencia necesaria de todo el sistema normativo [art. 2º [\(4\)](#)].

Esta interacción entre derecho civil y derecho constitucional-convencional focalizada o vinculada con el Derecho del Trabajo es abordada por Raffaghelli quien asevera: "En materia de selección de fuentes del Derecho e interpretación, directamente ligadas, tengo en cuenta que la Corte en reiterados pronunciamientos ha trazado líneas directrices para el juez que impiden perder de vista el horizonte de su labor al decir que deben buscarse soluciones que mejor contribuyan a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la OIT al dictar los Convenios y, por otro lado, brindar una respuesta apropiada a la situación del justiciable —hiposuficiente— cuando se posterga el cobro de su crédito por circunstancias que le son ajenas" [\(5\)](#). Precisamente, protección y justicia constituyen dos elementos centrales en la regulación de las relaciones de familia en el Cód. Civ. y Com., advirtiéndose denominadores comunes o formas de mirar e interpretar el derecho en el ámbito del trabajo [\(6\)](#) como en lo relativo al derecho de las familias en plural.

A su vez, esa afirmación se puede desentrañar también a la luz de otros de los tantos valores axiológicos del Cód. Civ. y Com. que se explicitan en los mencionados Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma. Tal como se asevera, se pretendió alcanzar un "Código con identidad latinoamericana" advirtiéndose que "existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación". Por ello, sin desconocerse los aspectos esenciales de esta tradición que se mantienen, se incorporaron "nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región".

También que se trata de un "Código de la igualdad", en este sentido, se explica que "los textos vigentes

regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables"; y a la par, un "Código basado en un paradigma no discriminatorio" siendo que "en la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza".

Como último valor axiológico que merece ser destacado y tiene repercusión directa en el derecho de las familias, se explicita que se trata de un "Código para una sociedad multicultural". Reconociéndose que "en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. (...). De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender".

De este modo, admitir la existencia y obligatoriedad de un diálogo constante entre el derecho civil y los derechos humanos constituía una gran deuda legislativa pendiente, la cual ha venido a ser saldada en un nuevo texto jurídico que logra transitar del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural con todo lo que ello significa.

Ahora bien, esta "constitucionalización del derecho civil" que ha implicado materializar en el texto civil y comercial el desarrollo sostenido que se viene realizando hace varios años en torno a la "constitucionalización-convencionalización del derecho de familia" (7), habría empezado —se espera de manera aislada— a ser puesta en crisis a partir de la criticada sentencia de la Corte Federal del 14/02/2017 en el resonado caso "Fontevicchia" en el que se pone en riesgo la responsabilidad internacional del país por incumplimiento de un fallo emanado del tribunal regional encargado de interpretar un tratado internacional como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos (8).

II. Derecho y realidad: las relaciones de familia hoy

Excede con creces los objetivos del presente trabajo profundizar sobre por qué en el Cód. Civ. y Com., en el campo de las relaciones de familia, ha sido tan exponenciales las transformaciones legales. Sin embargo, vale al menos tener en cuenta dos planos de análisis intrínsecamente vinculados: 1) el plano social y 2) el plano legislativo.

De manera harto sintética, cabe exponer los cambios sociales que se están dando en la realidad de hoy. La disminución de las parejas que contraen matrimonio —tanto de igual como de diverso sexo— y a la par, el aumento de aquellas que conviven sin pasar por el registro civil (9); el aumento sostenido de familias ensambladas —también conocida bajo el lema los "tuyos, los míos y los nuestros"—; segundas o terceras uniones en donde los adultos ya vienen con una estructura económica o patrimonial por lo cual quieren elegir un régimen de bienes en el cual no deben compartir o generar bienes "gananciales"; personas con capacidades restringidas o padecimientos mentales que pueden contraer matrimonio a pesar de su discapacidad siendo hasta terapéutico y beneficioso para su mejoría el compartir la vida con un otro; progenitores adolescentes que llevan adelante la crianza de sus hijos y son ellos quienes pretenden ser reconocidos jurídicamente como tales; ex parejas que se llevan bien y que comparten el cuidado de los hijos tras la separación; cantidad de niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida y que necesitan de reglas claras en lo relativo a la determinación de su filiación (quiénes son sus padres para la ley: ¿quién aporta el material genético o quiénes tiene la voluntad procreacional o el deseo de ser padres?); niños que tienen el derecho de vivir en familia siempre cuando su propia familia no pueda hacerse cargo de ellos, colocándose a la adopción como una figura subsidiaria, no como una política pública para pasar niños de familias vulnerables a familias que les darán un "mejor pasar". Estas son algunas de las tantísimas situaciones existentes y que se encontraban absolutamente silenciadas en el código anterior, escudándose en la supuesta protección de la "paz familiar", muchas veces hipócrita, cubierta de un manto de valores morales, fiel reflejo de una postura religiosa y fundamentalista que lo único que demostraba era la vigencia de miradas prejuiciosas y discriminadoras; imposibilitadas de aceptar que cada persona tiene la libertad de llevar adelante el proyecto personal y formar la familia que quiera o que pueda, tal como lo enseña el art. 19 de la CN. En palabras del Superior Tribunal Federal de Justicia de Brasil: "Es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés, del mismo modo como un sastre, al encontrarse con una vestimenta de tamaño inadecuado, hace ajustes en la ropa y no en el cliente (...). Bajo esa lógica merece interpretarse la legislación infra-constitucional, debiendo abandonar el

operador del derecho de preceptos y formatos estereotipados de familia para atender, en su totalidad, las idiosincrasias de las formulaciones particulares de la organización familiar" (10).

Por otra parte, la riqueza legislativa de los últimos años puso al código derogado en un lugar de mayor exposición en torno a la falta o debilidades para dar respuestas coherentes a un texto civil absolutamente desentendido con dichos avances legislativos, incluso contrario y contradictorio con los perjuicios que se deriva en términos de seguridad jurídica a tal punto que cada vez con mayor presencia se apelaba a la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas del texto civil vigente hasta mediados de agosto del 2015 (11).

Solo por citar algunas leyes en orden ascendente que habrían interpelado de manera elocuente el Cód. Civil velezano se pueden mencionar: la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; la ley 26.390 que prohíbe el trabajo infantil y protege el trabajo adolescente; la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales; la ley 26.529 de "Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud"; la ley 26.579 que modifica la edad en la que se adquiere la mayoría de edad de 21 a 18 años; la ley 26.618 conocida como "ley de matrimonio igualitario"; la ley 26.567 de "Derecho a la protección de la salud mental"; la ley 26.682 que regula el régimen jurídico de la medicina prepaga; la ley 26.742 conocida como "ley de muerte digna"; la ley 26.743 de identidad de género; y la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida; entre otras.

Ambas —realidades sociales y legales— constituyeron dos escenarios claves para poder comprender con mayor precisión las razones por las cuales el Cód. Civ. y Com. debía dar un giro copernicano al regular las relaciones de familia. Escenarios que no han pasado desapercibidos para autores laboristas quienes han advertido, con acierto, que "la constitución de matrimonios de personas del mismo sexo (ley 26.618), la identidad de género (ley 26.743), la fertilización asistida que admite el uso de características de reproducción humana amplia (ley 26.862), una nueva regulación de carácter civil en materia de convivencias en aparente matrimonio, llamadas en el nuevo esquema uniones convivenciales, han determinado que en la conformación y organización familiar se generen nuevas modalidades que necesariamente se deben tener en cuenta para la institucionalización de la cobertura en las ramas de incumbencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" (12).

III. El lenguaje no es neutro, es político

Antes de comenzar con el análisis del impacto de la reforma del Cód. Civ. y Com. en las relaciones de familia en el ámbito del derecho laboral, nos parece importante destacar algunos cambios terminológicos que trae consigo el nuevo texto civil y comercial.

Sucede que como es sabido, el lenguaje tiene un fuerte valor simbólico y cultural, de allí que los cambios en las denominaciones de ciertas figuras no han estado ajenas a la nueva estructura legal.

Veamos, siempre dentro del ámbito de las relaciones de familia, se alude y diferencia las nociones de "niños" y "adolescentes" en vez del término "menor/es" a secas, siendo que nadie es menor a nadie, sino que se trata de personas menores de edad en una especial etapa de la vida. De esta manera y a través de esta nueva clasificación, el Cód. Civ. y Com. le brinda un contenido jurídico a una realidad sociológica bien diferente como lo es ser niño/niña (de 0 a 13) y adolescente (de 13 a 18) como lo establece el art. 25 del Cód. Civ. y Com.

Por otra parte, y siguiendo con las cuestiones que atañen a las personas menores de edad, la legislación sintetiza todos los derechos y deberes que surgen entre padres e hijos bajo la idea de "responsabilidad parental", en vez de la perimida "patria potestad" como aquella connotación del hombre que estaba a cargo de la mujer —quien era considerada una "incapaz de hecho relativa"—, de los hijos y de lo económico; entender que dos personas que conviven y cumplen determinados requisitos son convivientes y no concubinos con la carga negativa y peyorativa que ostentaba ese término.

Otro cambio sustancial y obligado está auspiciado en el principio de igualdad y no discriminación, en especial, desde la sanción de la ley 26.618 de "matrimonio igualitario" que reconoce en el derecho argentino la posibilidad de que un niño pueda tener dos padres o dos madres; de allí que en el Cód. Civ. y Com. se habla de manera neutra de "cónyuges" y "progenitores" en vez de "esposo" y "esposa" o "madre" y "padre". Así también, se introducen cambios en el lenguaje que responden a consideraciones más complejas como lo es omitir de manera consciente la alusión a la "mujer", cuando se hace referencia a la determinación de la filiación, y decir "la persona que da a luz" en consonancia con la mencionada Ley de Identidad de Género que se basa en la "identidad autopercebida" (conf. art. 2º, ley 26.743), no siendo necesario tener que pasar previamente por ninguna operación quirúrgica o tratamiento hormonal y, por lo tanto, es posible que un hombre trans pueda quedar embarazado y así colocar en crisis uno de los bastiones del derecho filial como lo es mater semper certa est, siendo que el niño al nacer tendría por determinación legal fundado en el hecho del parto un progenitor

varón y no jurídicamente una "madre" (13).

Pero hay más cambios terminológicos que deben ser tenidos en cuenta. El Cód. Civ. y Com. deja de utilizar el término "concubinato" sobre el cual se ha destacado desde hace tiempo y ya de manera casi unánime, que porta una fuerte carga negativa y peyorativa (14). ¿Cuál es el vocablo que se utiliza? El de uniones convivenciales, de este modo el Título III del Libro Segundo se dedica a la regulación de esta figura. Al respecto, cabe reiterar como ya se lo hizo en otra oportunidad (15), que el concepto "convivencial" no existe en el Diccionario de la Real Academia. Como se ha sostenido: "Se trata de un neologismo, es decir, una palabra nueva que se incorpora al léxico jurídico ingresando por 'la puerta grande' como lo es su expresa recepción en el Código Civil y Comercial. ¿Acaso no es posible incorporar términos que coadyuven al mejor y mayor entendimiento de una institución que además es nueva o se incorpora a la legislación civil? Es sabido que una de las grandes preocupaciones de quienes han redactado el Código Civil y Comercial consistió en que se logre una pieza legal de fácil lectura y comprensión para los usuarios. En este contexto, el término unión convivencial cumple con esta loable finalidad, siendo que porta ya en su propia denominación el rasgo o requisito fundante y fundamental como lo es la convivencia" (16).

Asimismo, el texto civil y comercial otorga un nuevo nombre a la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos propios del otro, reemplazando la designación de "padrastra" y "madrastra" —con la carga negativa que poseen— por el vocablo, progenitor/a afín. Y en esa línea, no se habla de hijastro/a sino de hijo/a afín.

Por último, cabe destacar un término que está íntimamente vinculado con las relaciones de familia y que hace al régimen de la capacidad que hoy se lo conoce desde la obligada perspectiva de derechos humanos el campo de "salud mental". En este espacio también se han incorporado modificaciones sustanciales. Como síntesis de ello, cabe traer a colación lo expresado por la Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial de Salta del 05/09/2014, en donde una Asesora de Menores apela la sentencia en la cual se declara la "demencia" de una persona, alegándose que los términos "demencia", "incapaz" e "insano" que se utilizan contrarían la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y normativa afín. Señala esta funcionaria que "si bien el Juez utilizó una argumentación adecuada a los derechos humanos en juego aludiendo a la aplicación de la normativa de derecho interno e internacional vigente en nuestro país, al sentenciar falló produciendo el efecto contrario, apartándose de tales estándares, remitiéndose a la terminología del Código Civil y omitiendo su adecuación a la propuesta terminológica y conceptual establecida por la normativa internacional de derechos humanos. Destaca asimismo que, con el art. 152 ter del Código de fondo, se incorpora la idea de gradualidad en la declaración de restricción de la capacidad al requerir que la sentencia especifique las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Continúa diciendo que, a su turno, la ley 26.657 produjo modificaciones sustanciales en materia de capacidad modificándose significativamente también, el rol del juez y su mirada sobre el tema". La Alzada hizo lugar a lo peticionado y se funda, entre otras razones, en el cambio terminológico que trae consigo el nuevo Cód. Civ. y Com. destacando: "(...) se advierte que el Proyecto del Código Civil y Comercial modifica sustancialmente no solo el régimen de capacidad sino la terminología. Así, el inc. c), del art. 24, no habla de 'insanos' o 'dementes', como lo hace el Código vigente. La Sección 3a del capítulo 2 del título I del Libro Primero los denomina 'Personas con incapacidad o con capacidad restringida por razón de su discapacidad mental'" (17).

En definitiva, el derecho laboral debería también incorporar todos estos cambios terminológicos que, en definitiva, muestran y visibilizan un cambio en la mirada o en el fondo de varias de las instituciones del derecho civil que le daban la espalda a lo que implica considerar que toda legislación no puede estar ajena de la noción de la persona como tal y consigo, la protección y defensa de los derechos humanos comprometidos.

IV. El cruce ineludible entre derecho del trabajo y relaciones de familia

IV.1. Indemnización por fallecimiento del trabajador

IV.1.a. Consideraciones generales

Una de las temáticas que se suele colocar en el cruce entre el derecho de familia y el derecho laboral desde una mirada clásica o ya consolidada es la referida a la indemnización por fallecimiento del trabajador; es decir, quién o quiénes son las personas autorizadas o reconocidas por la ley para ser beneficiaria de ese cobro o suma dineraria.

Cabe recordar que el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) establece: "En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 38 del Decreto-ley 18.037/69 (18) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos [2] años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado

y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco [5] años anteriores al fallecimiento. Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que, por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador".

Esta normativa siempre ha sido muy citada como ejemplo del reconocimiento de derechos a las parejas no casadas, siempre que se cumpliera con un requisito central: la convivencia por un lapso determinado anterior a la época del deceso: 2 (dos) años o 5 (cinco) años conforme cuál fuera el estado civil del causante.

Ahora bien, cabe preguntarse si el Cód. Civ. y Com. trajo consigo alguna modificación en la regulación que recepta la LCT y/o si la nueva normativa habría traído nuevos aires al respecto y en ese caso, en qué sentido y con qué dirección.

Para poder avanzar en este sentido, nos parece de interés resaltar que esta técnica legislativa que adopta el art. 248 de la LCT es similar e incluso se vincula con la regulación en materia de seguridad social, más específicamente, la ley 24.241 en su art. 53; por lo tanto, la mirada o perspectiva crítica que se esgrima sobre uno tendría incidencia directa en la otra, máxime cuando en ambas esferas se está ante situaciones extremas como la que deriva del fallecimiento de una persona, en un caso de carácter asistencial y otra de carácter laboral pero en ambas, la raíz alimentaria está muy presente, lo cual no es un dato menor.

Justamente, uno de los debates más fuertes que ha generado el art. 248 se vincula a la interacción entre esta normativa y el art. 53 de la ley 24.241, observándose que en caso de contradicción entre ambos "se debe estar a lo que resulte más favorable a la concesión del beneficio" u otra postura, "que se debe aplicar el art. 248 conforme su redacción histórica en tanto remite a la nómina del art. 38 de la ley 18.037" entendida que esta última sería más favorable, en términos generales, a la del art. 53 de la ley 24.241 al no estar incluidos determinados beneficiarios como los padres o hermanos del trabajador sin familia nuclear (19).

IV.1.b. Una perspectiva revisionista sobre las convivencias y la indemnización laboral por fallecimiento del trabajador

¿Es compatible el régimen relativo a las "convivencias" que recepta el art. 248 de la LCT y que también se adopta en seguridad social, con la figura de la unión convivencial que reconoce el Cód. Civ. y Com. desde la obligada "coherencia" a la que alude el art. 2º de la legislación civil y comercial? La respuesta negativa se impone. Se expone a continuación las razones.

Tanto la LCT, el derecho de la seguridad social, como el derecho civil reconocen efectos a la unión informal que ostenta ciertos rasgos o caracteres como ser publicidad, permanencia, singularidad, fundados muy especialmente, en el afecto. Precisamente, el interrogante más difícil de desentrañar cuando se analiza en profundidad la regulación o cómo regular las parejas que no se casan gira en torno al dilema en torno a qué derechos se les debería reconocer con total independencia de haber o no pasado por el registro civil. En otras palabras, qué es lo igual y lo diferente de estar o no casado. Ahora bien, más allá de este interrogante clave, lo cierto es que habría consenso generalizado de que todo aquello que compromete lo asistencial o tiene naturaleza asistencial, como así también, se vincula con lo afectivo como acontece con otro debate que ya sortea el Cód. Civ. y Com. relativo a los daños y perjuicios derivados por la muerte del conviviente, es sabido que no puede quedar silenciado por el ordenamiento jurídico. Es por ello que el art. 1741 refiere a la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales", introduciéndose una sustitución terminológica acertada. Se elimina la noción de daño moral, ya que lo moral justamente, por imperio del art. 19 de la CN, queda fuera del alcance jurídico. Disponiendo que "si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible (...)". Como se puede observar, el Cód. Civ. y Com. reconoce la reparación del daño a las consecuencias no patrimoniales a "quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible". ¿Ello significa que debe tratarse de una unión convivencial en los términos que lo conceptualiza la propia regulación civil en los arts. 509 y 510? La respuesta negativa nuevamente se impone. El Cód. Civ. y Com. se cuida bien de diferenciar cuándo se refiere a las uniones convivenciales, como acontece con la adopción conjunta que está admitida tanto para parejas casadas o en unión convivencial (art. 599, párr. 1º), de todos aquellos efectos jurídicos habilitados a las convivencias si se cumplen con los requisitos básicos para ser considerados tales (estabilidad o permanencia, singularidad, publicidad y notoriedad), se cumplan o no con los requisitos previstos en el art. 510. Se trata de una noción más amplia de convivencia o en otros términos, advertir que no toda convivencia constituye una unión convivencial, y que a este tipo de relaciones de pareja la ley civil le reconoce una gran cantidad de consecuencias jurídicas como ser: los legitimados para iniciar la

restricción a la capacidad (art. 33); la presunción de filiación derivada de la convivencia en una acción de reclamación (art. 585); el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641) o los supuestos de familia ensamblada que compromete tanto a una relación matrimonial como convivencial que no significa que configure una unión convivencial (art. 672); por citar algunos ejemplos.

Siguiéndose esta lógica, cabría preguntarse a qué convivencia se refiere el art. 248 de la LCT y tras ello, cuál podría ser una modificación plausible para estar en absoluta consonancia con el Cód. Civ. y Com.

La LCT habla de convivencia por lo cual se recepta la noción más amplia y, por lo tanto, no se debe cumplir con los requisitos previstos el art. 510. Ahora bien, dependiendo de cuál sea el estado civil del causante, y teniendo en cuenta el sistema de causales subjetivas del divorcio, hoy derogado, la LCT establece dos plazos diferenciales: 1) convivencia por un lapso mínimo de 2 años y 2) convivencia por un lapso mínimo de 5 años, siempre que el causante fuere casado —separado de hecho— o divorciado y la separación se haya producido por su culpa.

Por su parte, la ley 24.241 en materia de seguridad social establece el derecho a pensión para el conviviente siempre que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio, estableciendo diferentes plazos mínimos de convivencias en ausencia o presencia de descendencia común: 1) cinco [5] años inmediatamente anteriores al fallecimiento en caso de no tener hijos, 2) dos [2] años cuando exista descendencia común.

He aquí algunos comentarios críticos que se deben esgrimir al respecto y que obligarían a revisar esta normativa aún vigente destacándose un dato no menor, la declaración de inconstitucionalidad del art. 84 de la ley chaqueña 4044 que sigue los lineamientos generales de la ley nacional 24.241 en materia de pensiones. ¿A qué se debe esta interacción entre el art. 248 de la LCT y el art. 53 de la ley 24.241? Tal como lo ha sostenida la jurisprudencia al expedirse sobre los alcances del primero cuya norma incorporó a su texto una lista de parientes beneficiarios contenida en el art. 38 de la ley 18.037, se admitió "su posterior modificación por el art. 53 de la Ley 24.241, debe ser interpretada a la luz de la regla más favorable al trabajador" [conf. arts. 9º y 149 de la LCT (20)], sin dejarse de tener en cuenta la doctrina plenaria de la CNTrab., fallo plenario nro. 280, dictado en autos "Kaufman, José Luis c. Frigorífico y Matadero Argentino SA s/ indemnización por fallecimiento" del 12/08/1992, en el que se sostuvo que "los requisitos que deben reunir los legitimados para obtener la indemnización por muerte del trabajador —solo la acreditación del vínculo y del grado de prelación previsto en la norma—, y que ello no resulta modificado por la posterior reforma efectuada por el art. 53 de la Ley 24.241 que se refiere específicamente al régimen previsional y no al art. 248 LCT" (21). Más allá de esta disyuntiva no menor, lo cierto es que la interacción entre ambas normativas es elocuente de allí la relevancia que se le otorga al precedente que se pasa a sintetizar.

Veamos, el Juzgado Civil y Comercial nro. 6 de Resistencia en fecha 16/08/2016 (22) colocó en crisis la constitucionalidad del plazo de 5 (cinco) años para recién ahí quedar habilitado un conviviente a ser beneficiario de la pensión de su pareja fallecida alegándose que este sería extenso a la luz de la normativa civil y comercial que reconoce ciertos derechos a las uniones convivenciales cuando la relación de pareja tiene un plazo mucho menor, de 2 (dos) años.

Para poder comprender con mayor exactitud el planteo, cabe sintetizar a continuación la plataforma fáctica del caso. El señor C. fallece el 29/11/2015. Antes de su deceso, él y su conviviente se habían presentado al Juzgado de Paz de Lobos solicitando una información sumaria que acredita que hace 3 años y siete meses que estaban conviviendo. El Sr. C estaba divorciado y no prestaba alimentos ni tenía a cargo la obra social de su ex mujer. Ante el deceso de C., la conviviente supérstite reclama de manera administrativa cobrar la pensión. El organismo de la seguridad social provincial rechaza el pedido al considerar que no se había cumplido con los 5 años de convivencia previa al deceso. Ante esta negativa recurre a la justicia. El juzgado puso de resalto que "el requisito de cinco años de convivencia impuesto por el art. 84 impugnado y la consecuente actitud de la demandada (de denegar la pensión a la amparista por aplicación de dicha norma) implica afectación a derechos fundamentales de raigambre constitucional, entre ellos la protección integral de la familia, los derivados de la seguridad social y a los principios de igualdad y de razonabilidad —entendido en los términos del art. 28 de la CN—. Precisamente, la mirada constitucional-convencional es clave, esencial y básica para analizar la constitucionalidad de una normativa a la luz del plexo normativo vigente que ahora está integrado por la legislación civil y comercial en los términos que se lo hace.

En esta línea, se expone que "al argumento de la demandada sobre la imposibilidad de aplicar normas de derecho privado en el ámbito del derecho Público debo destacar que en efecto la protección requerida por la amparista encuentra sustento en normas constitucionales que por imperio y supremacía de normas son de aplicación inmediata y directa a todo el sistema jurídico, sin distinción de rama o materia y en ese sentido debe

ser entendida su petición, ya que el derecho deber ser aprehendido, interpretado y aplicado como un todo integrado en forma armónica y global, teniendo como 'norte' el bloque de constitucionalidad que encabeza el plexo normativo argentino"; y que "respecto a la aplicación de criterios del nuevo Código Civil y Comercial (en cuanto a la exigencia de acreditar años de convivencia) a una situación que se ha dado con anterioridad a su entrada en vigencia, ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en un reciente fallo (vinculado con la inscripción del nombre de un niño, anteponiendo el apellido materno al paterno) siguiendo una doctrina inveterada, que las sentencias deben atender las circunstancias existentes al momento de su dictado".

Por lo tanto, se afirma que "haciendo una lectura interpretativa del plexo normativo supra descripto respecto de la materia; a la luz de los principios que imperan, se colige que el requisito exigido por el art. 84 de la ley 4044 en este caso en particular desnaturalizaría la finalidad perseguida por la propia norma (la protección de las familias en todas sus formas, entre las que se encuentran aquellas conformadas a partir de las uniones convivenciales), desconociendo que el valor jurídico protegido es el desarrollo integral de las personas, en este caso, en su ámbito familiar como así también en las situaciones que deriven de relaciones familiares", para lo cual se advierte la "desproporción entre los medios empleados por la norma impugnada con relación a los fines perseguidos por el legislador en la materia ya que al exigir un amplio período de convivencia [5 años] no pondera otras circunstancias, como las de este especial caso, en el que la amparista ha demostrado acabadamente que vivió en pareja con el Sr. A. durante al menos 3 años, que lo ha acompañado en sus últimas horas y que se ha encargado de darle sepultura".

Sucede que el derecho a pensión como las indemnizaciones tienen naturaleza alimentaria con lo que ello significa. Tal como se ha puesto de resalto en alguna oportunidad debiéndose recordar la sentencia de la Corte Federal del 29/11/2011 en el que se coloca en tela de juicio la indemnización por muerte del trabajador a favor de una convivencia del mismo sexo. En esta oportunidad, la máxima instancia judicial del país sostuvo: "Corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, pues la circunstancia de que quien, aduciendo su condición de concubino del causante, peticiona la indemnización por muerte de trabajador prevista en el art. 248 de la LCT. 20744, tenga el mismo sexo que este no impide la concesión del referido beneficio, ponderando que el mismo tiende a paliar la situación de desamparo de la familia del trabajador y, por tanto, corresponde al ámbito de la Seguridad Social, cuya finalidad esencial es cubrir contingencias sociales o, más precisamente, asegurar lo necesario a las personas que las sufren; de ahí que sus prestaciones tengan naturaleza alimentaria" (23).

En este contexto, si el derecho civil que es menos urgente, básico o esencial admite que las convivencias que cumplen ciertos requisitos y que se sostienen por un plazo mínimo de 2 años generan ciertos derechos y deberes, máxime debería serlo en el campo de la seguridad social como así también en el plano indemnizatorio entrecruzado con lo laboral que también tiene un cariz asistencial; de allí, por ejemplo, que los embargos sobre el salario tenga límites y ello, a su vez, una excepción fundada en la obligación alimentaria (conf. art. 120, LCT).

En este sentido, cabe destacar lo que se asevera en el fallo en análisis al destacarse que "en cuanto al argumento de la demandada sobre la imposibilidad de aplicar normas de derecho privado en el ámbito del derecho Público debo destacar que en efecto la protección requerida por la amparista encuentra sustento en normas constitucionales que por imperio y supremacía de normas son de aplicación inmediata y directa a todo el sistema jurídico, sin distinción de rama o materia y en ese sentido debe ser entendida su petición, ya que el derecho deber ser aprehendido, interpretado y aplicado como un todo integrado en forma armónica y global, teniendo como "norte" el bloque de constitucionalidad que encabeza el plexo normativo argentino (...) Entonces, haciendo una lectura interpretativa del plexo normativo supra descripto respecto de la materia; a la luz de los principios que imperan, se colige que el requisito exigido (cinco años de convivencia) en este caso en particular desnaturalizaría la finalidad perseguida por la propia norma (la protección de las familias en todas sus formas, entre las que se encuentran aquellas conformadas a partir de las uniones convivenciales), desconociendo que el valor jurídico protegido es el desarrollo integral de las personas, en este caso, en su ámbito familiar como así también en las situaciones que deriven de relaciones familiares". Esto estaría en total consonancia con la idea de interpretación coherente tal como surge de lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civ. y Com.

Esta crítica en torno a la diferencia de plazo muy marcada entre la legislación civil y comercial vigente y la que aún persiste en materia de seguridad social que sigue la LCT ha sido ya esgrimida por algunas voces autorales. Al respecto, se ha sostenido: "Entendemos que mantener un plazo diferenciado de 5 ó 2 años sujeto a la existencia de hijos nacidos de la unión de ambos convivientes importa confundir el sujeto que la norma debe proteger y echar por tierra el fundamento asistencial que inspira el derecho a pensión. Recuérdese que este 'por aplicación del principio de la naturaleza sustitutiva' viene a ocupar el lugar del deber asistencial que los convivientes asumieron en vida" (24).

En varias oportunidades se ha pretendido modificar el art. 53 de la ley 24.241 en diferentes aspectos,

enumerándose en orden cronológico descendente los siguientes proyectos: 0997-D-2019 presentado por la diputada Analía Rach Quiroga, FPV (25) [reproduce el expediente 2891-D-2017 (26)]; 0621-S-2019, presentado por el senador Julio Cobos, UCR (27) [reproduce el expediente 1736-S-2016 que obtuvo media sanción conforme OD 905, del 2/11/2016 (28)]; 0572-S-2019, presentado por el senador Guillermo Pereyra, Movimiento Popular Neuquino (29); 0492-D-2019, presentado por el diputado Horacio Pietragalla Corti, FPV (30); 6563-D-2018, presentado por la diputada Ana María Llanos Massa, FPV (31); 3150-D-2017, presentado por la diputada Silvia Alejandra Martínez, UCR (32); 0511-S-2017, presentado por el senador Guillermo Pereyra (33); 0102-S-2017, presentado por el senador J. M. Abal Medina, FPV (34); 4212-D-2015, presentado por Juan Mario Pais y otros, FPV (35); 3676-S-2015, presentado por Daniel Pérsico, PJ (36). La mayoría de estos proyectos han perdido ya estado parlamentario, salvo los cuatro primeros.

A su vez, con menos interés —a tenor de la menor cantidad de proyectos legislativos presentados— también se ha pretendido introducir modificaciones al art. 248 de la LCT.

Veamos, un proyecto de ley, el S-9/2018 que reproduce uno anterior, el S-245/2016, en el que se proponía modificar varios artículos de la LCT, entre ellos, el 248 vinculándolo de manera directa con la regulación en materia de pensiones. En este sentido, el art. 6° sustituye el art. 248 con el siguiente texto: "Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios. En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el art. 53 de la ley 24.241 o la que en el futuro la reemplace, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, tendrán derecho a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley; y, en caso de corresponder, las remuneraciones devengadas y no percibidas por el trabajador, el sueldo anual complementario proporcional y el seguro de vida obligatorio en el caso que no hubiere beneficiario designado. Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causahabientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que, por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fueren concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador".

En los Fundamentos de este proyecto presentado por la entonces senadora Kunath se afirma: "El objeto inmediato de esta iniciativa es extender ciertos Derechos previstos hasta el momento únicamente para matrimonios tradicionales, a aquellas parejas que se hayan unido en convivencia, otorgando así una sustantiva ampliación de derechos tendiente a la igualdad. Esta propuesta tiene en cuenta una situación insoslayable como lo es el aumento de uniones de hecho que actualmente han modificado la clásica concepción de 'familia' o 'grupo familiar' tradicional. De esta manera es como, interpretando la realidad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación realiza un tratamiento integral del instituto, al que llama unión convivencial, y específicamente establece que es una 'unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo' siempre y cuando sean dos personas mayores de edad, no estén unidos por vínculos de parentesco, no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años. Al mismo tiempo, en lo que a regulación laboral se refiere contamos con una norma principal cuyos orígenes se remontan a mediados de la década del '70. Si bien en diversos aspectos ha recibido las modificaciones que la realidad exigía muchos otros están desactualizados, siendo que las prácticas sociales imperantes en nuestros tiempos dan cuenta de un crecimiento sustancial de parejas que conviven sin formalizar su unión en un Registro Civil". Tras esta aseveración, de manera errónea se agrega: "(...) hoy el Código Civil y Comercial les reconoce prácticamente los mismos derechos que al matrimonio tradicional". Ello no es así.

Sintéticamente, desde el punto de vista comparativo, son varias las diferencias entre la institución del matrimonio y las uniones convivenciales. Solo por destacar algunas a los fines de señalar dicho error, se pueden citar los siguientes derechos que genera el matrimonio que no se extienden a las uniones convivenciales como ser: 1) el cónyuge es heredero legítimo, o sea, la ley obliga a que un porcentaje de la herencia se le reconozca al cónyuge supérstite; el conviviente no es heredero; la única manera de que reciba en la herencia es hacer un testamento y designarlo beneficiario; aun así, hay que respetar el derecho de los otros herederos forzosos, por ej., los hijos; 2) el matrimonio genera un régimen de bienes, de comunidad o de separación de bienes; las uniones convivenciales exigen un pacto expreso que regule la situación de los bienes que se adquieren durante la unión; 3) producido el divorcio, en supuestos excepcionales (por ej., se trata de un cónyuge enfermo o en estado de necesidad o vulnerabilidad) el ex cónyuge tiene derecho a solicitar una cuota alimentaria; este derecho no existe en la unión convivencial, ni siquiera en forma excepcional; 4) el matrimonio genera un parentesco (vínculo jurídico con determinados familiares del cónyuge), no así la unión convivencial, de este modo, por ejemplo el padre del conviviente no es el suegro, es decir, no se genera un parentesco por afinidad; o 5) en el matrimonio los cónyuges pueden agregarse el apellido del otro con o sin la preposición "de", ello no es posible

en las uniones convivenciales.

Es dable destacar otro proyecto de ley que si bien no se refiere expresamente a reformar el art. 248 de la LCT sí se vincula con esta normativa. Nos referimos al proyecto S-307/16 que establece en su art. 2º: "En caso de muerte del trabajador el empleador estará obligado, por un plazo de seis [6] meses a ofrecer una oportunidad de inserción laboral al cónyuge a cargo del causante o alguno de sus hijos en condiciones de trabajar que hubieran convivido con el causante en forma habitual y continuada durante los dos [2] años inmediatamente anteriores a su deceso y se encontraran a su cargo, siempre que no desempeñaran actividad lucrativa alguna y manifestaran la voluntad de aceptar el empleo". Como se puede advertir, en este proyecto también se sigue la lógica de disminuir el plazo de convivencia a los 2 años sin importar la existencia o no de hijos en común.

Centrados en la importancia de una reforma legislativa del art. 248 de la LCT que esté a tono o en consonancia con la regulación de las uniones convivenciales que recepta el Cód. Civ. y Com., se podría pensar que sería beneficioso disminuir el plazo de convivencia a 2 años. Ahora bien, el interrogante que se deriva gira en torno a si se deberían cumplir los requisitos para la configuración de las uniones convivenciales o solo se debería disminuir el plazo sin remitir a la figura o institución de las uniones convivenciales. Esta inquietud no es banal, todo lo contrario, central. Sucede que si se reconoce que se debe cumplir con los requisitos que establece el Cód. Civ. y Com. para las uniones convivenciales, por ejemplo, una convivencia de 2 años o más, pero en la que algún miembro o ambos integrantes de la pareja aún continúan casados o de estado civil casados porque no cuentan con sentencia de divorcio, técnicamente no podrían ser beneficiarios de la indemnización laboral porque no configurarían una unión convivencial. Por el contrario, si se mantiene la noción de convivencias a secas como género, en el que solo se establece cumplir con los rasgos de singularidad, permanencia (mínimo 2 años), estabilidad y publicidad, en ese caso sí sería beneficiario el conviviente supérstite, aunque no cumpliera con los requisitos para ser considerado una unión convivencial derivado del impedimento de ligamen que establece el art. 510 en el inc. d del Cód. Civ. y Com.

Precisamente, como la seguridad social y las indemnizaciones tienen raigambre alimentario y asistencial, es que se debe optar por la regulación e interpretación más favorable a la persona. De allí, que si se modificara el art. 248 de la LCT imponiéndose la configuración de una unión convivencial, quedarían afuera relaciones de convivencia que cumplirían con el plazo bianual pero que no podrían ser beneficiarias por carecer de otros requisitos como el impedimento de ligamen, o haber tenido una unión convivencial anterior registrada sin haberse dado de baja tal registración. Sobre este punto, cabe destacar que la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del inc. d) del art. 510 que establece como requisito no tener impedimento de ligamen. Se trata del caso resuelto por el Juzgado Civil y Comercial nro. 1 de Oberá, Misiones en fecha 10/08/2017 [\(37\)](#) cuya plataforma fáctica es la siguiente.

El cese de la supuesta "unión convivencial" se produce por el fallecimiento del Sr. P. acontecido el 06/12/2015. La conviviente supérstite se presenta y promueve incidente de compensación económica en el que se solicita la atribución de la vivienda en tal calidad en atención a la interrupción de la convivencia con el Sr. N. en atención a su deceso, contra los supuestos herederos denunciados en el expediente de sucesión respectivo. Se alega y prueba una convivencia de casi 18 años con un hijo en común nacido el 21/09/1998. Los hijos del matrimonio anterior del causante argumentan que no se trata de una unión convivencial porque su padre nunca inició el divorcio, es decir, tenía impedimento de ligamen. La conviviente supérstite solicita la declaración de inconstitucionalidad del aludido inc. d) del art. 510 del Cód. Civ. y Com. Cuenta que previo a comenzar a convivir con el causante la actora trabajaba como modista y solventaba sola todos sus gastos, pero cuando nace el hijo que ambos tienen en común, renuncia a la vida que antes tenía y se dedica a los quehaceres del hogar, a su hijo y su pareja. Que su pareja hace muchísimos años está separado de hecho y que conviven desde entonces. El juez sigue el siguiente razonamiento:

— "Corresponde preguntarnos si negarle efectos jurídicos a una relación de convivencia de más de 18 años fundando en la permanencia de un ligamen meramente formal, un matrimonio vigente jurídicamente pero carente del elemento fundamental del mismo (cual es la convivencia y el proyecto de vida en común), siendo justamente que los factores que configuran y dan origen a la unión convivencial son aquellos elementos que enervan el principio de solidaridad familiar arrojando como resultado la pertinencia en materia asistencial y compensatoria. El legislador optó por regular allí donde la ausencia de norma acarrearba la vulneración de derechos fundamentales".

— "Las políticas estatales de captación normativa no se apartan, o más bien tienen como punto de partida el Derecho Internacional respecto a los Derechos Humanos".

— "Se permite comprender el tránsito de un modelo legislativo pensado para un único tipo de familia, donde las medidas tuitivas dependían de la formalización de los vínculos, dejando fuera otras formas de

establecimiento familiar, hacia un modelo más inclusivo, donde el factor determinante a la hora de decidir regular sea, en aras de la efectivización de los derechos humanos, proteger".

— "En el caso concreto, el excluir de la clasificación como unión convivencial con sus respectivas consecuencias jurídicas a la presente, no solo desconoce la verdad real, es decir, la situación de hecho realmente producida; sino que entiendo se realiza una valoración discriminatoria, que castiga la decisión de las partes por el modelo de familia elegido, ya que como se manifestara precedentemente, desproteger a la parte, desconocerle la decisión de elección de tal o cual forma de familia es ir en contra no solo de la intención de la normativa, sino además de la propia Constitución Nacional".

Por lo tanto, se hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad planteada y se procede a reconocer a la conviviente supérstite la atribución de la vivienda por la cantidad de años que duró el proyecto de vida en común en carácter de compensación económica. En este contexto, fácil se advierte de que es posible dejar de lado el requisito de impedimento de ligamen a los fines de admitir ciertos efectos derivados de las convivencias que reflejan un claro proyecto de vida en común.

Otra consideración crítica que también se puede esgrimir sobre la regulación aún vigente, no ya del art. 248 sino del art. 53 de la ley de pensión, interpelada por la reforma del Cód. Civ. y Com., se refiere a la existencia de descendencia. Esta consideración crítica es dable colocarla sobre el escenario en esta oportunidad dada la estrecha vinculación entre ambas normativas.

¿Acaso el reconocimiento de derechos a las convivencias no surge por el vínculo afectivo entre la pareja? Si la respuesta es positiva, la existencia o no de descendencia no debería tener ningún impacto o incidencia en la regulación de los derechos y deberes derivados de las convivencias. Es por ello que el art. 53 no estaría en consonancia con los avances al respecto que introduce la legislación civil de diferenciar la relación entre adultos de lo relativo o atinente a las personas menores de edad, incurriéndose en un error que era muy común en tiempos pasados de considerar que la llegada de un hijo consolidaba las relaciones de pareja. ¿Acaso no es posible que dos personas tuvieran un hijo y jamás hubieran convivido o que lo hagan por escaso tiempo? Los derechos y deberes con respecto al hijo son receptados en otras normas. Lo que pretende el art. 53 de la ley 24.241 es otorgar indemnización a quien convivió con el trabajador fallecido siempre que la convivencia se haya mantenido por un determinado lapso, y no debería importar si del vínculo han nacido o no hijos. Más aún, se podría considerar discriminatorio la asignación de derechos derivada de la fertilidad cuando lo que se pretende reconocer es el vínculo afectivo. ¿Qué sucedería si una pareja no puede tener hijos y, por lo tanto, jamás podría reducirse el plazo de convivencia a 2 años y siempre deberían tener que cumplir 5 años para ser destinatario del derecho a pensión debido a la muerte de su compañero/a?

Por lo tanto, si se llevara adelante una necesaria reforma legislativa del articulado en análisis, se debería establecer que para que el o la conviviente sean beneficiarios de la pensión o de la indemnización por muerte del trabajador, tendrían que haber convivido con carácter público, notorio, estable y permanente durante por lo menos dos [2] años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Como es posible que coexistan conviviente y cónyuge porque el ligamen no sería impedimento para ser considerado conviviente a los fines del beneficio en estudio, debería explicitarse que el o la conviviente, en principio, excluyen a el/la cónyuge supérstite; destacándose en el apartado siguiente los casos en que la pensión —lo mismo ocurriría con la indemnización del 248 de la LCT— podría ser compartida entre ambas/os.

Cabe hacer otra consideración general teniéndose en cuenta lo acontecido en el campo de la seguridad social que involucra a las convivencias. Nos referimos a los casos excepcionales en los cuales pueden existir convivencias paralelas, máxime cuando no se equipara la noción de convivencia a la figura de las uniones convivenciales reguladas en el Título III del Libro Segundo de las "Relaciones de familia" del Cód. Civ. y Com. Al respecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en fecha 18/03/2009 [\(38\)](#) reconoció el derecho a pensión a dos convivientes, habiendo acreditado ambas el cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 53 de la ley 24.241. Siguiéndose esta línea interpretativa, podría ser viable en supuestos fácticos-afectivos como este que la indemnización por muerte del trabajador sea reconocida también a ambas convivientes por mitades.

Como cierre de este apartado, se trae a colación otro proyecto de ley presentado en dos oportunidades [\(39\)](#), que pretende adecuar el régimen de pensiones previsto por la ley 24.214 para estar a tono con todas las modificaciones introducidas por el Cód. Civ. y Com. en materia de relaciones de familia al reformar el texto del art. 53 del siguiente modo:

"Artículo 53. — En caso de fallecimiento del jubilado/a, beneficiario/a de retiro por invalidez o afiliado/a en actividad, gozarán de pensión las siguientes personas vinculadas con el/la causante:

"a) La/el viuda/o.

"En caso de separación de hecho, siempre que el causante tuviere a su cargo un deber alimentario en favor del derechohabiente, cualquiera fuese la fuente de esta obligación.

"b) La/el cónyuge divorciado/a.

"Siempre que perciba alimentos de conformidad con lo previsto en el art. 434 del Código Civil y Comercial, o en el supuesto excepcional de renta por plazo indeterminado en concepto de compensación económica, prevista en el art. 441 del Código Civil y Comercial.

"c) La/el conviviente.

"Siempre que la/el causante haya sido soltera/o, se hallase separada/o de hecho, divorciada/o, viuda/o y hubiera convivido con carácter público, notorio, estable y permanente durante por lo menos dos [2] años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

"El/ la conviviente excluye a el/la cónyuge supérstite.

"Solo procede la coparticipación de la/el cónyuge supérstite en el beneficio cuando el causante hubiera estado contribuyendo al pago de alimentos de conformidad con lo previsto en los arts. 432, 433 y 434 del Código Civil y Comercial, o en el supuesto excepcional de renta por plazo indeterminado en concepto de compensación económica prevista en el art. 441 del Código Civil y Comercial. El porcentaje de coparticipación será igual a la cuota alimentaria pactada o establecida judicialmente. En caso de que el monto de la cuota alimentaria supere el cincuenta por ciento [50%] del beneficio, será reducida hasta ese porcentaje.

"En el caso excepcional de convivencias simultáneas que cumplan con los caracteres previstos en el presente artículo, la pensión se distribuye en partes iguales.

"d) Las/los hijos/as solteras/os.

"Hasta los veintiún años [21], siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que establece la presente ley.

"La limitación a la edad establecida en el inciso d) no rige si los derechohabientes se encontraran restringidos en su capacidad, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, o perciban alimentos establecidos hasta los 25 años de conformidad con lo dispuesto en el art. 663 del Código Civil y Comercial. En este último supuesto, el beneficio se extiende hasta este límite de edad.

"e) Las/los hijos/as afines.

"Siempre que convivieran con el causante, y hasta los veintiún años [21] y no gozaren de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que establece la presente ley".

IV.1.c. Del divorcio causado al divorcio incausado

IV.1.c.i. Consideraciones generales

Como se ha adelantado, la constitucionalización y convencionalización del derecho civil ha obligado a introducir revisiones sustanciales en la regulación de las relaciones de familia. El ámbito del derecho matrimonial no ha estado ajeno a ello y esto se lo puede observar de manera elocuente en el régimen de divorcio, de un sistema causado a uno incausado.

¿Cuál es la normativa base sobre la cual el Cód. Civ. y Com. se vio obligado a revisar de manera profunda el sistema de divorcio en el país? La respuesta reposa en el art. 19 de la CN argentina al disponer en su primera parte: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". En este marco, era necesario preguntarse si un régimen de divorcio causado fundado en causas subjetivas, es decir, en el incumplimiento de ciertos derechos y deberes matrimoniales que daban lugar a la idea de uno o ambos cónyuges "culpables"; como así también objetivo, basado en determinados hechos fácticos como el plazo de 3 años mínimo de separación de hecho o la manifestación conjunta de los cónyuges de razones que hacían "moralmente imposible la vida en común" tras haber transcurrido un lapso mínimo de la celebración del matrimonio también de 3 años, eran conteste con esa manda constitucional de libertad y autonomía personal. La respuesta negativa se imponía.

Tal como se explicitó en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma: "Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y

de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio".

El Cód. Civ. y Com. deroga la posibilidad de que haya cónyuges "culpables" e "inocentes" presumiendo que las relaciones de pareja no son sencillas y que puede no existir un único responsable de la ruptura matrimonial; receptando un sistema jurídico único, de divorcio incausado más sencillo y simplificado (40). De este modo, la ley reconoce que las relaciones de pareja han cambiado, que la realidad social en este punto también ha sufrido —y en buena hora— transformaciones que merecen ser plasmadas en un nuevo texto civil. Como bien se ha señalado: "Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida" (41). Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede —ni debería pretender evitar o retrasar— han sido destacados, promovidos y repotenciados, justamente, por la emancipación de la mujer.

En este sentido, se agrega: "La igualdad entre mujeres y hombres se advierte una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia" (42).

Todas estas modificaciones pusieron en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que "en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia solo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional" (43), aquella basada en la "potestad" del hombre por sobre la mujer y los hijos; o en otras palabras: "Un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, violencia" (44).

En este marco, el divorcio incausado constituye una decisión clave para entender y admitir que la ley es una herramienta hábil para la pacificación y a la vez la prevención de conflictos familiares, al desincentivar disputas que se muestran en otros ámbitos directamente relacionados como lo son los vínculos parentales o también de parentesco, en aquellas situaciones donde un ex cónyuge —por lo general, las mujeres— impiden la comunicación con los abuelos u otros familiares paternos. En otros términos, el sistema incausado de divorcio es una clara manifestación desde la ley, dado su valor pedagógico, en favor de diferenciar los procesos civiles de los procesos de familia; es decir, se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en el que hay un "ganador" y un "perdedor", sino por el contrario, en la que ambos ganan si se sale de esa lógica donde, por lo general cuando hay hijos, ellos son el "trofeo" a disputarse tras un divorcio destructivo.

El Cód. Civ. y Com. al regular un único sistema incausado admite que el vínculo matrimonial —como todas las relaciones humanas— es un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero —si es que existe una verdad— "culpable" de la desavenencia matrimonial. Se trata de no dar —ni malgastar— un espacio como la justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que solo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

De esta manera, el régimen de divorcio incausado no solo viene a pacificar las relaciones de pareja matrimonial posdivorcio, sino que, a modo de herramienta preventiva, viene a evitar los diferentes conflictos que se pueden desatar en relación con los hijos.

Esto ya se puso de resalto en varias oportunidades antes de la reforma de la legislación civil. A modo de ejemplo, cabe recordar un precedente de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual se pretendía comparar el régimen anterior con el entonces proyectado al decir: "Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho vigente, y la estructura del actual código

permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbosas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado, nos hemos enterado de la intimidad no solo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan solo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios)" (45).

Misma línea argumental fue reafirmada en una gran cantidad de precedentes judiciales posteriores a la presentación del Anteproyecto y antes de la puesta en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. que se expidieron a favor de la inconstitucionalidad del régimen de divorcio objetivo del Cód. Civil fundado, entre otras consideraciones, en la legislación que entraría en vigencia tiempo más adelante. Así, el Juzgado de Familia nro. 7 de Viedma en un precedente del 31/07/2013 declaró la inconstitucionalidad del derogado art. 215 del Cód. Civil exponiendo: "Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial" (46). ¿Acaso la espera de 3 años para poder solicitar el divorcio no atenta contra el mencionado principio de intimidad, privacidad y libertad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional?

De este modo, el Cód. Civ. y Com. facilita el proceso de divorcio al centrarse en las consecuencias y efectos, no en las causas, quitándose todo obstáculo temporal (se deroga la necesidad de que haya un tiempo mínimo de espera) y también de legitimación, siendo que el divorcio lo pueden solicitar ambos cónyuges o uno de ellos. Así se reconoce otro dato de la realidad. El matrimonio se celebra de a dos y se sostiene también de manera conjunta, si ya uno de sus miembros no quiere estar más sosteniendo un proyecto de vida de pareja, es poco o nada lo que puede hacer la ley. Más aún, en términos preventivos, obligar a seguir casados a un matrimonio que ya no lo quiere estar podría ser caldo de cultivo para situaciones de violencia familiar observándose que el Cód. Civ. y Com. recepta como otra función de la responsabilidad civil la de carácter preventiva (conf. art. 1710), con lo que ello significa desde una mirada más profunda e integral de todo el ordenamiento jurídico civil y nacional en general.

IV.1.c.ii. La interpretación coherente con el sistema vigente

Desde esta matriz, el art. 248 de la LCT cuando alude al divorcio en los siguientes términos: "Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco [5] años anteriores al fallecimiento", debería ser reinterpretada a la luz del régimen jurídico vigente que deroga el sistema de culpabilidad.

Precisamente, la alusión a la culpabilidad como a la separación de hecho que se deriva de la norma en análisis generó ciertos debates con clara repercusión en la práctica judicial. En este sentido, cabe traer a colación la interesante sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 14/04/2004 (47) en la que se debate el cobro de la indemnización por fallecimiento del trabajador entre la cónyuge y la conviviente supérstites, a raíz del pedido de declaratoria de certeza por parte del empleador "debido al estado de incertidumbre" generado por el reclamo simultáneo.

En primera instancia se inclinó la balanza a favor del cónyuge al entender que la "concubina" —léase conviviente, debido al cambio que introduce el Cód. Civ. y Com. al considerar que tal término es peyorativo— no había probado que la separación de hecho del causante se debió o fue por culpa de la esposa o de ambos cónyuges. Por mayoría se revoca la decisión y se considera que la indemnización le cabe a la "concubina". ¿Cuáles son las principales razones de esta postura? Sintéticamente: 1) no se suscribe a la doctrina que la carga de la prueba debe recaer en la conviviente fundado en el régimen de divorcio ahora derogado que ya en su momento se consideró que "ha generado enormes transformaciones en el campo matrimonial y familiar, debiendo las instituciones circunstancialmente vinculadas adecuada armónicamente a las figuras vigentes" en el marco del régimen anterior implicaba revalorizar el divorcio causado objetivo por el subjetivo; 2) que según la redacción del art. 248 de la LCT, si se trata de un trabajador casado, el derecho de la conviviente queda condicionado al divorcio por culpa de la esposa o de ambos cónyuges o a la separación de hecho por un plazo de cinco años anteriores al fallecimiento y que en ese marco "la perduración en el tiempo de la separación de los

esposos y el hecho de que la cónyuge superviviente no haya intentado acción alguna, ni demostrado haberse opuesto al alejamiento del causante o formulado contra él exposición judicial son claros indicadores, no solo de la separación, sino también de la ausencia de voluntad de unirse por parte de ambos"; 3) que "resulta irrazonable sostener que el mismo legislador que dio el puntapié inicial en la protección del conviviente, puso en cabeza del mismo una prueba diabólica, como es tener que acreditar la culpa en la separación de hecho de un matrimonio, cuando el mismo se extinguió por la muerte de uno de sus integrantes"; y 4) que mediando concurrencia esposa y conviviente "se hará acreedora de dicha compensación la primera si ella acreditare que no le cupo culpa —individual o concurrente con el trabajador fallecido— en la separación o extinción del vínculo matrimonial", es decir, que no probados estos extremos se considera que la indemnización debe ser pagada a la conviviente al acreditar convivencia pública con el trabajador fallecido por un período temporal establecido por el propio art. 248 de la LCT.

Estos han sido los debates durante la vigencia del régimen de divorcio causado que ha sido —y en buena hora— modificado de manera sustancial por uno incausado, es decir, en el que no interesa dirimir culpas. Dentro de esta nueva lógica que incorpora el Cód. Civ. y Com. es más evidente aún que la interpretación se inclina en favor del reconocimiento de la indemnización a favor de quien efectivamente, se encontraba conviviendo y llevando adelante un proyecto de vida en común con el trabajador hasta su deceso, es decir, la o el conviviente. De este modo, probada la convivencia por el plazo que estipula la LCT, dos años, la carga de la prueba recaerá en la cónyuge si pretendiera desplazar a la conviviente alegando, por ejemplo, que carece del plazo mínimo de convivencia que establece la norma. De este modo, el debate se simplifica de manera significativa, ya que no podrá alegarse culpa alguna o concurrencia.

Ahora bien, el Cód. Civ. y Com. abriría otro tipo de debates. Sucede que, si la indemnización que prevé el art. 248 de la LCT es de carácter asistencial y, por ende, alimentaria habría que indagar otras posibilidades que se podrían generar en el marco del Cód. Civ. y Com. y que podrían ser aclaradas en una futura y necesaria reforma legislativa.

¿Qué sucede si el trabajador se encontraba separado de hecho, pero tenía la obligación legal de pasar alimentos de conformidad con lo previsto en el art. 432 del Cód. Civ. y Com.? Este sería el único debate que habría quedado abierto, ya que en el marco del art. 248 de la LCT, a diferencia de lo que establece el art. 53 de la ley 24.241, el divorcio hace cesar todo tipo de legitimación para solicitar o ser beneficiado de la indemnización en estudio; por el contrario, en materia de seguridad social, sí interesan los casos en los cuáles subsiste la obligación alimentaria a favor de ex cónyuges. En este último caso, aquí habría que tener en cuenta si el ex cónyuge superviviente era acreedor de alimentos (por enfermedad preexistente o extrema necesidad tal como lo prevé el art. 434) e incluso, si tenía a su cargo el cumplimiento de determinadas obligaciones en el marco de la figura que recepta el Cód. Civ. y Com. de la compensación económica (arts. 441 y 442 del Cód. Civ. y Com.).

En definitiva, el Cód. Civ. y Com. ha facilitado la cuestión de los beneficiarios o legitimados en el supuesto especial previsto en el art. 248 de la LCT al evitar cualquier tipo de debate en torno a la culpa y, por lo tanto, reafirmar a los convivientes que cumplen un determinado lapso de tiempo de convivencia, 2 años, como acreedores de dicha acreencia sin que se deba considerar que para tal reconocimiento se debe cumplir con los requisitos previstos en los arts. 509 y 510 del Cód. Civ. y Com. que regula la figura de las uniones convivenciales que es bien diferente a la convivencia prevista en el derecho laboral. Como se ha expresado desde el ámbito laboral "Desaparecido el divorcio causado (subjetivo/objetivo), carece de asidero averiguar la 'culpabilidad' o inocencia del viudo/viuda. En todo caso será el/la conviviente quien —cumplido el requisito de antigüedad— será acreedor de la indemnización por muerte prevista en el analizado art. 248", agregándose que "a pesar de que en algunos fallos se ha hecho concurrir a cónyuge superviviente y a conviviente, en realidad la norma no fue pensada para ello" (48). Desde esta óptica, fácil se puede concluir que el Cód. Civ. y Com. habría venido a poner un poco de orden o cierto respiro a una normativa laboral que ha generado tanta doctrina y jurisprudencia encontrada.

IV.1.d. Los hijos

En relación con los hijos/as del causante también cabría hacer algunas consideraciones que valen también y en igual sentido y entidad para lo previsto en el art. 53 de la ley 24.241 por la interacción que hay entre ambas legislaciones. Algo de esto da cuenta el proyecto de ley ya mencionado presentado en el año 2017 y reproducido en el 2019.

En primer lugar, cabe recordar que la obligación alimentaria subsiste hasta los 21 años más allá de que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; obligación que está presente excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo (art. 658 del Cód. Civ. y

Com.). ¿Esta situación podría ser alegada a los fines de impedir el cobro de la indemnización y el beneficio del derecho a pensión?

Por otra parte, es sabido, que una de las tantas novedades que trae consigo el texto civil y comercial es la incorporación de un supuesto especial de derecho alimentario a favor de los hijos/as: el caso de los alimentos a los hijos mayores de 21 y menores de 25 años que prosiguen sus estudios. Supuesto especial que ya había sido reconocido jurisprudencialmente en nuestro país, antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., y que se encuentra regulado en otros ordenamientos jurídicos del derecho comparado: entre otros, Francia, Italia, Suiza, España, Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, San Salvador, Costa Rica, Ecuador. En este contexto legislativo civil cabría preguntarse qué repercusión podría tener ante una posible modificación legislativa esta especial situación de que el trabajador fallecido se encontraba cumpliendo esta obligación alimentaria excepcional extendida a los hijos/as hasta los 25 años y siempre que se den las condiciones fijadas por el art. 663 del Cód. Civ. y Com., es decir, "si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente".

En este sentido, cabe destacar dos proyectos de ley presentados en el Honorable Congreso de la Nación en el transcurso del año 2019, que tienen por fin modificar en distintos aspectos el art. 53 de la ley 24.241 e incluyen la extensión del derecho a pensión para el caso del hijo/a que estuviese en las condiciones del art. 663 del Cód. Civ. y Com. Se trata de dos propuestas que encuentran su antecedente directo en expedientes anteriores —ingresados durante 2016 y 2017— que habrían perdido estado parlamentario. Veamos, en primer lugar, el Proyecto S-621/19 (49) presentado el 18/03/2019, por el cual se pretende reproducir el expediente S-1736/16 aprobado por la Cámara de Senadores el 2/11/2016 bajo la OD-905 (50), establece que "El beneficio se extenderá hasta los VEINTICINCO [25] años en caso que acrediten la continuación de los estudios secundarios, terciarios o universitarios en instituciones reconocidas por las respectivas autoridades educativas". En la misma línea, el Proyecto 0997-D-2019 de fecha 22/03/2019, por el que se reproduce el expediente 2891-D-2017 (51) ingresado a la Cámara de Diputados el 31/05/2017, dispone: "En caso de fallecimiento del jubilado/a, beneficiario/a de retiro por invalidez o afiliado/a en actividad, gozarán de pensión las siguientes personas vinculadas con el/la causante: (...) d) Las/los hijos/as solteras/os. Hasta los veintiún años [21], siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que establece la presente ley. La limitación a la edad establecida en el inciso d) no rige si los derechohabientes se encontraran restringidos en su capacidad, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, o perciban alimentos establecidos hasta los 25 años de conformidad con lo dispuesto en el art. 663 del Código Civil y Comercial. En este último supuesto, el beneficio se extiende hasta este límite de edad".

Otra cuestión que se debería tener en cuenta en una necesaria reforma legislativa a los fines de lograr una coherencia del sistema jurídico nacional se vincula con la ampliación de las formas de organización familiar que se recepta en el Cód. Civ. y Com. y en particular, la familia ensamblada cuyos integrantes se los denomina hijos y progenitores afines. Esto es tenido en cuenta en el mencionado proyecto de ley presentado en el 2017 y reproducido en el 2019.

Sucede que cuando una persona habita en el mismo hogar con los hijos de su cónyuge o conviviente, los arts. 455 y 520 imponen un deber de contribución a las cargas del hogar que se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad del cónyuge o conviviente que vive con ellos. En segundo lugar, el progenitor afín tiene, como regla, un deber alimentario subsidiario respecto a los hijos/as de su pareja. Incluso, el art. 676 del Código dispone que, en caso de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia, este deber de asistencia en cabeza del progenitor afín, puede subsistir, excepcionalmente, si el cambio de situación ocasiona un grave daño al niño o adolescente, y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

Teniendo en consideración que la indemnización por muerte del trabajador observa un tinte asistencial podría también preverse el supuesto de que los hijos afines también sean considerados beneficiarios. En consonancia con esta línea, cabe destacar que la jurisprudencia reconoció reiteradamente a los hijos afines en el marco de la seguridad social. Ya en el año 1976, la Corte Suprema Justicia de la Nación, acogió en forma favorable un reclamo de este tipo, al sostener: "La ley ampara la condición de hijastro al punto tal de generar una obligación alimentaria en cabeza de la sociedad conyugal, por lo que es lógico admitir el derecho a pensión de los hijastros a fin de evitar condiciones desvaliosas desde el punto de vista del carácter alimentario del beneficio previsional" (52). En fecha posterior, 22/06/1992, también la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, sala I, entre tantos otros, acogió favorablemente el derecho a pensión de la hija afín a pesar de no estar expresamente enumerada entre los causahabientes con derecho a dicho beneficio (53).

En definitiva, como bien se ha expresado de manera crítica "el art. 248 LCT (...) ha suscitado numerosos conflictos de interpretación, aunque el legislador nunca modificó, sustituyó o de modo alguno alteró

expresamente su texto" (54). El interrogante que se deriva reside en si la reforma del texto civil y comercial será una buena excusa legislativa para lograr la postergada actualización.

IV.2. Licencias y derecho de las familias

IV.2.a. Consideraciones generales

Dentro del vasto campo del cruce entre derecho de las familias y el derecho del trabajo, uno de los temas más actuales y presentes en la agenda pública y parlamentaria, es el referido a las licencias especiales, más particularmente, a las licencias por paternidad, maternidad y/o licencias familiares o parentales; es decir a quién o a quiénes la ley permite beneficiarse de un tiempo de licencia en caso de nacimiento de un hijo/a o inserción de un niño/a en su familia, por cuánto tiempo y bajo qué condiciones. ¿Es conteste con la visión constitucionalizada-convencionalizada del derecho de familia, un sistema de licencias que no contemple la situación de los progenitores que son padres/madres vía la adopción o el uso de las técnicas de reproducción humana? Más aún, el reconocimiento de la igualdad de género, las políticas de cuidado, el matrimonio igualitario y la diversidad de organizaciones familiares presentes en nuestra sociedad, ¿no son razones más que suficientes que obligan a repensar el sistema de licencias, hoy afianzado en categorías biológicas y estereotipadas de las funciones parentales?

Como bien se ha expresado: "El esquema de licencias actual refleja un acceso fragmentado y estratificado al derecho al cuidado, en parte porque tiene como normativa principal una Ley de Contrato de Trabajo que está por cumplir 44 años. Es necesario avanzar en una transformación de nuestras leyes que permita dar cuenta de los cambios de las últimas décadas" (55).

En este contexto, son varios y profundos los interrogantes que suscita la LCT, los cuales están siendo analizados por nuestros legisladores y legisladoras en el parlamento nacional. Nótese que, según el relevamiento realizado por Unicef en conjunto con el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), a mayo de 2017, existen 43 (cuarenta y tres) proyectos con estado parlamentario relacionados a licencias: 28 (veintiocho) en Diputados y 15 (quince) en el Senado (56).

Estas tres organizaciones de la sociedad civil —CIPPEC, UNICEF y ELA— impulsan lo que denominan una "ley de licencias universales" que tenga por fin readecuar la LCT a los estándares constitucionales-convencionales en materia de diversidad o pluralidad de familias, con perspectiva de género y promoviendo el principio de equidad en las tareas de cuidado de entre hombres y mujeres (57), sosteniendo que, "la reconfiguración del actual esquema de licencias por maternidad, paternidad y familiares puede lograr tres objetivos que son clave para la Argentina: en primer lugar, contribuir a la efectiva conciliación entre la vida productiva y la reproductiva. En segundo lugar, mejorar el bienestar y el desarrollo de los niños recién nacidos. En tercer lugar, distribuir la carga de las tareas de cuidado y domésticas de una forma equitativa, allanando el camino para una plena inserción laboral de las mujeres. A la vez, promueven la construcción de la masculinidad desde una perspectiva que cuestiona los esquemas heteronormativos y que reproducen estereotipos de género vinculados a la imagen del varón proveedor y ajeno a la vida familiar" (58).

Recordemos que el art. 158 de la LCT hoy vigente, establece un acotado régimen de licencias especiales, a saber: a) por nacimiento de hijo, dos [2] días corridos; b) por matrimonio, diez [10] días corridos, c) por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley; de hijo o de padres, tres [3] días corridos; d) por fallecimiento de hermano, un [1] día, e) para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos [2] días corridos por examen, con un máximo de diez [10] días por año calendario.

Por su parte, los arts. 177 y ss. de la LCT, destinados a regular la protección de la maternidad, establecen la prohibición del trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco [45] días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco [45] días después del mismo. No obstante, la norma también permite reducir la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta [30] días; pudiendo acumular los otros 60 días para el período de descanso anterior al parto.

Son variados y de entidad, los reparos que merecen las normativas sucintamente reseñadas. En los siguientes apartados, analizaremos aquellos que consideramos más relevantes y urgentes de reformar a la luz del concepto constitucional-convencional de familia ya analizado; es decir, teniendo en consideración el reconocimiento de familias en plural y la necesidad de su protección sin discriminación.

IV.2.b. La OIT y la licencia por maternidad: ¿y la paternidad?

El Convenio más reciente sobre la protección de la maternidad de la OIT, 2000, nro. 183 (C183), en vigor desde el 07/02/2002, que Argentina no ratificó, exige, en relación con la duración de la licencia de maternidad,

un período de 14 (catorce) semanas como mínimo. Por su parte, la recomendación nro. 19, de fecha posterior, ha elevado un escalón respecto a la protección de la maternidad, animando a los Estados Miembros de la OIT a extender esa licencia a 18 (dieciocho) semanas por lo menos: "Los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia de maternidad, mencionada en el art. 4 del Convenio, a dieciocho semanas, por lo menos. [2] Se debería prever una prolongación de la licencia de maternidad en el caso de nacimientos múltiples. [3] Se deberían adoptar medidas para garantizar que, en la medida de lo posible, la mujer tenga derecho a elegir libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto".

Teniendo en cuenta los parámetros fijados por el organismo internacional especializado, el atraso del Estado argentino en esta materia resulta evidente; situación que se agrava aún más si se considera el tratamiento dispar de las licencias por maternidad en el sector privado respecto del público, sumado a ello, la diversidad de criterios puertas adentro del sector público, pues cada jurisdicción tiene diferentes regímenes de licencias. Por ejemplo, en el caso de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Mendoza, la licencia por maternidad en el sector público es de 90 días, mientras que, en provincias como Catamarca, Córdoba, Corrientes, entre otras, la licencia se eleva a 120 días [\(59\)](#).

En este marco de tratamiento desigual y contrario a las recomendaciones del organismo internacional, se explica o justifica la cantidad de proyectos legislativos presentados en el Congreso de la Nación que tienen por fin adecuar o acercar el período de licencias por maternidad a los estándares internacionales reseñados. Sin ánimo de analizar una a una las propuestas presentadas, cabe destacar alguna de ellas, sobre todo las que extienden los plazos de licencia. Veamos, en orden cronológico descendente, podemos destacar el Proyecto 0222-D-1209 ingresado el 07/03/2019 por un diputado del PRO [\(60\)](#), en el que se reproduce el expediente 1503-D-2017 de fecha 07/04/2016 [\(61\)](#), como uno de los más conservadores a la hora de proponer reformas ampliatorias. En sus Fundamentos se expresa: "La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que la licencia por maternidad debe ser de, por lo menos, catorce semanas y recomienda dieciocho. El art. 177 de la ley 20.744 que rige en la actualidad no alcanza este número. En efecto, es necesario extender la licencia para alcanzar los parámetros establecidos internacionalmente. Cabe destacar que, en otros países de América Latina, la licencia por maternidad es mucho mayor que la que se contempla en nuestro país. En Chile 156 días, en Brasil 120 días y en Colombia y Perú 98 días. Argentina comparte el último lugar con Uruguay y Paraguay". Con estos prolegómenos, el proyecto propone modificar el art. 177 de la LCT, elevando a 120 días la licencia por maternidad, es decir, superando el mínimo de las 14 semanas.

Por otra parte, como referentes de propuestas más ampliatorias en materia de licencias, podemos mencionar los proyectos 1183-D-2017, ingresado el 27/03/2017, por diputados/as pertenecientes a Libres del Sur [\(62\)](#), que eleva a 165 días la licencia por maternidad del art. 177 de la LCT; el proyecto 5588-D-2016, de fecha 26/08/2016, presentado por diputados/as del Frente para la Victoria-PJ [\(63\)](#), que fija en 180 días el máximo de licencia por maternidad: "Artículo 177: Prohibición de trabajar. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los sesenta [60] días anteriores al parto y ciento veinte [120] días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a veinte [20] días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto"; y el proyecto 1576-D-2016, ingresado el 12/04/2016, por una diputada del Frente para la Victoria [\(64\)](#), que más allá de las extensiones a las licencias maternas y paternas propone incorporar a la LCT una art. 177 bis que titula como licencia parental: "Los o las progenitores/as, una vez concluidos los plazos de prohibición de trabajar previstos (...), tendrán derecho a una licencia adicional parental por el plazo de 30 (treinta) días, por parte de uno de ellos o ellas".

Esta preocupación por la extensión de la licencia materna y su contracara, la protección de la primera infancia, no solo forma parte de la agenda pública nacional, sino también de la agenda en el ámbito regional. En este sentido, cabe destacar que en fecha 21/03/2017 se ha presentado en el Parlamento del Mercosur un proyecto de resolución MEP 45/2017 [\(65\)](#) que tiene por fin adecuar las normativas de los Estados Partes a las recomendaciones de la OIT en materia de licencias por maternidad. En su art. 1º se expresa: "Promover la unificación de criterios en los Estados miembros del Mercosur, mediante la adecuación legislativa, de los mayores períodos y mejores derechos de las madres y sus hijos en lo concerniente a la 'Licencia por maternidad' en el ámbito laboral, tanto en el sector público, como el privado".

En lo que respecta a las licencias por paternidad, las críticas a nuestra legislación nacional se agudizan aún más; recuérdese que, en el sector privado, la LCT solo otorga una licencia de 2 (dos) días corridos al padre, por nacimiento de hijo. Nuevamente, al igual que en las licencias por maternidad, la licencia al padre, se amplía en algunos supuestos de desarrollo profesional o laboral en el sector público. Nótese, por ejemplo, el caso del Poder Judicial de la Nación que, mediante Acordada 11/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 05/04/2016, extendió a quince días corridos la licencia por paternidad de para Magistrados, funcionarios y

empleados del Poder Judicial de la Nación (66).

Nuevamente insistimos, a más de cuarenta años de su sanción, urge una modificación y reeducación de la LCT que cuestione en profundidad el paradigma heteronormativo y patriarcal que la funda y justifica, es decir, la idea de que el padre, en el marco de una pareja heterosexual, es el sujeto encargado del sostén económico y tiene solo un rol periférico o secundario en lo que hace a las tareas de cuidado de sus hijos (67).

En este sentido, si bien la OIT no tiene un Convenio o Recomendación específicamente destinado a establecer estándares sobre los plazos de licencias adecuados por paternidad, la resolución relativa a la igualdad de género, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 2009 reconoce que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan a los hombres y a las mujeres; instando a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluyendo la licencia de paternidad y/o parental, y previendo incentivos para que los hombres las aprovechen (68).

En el año 2012, fue la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (69) la que tuvo que resolver una demanda de un padre dirigida contra la Federación de Rusia por la negativa de las autoridades nacionales a concederle un permiso de paternidad a causa de su pertenencia al sexo masculino. La plataforma fáctica era la siguiente. El 30 de septiembre de 2005, la esposa del demandante, la Sra. Z., dio a luz a su tercer hijo en común. Ese mismo día, el tribunal concedió su demanda de divorcio. El 6 de octubre de 2005, el demandante y la Sra. Z. firmaron un acuerdo según el cual sus tres hijos vivirían con el demandante y la Sra. M. pagaría su manutención. Según el demandante, pocos días después la Sra. Z se marchó a San Petersburgo. El 11 de octubre de 2005, el demandante solicitó al jefe de su unidad militar tres años de permiso por paternidad. El 12 de octubre de 2005, el jefe de la unidad militar rechazó su petición porque los tres años de permiso por paternidad tan solo se concedían al personal militar femenino. Al demandante se le permitió acogerse solo a tres meses de permiso. El 11 de agosto de 2008, el demandante se dirigió al tribunal constitucional de su país afirmando que las disposiciones de la Ley sobre el estatuto militar relativas al permiso parental de tres años eran incompatibles con el principio de igualdad de la Constitución. El 15 de enero de 2009, el Tribunal constitucional rechazó la demanda. En estas condiciones, el demandante presenta el caso ante el TEDH alegando que la negativa a concederle un permiso parental supone una discriminación basada en el sexo, e invocando el art. 14 (70) del Convenio en relación con el art. 8º (71) del Convenio. Ante este escenario, la Gran Sala sostuvo: "El Tribunal recuerda además que el avance hacia la igualdad de sexos es en la actualidad un objetivo importante entre los Estados miembros del Consejo de Europa y que solo circunstancias muy graves puede llevar a considerar compatible tal diferencia de trato (...). En concreto, la referencia a tradiciones, presupuestos de orden general, actitudes sociales mayoritarias no son suficientes para justificar una diferencia de trato basada en el sexo. Por ejemplo, los Estados no pueden imponer las tradiciones cuyo origen está en la idea de que el hombre juega un papel prioritario y la mujer uno secundario en la familia (...)". Agregando: "En relación con el contexto específico de las fuerzas armadas, el Tribunal señala que, cuando se desarrolló y aprobó el Convenio, los Estados contratantes disponían en su gran mayoría de fuerzas de defensa y, por tanto, un sistema de disciplina militar que implicaba, por su propia naturaleza la posibilidad de limitar algunos de los derechos y libertades de los miembros de estas fuerzas, que no podían imponerse a los civiles. Dichas limitaciones por sí mismas no contravienen las obligaciones del Estado de acuerdo con el Convenio. Se deduce que cada Estado tiene jurisdicción para organizar su sistema de disciplina militar y disfruta en su ámbito de un cierto margen de apreciación. El buen funcionamiento de un Ejército no se concibe sin normas jurídicas destinadas a evitar cualquier daño a los militares. Sin embargo, las autoridades nacionales no pueden basarse en esas normas para impedir que los miembros de las fuerzas armadas ejerciten su derecho al respeto de sus vidas privadas, que se aplica tanto a los militares como al resto de personas bajo la jurisdicción del Estado". Se concluye que cuando un Estado decide crear un dispositivo de permiso parental, debe de hacerlo de una forma compatible con el art. 14 del Convenio, es decir, el principio de igualdad: "con respecto al permiso y la prestación parental, los hombres se encuentran en situación análoga a la de las mujeres. De hecho, a diferencia del permiso de maternidad, cuyo fin primordial es permitir a la madre recuperarse de la fatiga del parto y amamantar a su bebé si lo desea, el permiso parental y las prestaciones del permiso parental hacen referencia al período posterior y buscan permitir que uno de los progenitores se quede en el hogar para cuidar personalmente del recién nacido. El Tribunal no está de acuerdo con el argumento del Gobierno relativo al particular vínculo biológico y psicológico existente entre la madre y el recién nacido tras el nacimiento, confirmado por las recientes investigaciones. Sin ignorar las diferencias que pueden existir entre el padre y la madre en su relación con el niño, el Tribunal concluye que, en lo que respecta a los cuidados para el niño durante el periodo correspondiente al permiso parental, los hombres y las mujeres se encuentran en «situaciones análogas". Acreditando, de este modo, la existencia de una violación al art. 14 en relación al art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (72).

Por su parte, en el ámbito nacional, existen diferentes propuestas de reformas a la LCT que plantean una extensión de las licencias por paternidad; si bien no la igualan a la licencia por paternidad que proyectan, la amplían en comparación con la legislación actualmente vigente. Veamos, por ejemplo, el proyecto 5588-D-2016, ya citado, establece la prohibición del trabajo, "del otro progenitor o pretense adoptante durante los treinta [30] días posteriores al nacimiento de su hijo o de la notificación fehaciente de la resolución judicial que otorga al niño, niña o adolescente en guarda con fines de adopción, respectivamente". Mismo plazo, prevé el proyecto 2755-D-2017, ingresado el 26/05/2017, con la firma de un diputado de la UCR (73) y el proyecto 1502-D-2017, de fecha 7/04/2017, presentado por diputados/as del PRO (74) [reproducido posteriormente bajo el expediente 0221-D-2019, ingresado el 7/03/2019 (75)]. Con una diferencia no menor, en estos dos últimos casos los textos propuestos no utilizan el vocablo neutro "el otro progenitor", sino que refieren expresamente al "trabajador masculino" o "al padre", restringiendo de esta forma la posibilidad de que la otra progenitora mujer, en pareja con la mujer que gesta al niño, pueda hacer uso de esta licencia.

Por su parte, el proyecto 2429-D-2016 (76), presentado por diputados/as de Libres del Sur, propone una licencia más amplia en días, incluyendo en la LCT un art. 177 bis que expresa: "Queda prohibido la prestación de servicios por cuarenta y cinco 45 días de corrido del trabajador desde el momento del nacimiento o adopción de hijo/a". A este proyecto le sigue, uno más ampliatorio aún, el proyecto 0928-D-2016, ingresado el 22/03/2016, con la firma de diputados/as del Frente de Izquierda y de los Trabajadores y de una diputada del Frente para la Victoria (77). Allí se propone extender la licencia a 90 días, en los siguientes términos: "Asimismo, queda prohibido el trabajo de el o los padres durante los 10 (diez) días anteriores al parto y hasta los 80 (ochenta) días posteriores al mismo". Nuevamente, sería propicio que, al analizar estas propuestas de reformas en el ámbito de las comisiones de trabajo en Diputados y Senadores, se adecuen los términos a las categorías neutras utilizadas en el Cód. Civ. y Com.; en este caso se utilice el vocablo "progenitor o progenitores" en reemplazo del "padre", "empleado masculino" u "hombre".

Asimismo, cabe destacar la necesidad de readecuar la LCT, considerando la posibilidad de que un hombre pueda ser padre sin pareja o padre en pareja con otro hombre, a través de la adopción unipersonal o conjunta, o mediando un procedimiento particular de TRHA denominado "gestación por sustitución" (78). Aspectos que pasamos a analizar en los subapartados siguientes.

Por último y como cierre de este apartado, no se debe perder de vista la incorporación a la agenda pública de las denominadas políticas de cuidado que en palabras de la CEPAL son "aquellas acciones públicas referidas a la organización social y económica del trabajo destinado a garantizar el bienestar físico y emocional cotidiano de las personas con algún nivel de dependencia. Estas políticas consideran tanto a los destinatarios del cuidado, como a las personas proveedoras e incluyen medidas destinadas tanto a garantizar el acceso a servicios, tiempo y recursos para cuidar y ser cuidado, como a velar por su calidad mediante regulaciones y supervisiones. La División de Desarrollo Social, a partir de un enfoque de derechos de los sujetos y de los prestadores de cuidado, promueve que el cuidado se consolide como un pilar de la protección social, que debe guiarse por los principios de igualdad y solidaridad intergeneracional y de género, y articularse en legislaciones, políticas, programas, y servicios que constituyan sistemas integrados de cuidado" (79). En este contexto, fácil se advierte el rol de relevancia que tiene el régimen jurídico en materia de licencias en esta agenda pendiente en el país —destacándose que se han presentado varios proyectos de ley al respecto (80)— y en la región.

Todo esto en total consonancia con las preocupaciones expresadas en las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al cuarto informe periódico de la Argentina (E/C.12/ARG/CO/4) al manifestar su preocupación por la baja tasa de participación laboral de las mujeres, quienes asumen el trabajo no remunerado de cuidado de la familia en el Estado parte, los desiguales avances en materia social y territorial hacia la provisión universal de servicios sociales e infraestructura destinada al cuidado de niños y adultos mayores impacta de manera negativa en la igualdad entre hombres y mujeres y la inserción laboral de las mujeres, sobre todo de las de menores ingresos.

IV.2.c. Adopción, licencias y pluralidad de familias

Una de las críticas doctrinarias más antiguas y persistentes en materia de licencias por maternidad/paternidad se refiere a la falta de previsión expresa en la LCT de los casos de adopción (81); ausencia o vacío legal claramente violatorio del derecho a la protección de las familias en plural y al principio de igualdad y no discriminación.

En primer lugar, ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de remendar o explicitar esta falta como contraria al orden constitucional-convencional. En este sentido, es dable traer a colación un fallo resuelto por Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche del 11/05/2006 (82). La plataforma fáctica era la siguiente. M. C. M. V. junto a J. A. R., promueven acción de amparo con la finalidad de que se le otorgue licencia por

maternidad en el establecimiento donde trabaja, un hotel. Ello, a raíz de haberseles otorgado un niño recién nacido en guarda para adopción. Señalando que, habiendo solicitado la licencia a su empleadora, se le informó sobre la imposibilidad de su otorgamiento por cuanto no existe norma vigente que contemple la misma para el caso de adopción.

En este marco, el Tribunal, luego de recordar el deber del Estado de receptor los compromisos internacionales asumidos en los tratados con jerarquía superior a las leyes reconocidos en el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna, y de nombrar una a una todas las normativas aplicables al caso por encima de la LCT (CEDAW, CDN, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio nro. 156 sobre la "Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares", la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer —celebrada en Beijing en 1995), resuelve hacer lugar a la acción de amparo promovida y, en consecuencia, declarar que M. C. M. V. tiene derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción. Para así resolver, se afirmó que, "en el supuesto que nos ocupa se encuentran afectados seriamente los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción. En efecto, aparece como absolutamente injusta y discriminatoria la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación, con fundamento en las leyes vigentes. Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia —como vimos precedentemente—. Por consiguiente, no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contemplados para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta, significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces".

En fecha 15/07/2015, el Juzgado de Familia nro. 5 de Mar del Plata (83), tuvo oportunidad de resolver la petición de una licencia por paternidad de pretensos padres adoptivos de dos niños, en los mismos plazos y formas que la licencia por maternidad. La particularidad, en este caso, no se refería solo a la falta de previsión expresa del supuesto de adopción, sino al hecho de que los peticionantes eran un matrimonio compuesto por dos hombres.

Al igual que en el caso de Bariloche, la jueza resolvió otorgar la licencia extendida del art. 177 de la LCT, a uno de los hombres del matrimonio, el Sr. M L E, garantizando en el nombrado el derecho a la estabilidad en el empleo en concordancia con el derecho al cuidado de los hijos recién llegados al grupo familiar, sosteniendo que "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 L. e I. 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). Es clara la intención de la ley 20.744-LCT en su art. 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". Reforzando el criterio de coparentalidad en los siguientes términos: "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 solo 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".

Teniendo como norte o brújula esta línea jurisprudencial, se han presentado en el Congreso de la Nación diferentes propuestas de reformas a la LCT que contienen expresamente, en las mismas condiciones que para el nacimiento de un hijo/a, las licencias por maternidad/paternidad en supuestos de adopción. Veamos algunos ejemplos. El proyecto 5588-D-2016 (84), firmado por varios diputados y diputadas del Frente para la Victoria, incluye un segundo párrafo al texto del art. 177 que sostiene: "De la misma manera, queda prohibido prestar servicios, durante el plazo de ciento ochenta [180] días posteriores a la notificación fehaciente de la resolución judicial que otorga al niño, niña o adolescente en guarda con fines de adopción". Agregando, asimismo, que queda prohibido el trabajo del otro pretense adoptante durante los treinta [30] días posteriores a la notificación

fehaciente de la resolución judicial que otorga al niño, niña o adolescente en guarda con fines de adopción. En el caso del proyecto presentado por los/las diputados/as de Libres del Sur, 2429-D-2016, la propuesta es agregar un art. 177 bis a la LCT que exprese: "Queda prohibido la prestación de servicios por cuarenta y cinco 45 días de corrido del trabajador desde el momento del nacimiento o adopción de hijo/a. En caso de adopción de un hijo/a queda prohibida la prestación de servicios de la trabajadora durante los ciento veinte [120] días después del mismo". A diferencia de proyecto reseñado anteriormente, se mantiene la distinción entre padres y madres, aunque equiparando los casos de nacimiento y los de adopción. Por último, cabe destacar, lo previsto en el proyecto 1576-D-2016, en cuanto no solo dispone una licencia luego de concedida la guarda preadoptiva: "También se prohíbe el trabajo de los/as pretensos/as adoptantes, durante el plazo de 70 días, a partir de la notificación de la sentencia de otorgamiento de guarda con fines de adopción establecida en el art. 614 del Código Civil y Comercial de la Nación. Los pretensos o las pretensas adoptantes podrán elegir quien de ellos/as gozará de la licencia. Asimismo, queda prohibido el trabajo de la otra progenitora o el otro progenitor, o del/a pretense/a adoptante que no se encuentra gozando las licencias establecidas en los tres párrafos anteriores, por el plazo de quince [15] días posteriores al nacimiento, o a la notificación de la sentencia de la guarda con fines de adopción", sino que también incorpora la posibilidad de petitionar una licencia especial, modificando el art. 158 de la LCT, para realizar visitas o tramites vinculados con la obtención de la guarda con fines de adopción, "hasta 20 días por año, desde el inicio de las visitas previas al otorgamiento de la guarda con fines de adopción hasta su otorgamiento. No podrán ser más de tres días en forma consecutiva, excepto que el trabajador o la trabajadora justifiquen la necesidad de contar con más días en forma consecutiva".

IV.2.d. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el caso particular de la gestación por sustitución

Como se adelantó, una de las grandes novedades del Cód. Civ. y Com. en materia de relaciones de familia, es la incorporación de una tercera causa fuente filial producto del uso de las TRHA, con reglas propias, autónomas e independientes a las reglas de la filiación biológica y adoptiva, en la cual la voluntad procreacional, exteriorizada en el consentimiento previo, informado y libre, se enarbola como factor determinante de los vínculos filiales. El art. 562 del Cód. Civ. y Com. define qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento previo, informado y libre, siempre que este se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En primer lugar, cabe destacar que estas TRHA se practican en nuestro país desde la década de los ochenta, registrándose en el año 2015 un total de 19.725 transferencias, de las que resultaron 4.734 embarazos y 4.024 nacimientos, lo que alcanza a una tasa de nacimiento del 20% (85). Atentos a esta realidad —la cantidad ascendente de parejas o personas que acuden a estos tratamientos como vía hábil para acceder a la maternidad o paternidad— y conforme la cantidad de procedimientos médicos a los cuales tienen que someterse los usuarios o pacientes para poder concretar su plan de ser progenitores, existe una preocupación de nuestros legisladores que tiene en miras proponer la inclusión de una licencia especial en el art 158 de la LCT. En esta línea, recientemente ha ingresado a la Cámara de Diputados de la Nación, en fecha 26/04/2017, el proyecto 1997-D-2017, con la firma de una diputada del partido justicialista (86) que dispone: "Incorpórese como inciso f) al art. 158 de la ley 20744 —Ley de contrato de trabajo— (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente: 'f) Por técnicas de reproducción medicamente asistida, la trabajadora podrá gozar de una licencia de treinta [30] días, continuos o discontinuos por año calendario, en caso de prescripción médica expresa que así lo indique".

Ahora bien, la mayor complejidad del cruce entre TRHA y derecho laboral, particularmente en referencia al régimen de licencias, no surge del uso de técnicas de baja o alta complejidad sino de la posibilidad cierta, y cada vez más frecuente, de recurrir a la denominada gestación por sustitución (87). ¿Cuál es la especificidad de este procedimiento? Constituye una particular TRHA por medio de la cual una persona, denominada gestante, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada comitente/s. Se trata de una figura que coloca en crisis el principio conocido por la expresión latina *mater semper certa est* (art. 565, Cód. Civ. y Com.) y al mismo tiempo, cuestiona la licencia por maternidad fundada o asociada al antecedente directo de un embarazo y un posterior parto. En estos casos, sería la o el comitente la persona que debería recibir el beneficio de la licencia por nacimiento de hijo. De hecho, ya hemos tenido un planteo judicial, en donde la mujer comitente, en pareja con un hombre, solicita una autorización previa para realizar un procedimiento de gestación por sustitución, incluyendo la petición de otorgamiento de licencia por maternidad a su favor pese a no ser ella la mujer que fuera a gestar al niño. Si bien el caso fue rechazado in limine por el Juzgado de Familia nro. 3 de Gral. San Martín, en fecha 22/08/2016 (88), por considerar innecesaria la autorización judicial, entendiendo que estos tipos de procedimientos no se encuentran prohibidos por la ley, es decir, que la gestación por sustitución es una técnica totalmente lícita que no requiere intervención judicial previa, cabe traerlo a colación porque pone sobre el escenario la necesidad de legislar atendiendo a esta nueva forma de acceso a la maternidad/paternidad.

Si bien excede con creces los objetivos del presente trabajo profundizar sobre esta compleja figura que observa el derecho de las familias desde una perspectiva contemporánea, es dable destacar que al momento de redactar el presente artículo se cuenta con un total de 49 fallos, correspondientes a 44 casos, la amplísima mayoría a favor y los pocos casos en contra se encuentran a estudio de la máxima instancia federal del país. El último fallo es del Juzgado de Familia nro. 8 de La Plata de fecha 27/04/2020 [\(89\)](#). ¿Cuántos precedentes han abordado la cuestión de las licencias en este campo? Además de la precitada sentencia del Juzgado de Familia de San Martín nro. 3 en la que el tópico aparece "por la ventana", lo cierto es que con posterioridad la jurisprudencia argentina se ha expresado sobre el punto en algunas oportunidades. De modo meramente enunciativo, en orden descendente: Juzgado de Familia nro. 10 de Bariloche en fecha 29/08/2019 [\(90\)](#); Juzgado de Familia nro. 5 de Córdoba en fecha 25/04/2019 [\(91\)](#); Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nro. 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén en fecha 27/11/2018 [\(92\)](#); Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones nro. 1 de San Miguel de Tucumán en fecha 26/09/2018 [\(93\)](#); Juzgado de Familia de Maipú, Mendoza en fecha 04/04/2018 [\(94\)](#); Juzgado de Familia nro. 2 de Mendoza en fecha 06/09/2017 [\(95\)](#); y Juzgado de Familia nro. 7 de Lomas de Zamora en fecha 30/11/2016 [\(96\)](#).

En vistas a una posible futura reforma integral del sistema de licencias dispuesto en la LCT, es imprescindible que los/las legisladoras tengan presente esta realidad a la hora de legislar, máxime si ya son 42 las sentencias nacionales que han reconocido su procedencia, indicando como progenitores a los comitentes y no a la mujer que gesta. A lo que se suma que, desde el año 2016 se han ingresado al Congreso de la Nación —tanto en diputados como en senadores— proyectos de ley que proponen regular esta figura como ser 5759-D-2016 [\(97\)](#), 5700-D-2016 [\(98\)](#), 0084-D-2018 [\(99\)](#), 1669-D-2019 [\(100\)](#) y S-825/18 [\(101\)](#), siendo que algunos de ellos incluyen la perspectiva del derecho laboral.

IV.3. Despido por causa de discriminación

IV.2.a. Consideraciones generales

El principio de igualdad y no discriminación tiene amplia recepción en el plano internacional-convencional y, por lo tanto, también lo es en el plano constitucional a la luz de lo previsto en el art. 75, inc. 22 que focalizándose en la Convención Americana de Derechos Humanos, cabe recordar que en el primer apartado del primer artículo se ocupa y preocupa por este principio y derecho a la vez al expresar: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su calidad de intérprete de dicho instrumento de derechos humanos se ha expedido en varias oportunidades en lo que respecta al art. 1º y en especial, derivado de la orientación sexual e identidad de género, dos cuestiones que atañen de manera directa a la noción de familias en plural, base o columna vertebral del presente ensayo.

El primer precedente que cabe destacar por la entidad, claridad y elocuencia al concluirse que la orientación sexual constituye una "categoría sospechosa" y, por lo tanto, cualquier tipo de distinción fundada en ella implica una fuerte "sospecha" de discriminación, es el resonado caso "Atala Riffo contra Chile" del 24/02/2012 [\(102\)](#). En esta oportunidad, la Corte IDH profundizó sobre el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual y puso de resalto entre otras consideraciones que: 1) "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación"; 2) que "al interpretar la expresión 'cualquier otra condición social' del art. 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano"; 3) que el "22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la 'Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género', reafirmando el 'principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género'; y 4) "Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el art. 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribiera la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención".

Esta línea es consolidada y ampliada en materia de identidad de género en un precedente posterior, el caso *Duque contra Colombia* del 26/02/2016 (103). Aquí se amplían tales argumentos en el siguiente sentido: 1) que "Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"; 2) que "El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación"; 3) que "La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual" y 4) "los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte".

Por otra parte, si de familias en plural se trata a la luz de la jurisprudencia convencional regional, cabe traer a colación lo expresado también por la Corte IDH en el caso *Fornerón contra Argentina* del 27/04/2012 (104) en el que se revaloriza la familia monoparental al aseverarse que "no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas". ¿Acaso las situaciones de despido a familias monoparentales —por lo general, mujeres único sostén del hogar— no son situaciones más gravosas por el mayor grado de vulnerabilidad que encierran?

Desde el derecho del trabajo, este principio-derecho también ha tenido su lugar que como bien lo asevera Litterio: "Desde el punto de vista estrictamente laboral partimos de la base del principio de trato igualitario y no discriminación entre los trabajadores de distinto sexo. Este principio está plasmado fundamentalmente en los arts. 17, 81 y 172 de la LCT. Recordemos que el art. 17 prohíbe todo tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otras, por razones de sexo y el art. 81 considera que existe trato desigual cuando se producen discriminaciones arbitrarias fundadas, entre otras, en razones de sexo. También el art. 172 prohíbe el trato discriminatorio entre el hombre y la mujer en el empleo y en materia salarial", agregando: "Nos parece que, desde su introducción en el texto originario de la LCT, hasta hoy, el contenido de la expresión 'razones de sexo' cada vez se ensanchó más, porque se ha nutrido de realidades que superan su sentido original, no porque antes no existieran, sino porque, tal vez, formalmente no se reconocían" (105).

Como se puede observar, las cuestiones de discriminación en el ámbito laboral comprometen de por sí, derechos humanos con todo lo que ello significa. Los casos más frecuentes de discriminación se vinculan de manera directa con la cuestión de género, otro tema que también ha tenido y tiene cada vez mayor desarrollo y presencia en el ámbito internacional y también regional. Centrados en este último, por la importancia que tiene a nivel nacional una vez más, más allá del retroceso feroz que ha significado el mencionado caso *Fontevicchia*, cabe traer a colación un estudio muy completo y actual sobre el desarrollo de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte IDH en el que se analiza en profundidad "los procesos de incorporación de las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana" concluyéndose que "este proceso fue impulsado por organizaciones de derechos humanos, de mujeres y LGBTI que utilizan la movilización legal y la judicialización de reclamos como estrategias de transformación de la realidad. Asimismo, fue acompañado por los organismos supranacionales, que en particular en los últimos 15 años han desarrollado importantes estándares jurídicos sobre discriminación y violencia en razón del género" (106). He aquí otra fuerte conexión entre el derecho del trabajo y el derecho de las familias, la perspectiva de género como un pilar para analizar ambos campos temáticos a la luz del desarrollo de los Derechos Humanos.

En este entrecruzamiento entre discriminación, género y trabajo, los casos de despido por embarazo (107) y por causa de matrimonio, han ocupado un lugar en la agenda contemporánea del Derecho del Trabajo. Solo a los fines de destacar cómo el dinamismo ínsito de las relaciones sociales, en especial, las familiares deben ser tenidas en cuenta a los fines de que los operadores jurídicos estén a la altura de los conflictos humanos que se desenvuelven en la sociedad actual, cabe traer a colación un precedente de la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 22/12/2016 (108). En esta oportunidad se trata del despido de un varón en el marco de la indemnización agravada prevista en el art. 182, LCT en razón del matrimonio. En esta oportunidad, se revocó el rechazo dispuesto en la instancia anterior y a tales fines se expuso que "la exclusión de la aplicación de la presunción consagrada en el art. 181 LCT. al caso del despido del trabajador varón es discriminatoria, pues la diferencia de trato respecto de la mujer no está justificada con criterios razonables y objetivos, delineados a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva", agregándose que "En el contexto socio-cultural actual no se advierte cuál sería la finalidad legítima del mantenimiento de la exclusión del trabajador varón de la tutela del art. 181 LCT, ni cuál sería la relación de proporcionalidad entre esa marginación y aquella supuesta finalidad". Misma tesis se sostuvo en un fallo anterior de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela del 11/02/2016 (109) en el que se aseveró: "Es aplicable al caso del trabajador varón la presunción que la Ley de Contrato de Trabajo configura cuando el despido obedece a causas de matrimonio, pues si bien las normas que regulan la prohibición del despido por causa de matrimonio se encuentran ubicadas en el capítulo dedicado al Trabajo de mujeres, no cabe duda que la protección contra el despido por causa de matrimonio nació y se desarrolló en nuestro país en defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de aquellos trabajadores que ejerzan su derecho a formar una familia", siendo que "una interpretación que limite la procedencia de la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT únicamente a los casos de despido fundado en razones de matrimonio para las trabajadoras mujeres consagraría una inequidad en relación a la tutela de los derechos de los trabajadores varones, dado que la propia ley laboral, la Constitución de la Nación, tratados y convenciones internacionales con jerarquía constitucional y convenios emanados de organizaciones internacionales con jerarquía superior a las leyes, excluyen toda discriminación fundada en razones de sexo".

En materia de despido por embarazo solo es dable agregar el precedente de la Corte Federal del 20/09/2015 (110) que extendió este supuesto para los casos de adopción. La máxima instancia judicial federal desestimó el recurso interpuesto por la empresa demandada contra una sentencia que había considerado aplicable el art. 178 de la LCT que se refiere al supuesto de despido por embarazo o haber tenido un hijo, a una empleada a quien se le había otorgado la guarda para adopción de una niña y fue despedida a los dos meses de este hecho.

La Corte convalidó el criterio sustentado por la instancia anterior que, de acuerdo con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21), debía entenderse que la adopción se encontraba equiparada jurídicamente a la maternidad, en igual sentido que lo reconoce la ley 24.714 de asignaciones familiares al establecer una asignación por adopción.

Sobre la base de esos argumentos, se sostuvo que debían aplicarse a este caso las normas laborales para la protección de la maternidad, lo que llevaba a presumir que el despido obedeció a la circunstancia denunciada por la trabajadora y, por tal motivo, a condenar al empleador al pago de la indemnización especial por la cual "se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley" (art. 178, LCT).

Todos estos avances en los temas más clásicos y tradicionales en materia de despido y relaciones de familia también están signados por la obligada mirada constitucional-convencional. Ahora bien, en esta oportunidad, se pretende ir más allá al abordarse temáticas más actuales aún, de conformidad con el desarrollo y ampliación que ha operado en el campo del derecho de las familias demostrándose que la idea del plural también interpela, en buena hora, al derecho del trabajo y ello por incidencia o impacto Cód. Civ. y Com.

IV.2.b. Discriminación y familias en plural

Las convivencias también han generado debates en torno a la existencia de una relación laboral y las consecuencias que se derivan de ello. ¿Acaso la informalidad de las convivencias no se presta o es más proclive a que se cometan ciertos abusos y, por lo tanto, esconder relaciones laborales entre ambos integrantes de la pareja? En términos de igualdad y no discriminación, cabría preguntarse qué situaciones que la LCT prevé para el matrimonio deberían o no extenderse a los casos de las convivencias y, por ende, indagarse al igual que se hizo en la legislación civil y comercial, qué sería lo igual y qué lo diferente entre estas dos figuras que materializan relaciones de pareja. Ello no es una cuestión sencilla y es otra de las tantas cuestiones que genera

revisar el derecho del trabajo a la luz de la noción de familias en plural desde el crisol del principio de igualdad y no discriminación.

Aquí se trae a colación un fallo Cámara del Trabajo de la Quinta Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de San Francisco, Córdoba, del 22/11/2012 (111) en el que se ventila un conflicto en torno a la existencia o no de relación laboral en un kiosco de propiedad de uno de ellos en el que habría prestado sus servicios otra persona y entre ambos habría existido una relación amorosa estable, singular, pública y permanente. En otras palabras, acá se pretendía el reconocimiento de la calidad de trabajadora de la actora como vendedora, afirmación que es negada por demandado al sostener que "no existió relación de dependencia jurídico laboral sino una relación sentimental entre ambos, que se materializó en una convivencia en el mismo lugar en donde él explotaba un kiosco". La Alzada consideró que si bien "la actora intentó demostrar que no existió una convivencia sino un noviazgo que no incluía aquella, y que por ende sus tareas deben reputarse bajo relación de dependencia laboral, y el demandado intentó demostrar la efectiva convivencia, considero que aun cuando se tratare de un concubinato (desde que esta es la designación, el nomen iuris que corresponde cuando se menta la existencia de convivencia en una pareja), ello de por sí no excluye ipso iure la posibilidad de existencia de un contrato de trabajo; es que el concubinato precisamente no es una sociedad conyugal, porque carece de la formalidad e imperio que a tal fin le dota la ley, ni presume tampoco la existencia de una comunidad de intereses económicos". En esa línea argumental, se agregó que "medió además de la relación sentimental, una prestación de servicios subordinada, ya que está reconocido que la actora atendía al público en el kiosco. Y esa atención redundaba en un beneficio para su titular"; por lo cual se hace lugar parcialmente a la demanda y se ordena indemnizar a la actora por despido, omisión de preaviso, incidencia del SAC sobre preaviso; vacaciones del año 2008; incidencia del SAC sobre vacaciones, SAC adeudados, diferencia de haberes y horas suplementarias.

En este fallo, la Alzada puso de resalto que la convivencia —siendo que el término concubinato debe ser desterrado del ordenamiento jurídico argentino— no es una "sociedad conyugal". Al respecto, cabe señalar que el Cód. Civ. y Com. también quita de su texto otro término erróneo y que prestaba a confusión como el de "sociedad conyugal" siendo que los bienes durante el matrimonio no conforman una masa separada de los propios integrantes del matrimonio con personalidad propia o autónoma y, por ende, no configura una sociedad y es por ello que en la legislación vigente se alude al régimen de comunidad. Por otra parte, también vale agregar que el Cód. Civ. y Com. recepta o amplía el régimen de bienes en el matrimonio al reconocer, además del aludido régimen de comunidad, el de separación de bienes. ¿Esta ampliación tendría alguna incidencia para colocar en tela de juicio la supuesta incompatibilidad entre el régimen matrimonial y el laboral? En otras palabras, la sanción de una nueva legislación civil y comercial también podría ser una buena excusa para revisar posturas que se han mantenido hasta la actualidad como la negativa a considerar que sea compatible el régimen matrimonial con la relación laboral. En este sentido, asevera Zannoni que tal incompatibilidad deriva de tener que enfrentarse a "supuestos realmente absurdos, como la aplicabilidad de las normas sobre despido de un cónyuge al otro, o el derecho de huelga, indemnizaciones por accidentes de trabajo, etcétera" (112). ¿Son realmente supuestos absurdos, no se pueden separar, a quiénes perjudica no encontrarse protegido por las leyes laborales ante el desempeño de tareas que deberían ser remuneradas si una persona no estuviera casada con el empleador? ¿Es posible diferenciar el matrimonio de las uniones convivenciales en cuanto al derecho del trabajo, en el primero serían incompatibles y el segundo, compatibles?

Como cierre de esta cuestión y vinculada con la noción de indemnización en el marco de una convivencia y su supuesta diferencia con el matrimonio, cabe recordar que la jurisprudencia nacional ha admitido el reclamo de daños y perjuicios entre cónyuges. Nos referimos al caso resuelto por la Sala L de la Cámara Nacional en lo Civil en fecha 23/11/2006 (113). La plataforma fáctica era la siguiente. La esposa inició demanda de daños y perjuicios contra su esposo por el accidente de tránsito por el cual quedó con alguna incapacidad física, debió solventar gastos médicos y farmacéuticos y realizar tratamiento psicológico. El esposo, codemandado, se agravia del fallo de grado que hizo lugar a la demanda al considerar que tal acción no podía prosperar porque al momento del accidente se encontraban casado y, por lo tanto, la mujer carecía de legitimación. La Alzada confirmó la sentencia al entender que "si bien no resulta frecuente que se interpongan demandas de este tipo donde la actora y uno de los demandados resulten estar unidos en matrimonio, lo cierto es que no existe norma en nuestro ordenamiento legal vigente que impida a alguno de los cónyuges demandar al otro por los daños sufridos con motivo de un hecho ilícito que se le imputa a aquel (art. 19 in fine, 33 y conc. de la Constitución Nacional y arts. 162, 163, 1109 y conc. C.C.)" y que "el principio alterum non laedere no se presume renunciado por el hecho de la celebración del matrimonio —en el caso, la demanda se entabló en el marco de un accidente de tránsito—, especialmente si se tiene en cuenta que el cónyuge demandado resultó responsable del hecho dañoso no solo por mediar imputación objetiva (art. 1113 del Cód. Civil), sino porque, además, se acreditó su obrar con culpa e imprudencia grave".

Como se puede observar, por lo general, los reclamos —tanto de daños por la vía o en el ámbito del derecho civil, como cualquier reclamo en el ámbito laboral— suelen acontecer cuando la relación de pareja se ha extinguido desde el punto de vista fáctico (separación de hecho) o también jurídico (divorcio o cese de la convivencia o unión convivencial). En este marco, más aún se debería revisar la postura restrictiva que en defensa de una supuesta "paz familiar" que en los hechos ya no existe, se impide reclamar derechos que serían audibles si una persona no estuviera en el marco de un matrimonio.

Otro caso que resulta de interés es el cruce entre derecho laboral, discriminación y salud mental, cruce que debería ser actualizado a la luz de las normativas actuales en salud mental, que consolidan el modelo social de la discapacidad, como lo son la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha adquirido rango constitucional (ley 27.044), la Ley de Salud Mental 26.657 y, de manera más reciente, el Cód. Civ. y Com. que introduce modificaciones sustanciales en el régimen de la capacidad civil fortaleciendo la regla de que el principio es la capacidad y su restricción la excepción. En este sentido, como se ha reiterado en tantísimas oportunidades, el modelo social de la discapacidad "considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales (...) este nuevo paradigma social sobre la discapacidad, que se enmarca en los principios generales declarados por los derechos humanos, se origina en la segunda mitad del siglo pasado. Este movimiento multidimensional nace dentro de la disciplina de las ciencias sociales, el análisis de las políticas sociales y la lucha por los derechos civiles; específicamente aquellos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad. En sus diferentes estructuras y contenidos, esta nueva propuesta encaminada tanto hacia la investigación social, la actualización de las políticas públicas, como a la consolidación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, se conoce como el modelo social de la discapacidad. En este nuevo paradigma, al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, pierde parte de sentido la intervención puramente médica o clínica. Las soluciones no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta afectada, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad" (114).

En este marco, se ha cambiado el eje del abordaje de la salud mental, centrado en lo social y no en el modelo médico o clínico. ¿Qué impacto tendría ello en el derecho del trabajo? A nuestro entender, el modelo social profundizaría los abordajes de acompañamiento y por ello toda decisión de despido en ese contexto chocaría o agravaría tal intervención colaborativa y protectoria de la persona, de allí que se reforzaría la mirada contraria o negativa de cualquier despido en tal situación. Al respecto, cabe traer a colación el caso resuelto por la sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo en fecha 10/02/2017 (115) en el que se analizó el despido cuando la actora "se encontraba atravesando un momento muy delicado familiar. Describe que su hijo sufrió un grave accidente que desencadenó en un cuadro depresivo y bipolar que culminara en un cuadro esquizo-afectivo. Sostuvo que esa situación desequilibró su salud psíquica, y que dichas contingencias estaban en conocimiento de su empleadora". En lo que aquí interesa, en íntima vinculación sobre cómo en el ámbito laboral se acompaña para estar a tono o en consonancia con el modelo social de la discapacidad, merece destacarse lo que se asevera en el fallo: "no hay despido que no tenga causa, pues siempre subyace alguna. En este entendimiento, el hecho de que la empleadora responda directamente con la expulsión del trabajo de la trabajadora no puede tolerarse, en la medida en que disponía de otras medidas legales para rectificar, a todo evento, los supuestos incumplimientos", agregándose que "haber apelado al despido 'sin causa' esas circunstancias difíciles, la expuso cuanto menos a situaciones de dudas, abuso y discriminación". Ello está en absoluta consonancia con la mencionada Convención especializada en salud mental que en su art. 2º define qué se entiende por "discriminación por motivos de discapacidad": "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables"; y el art. 27 dedicado a "Trabajo y empleo" establece en el inc. e) el de "alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo". Precisamente, en momentos de vulnerabilidad es cuando se debe contar con la mayor contención y protección, máxime en un ámbito tan importante como lo es el laboral. Este tipo de consideraciones son las que se proponen o están en absoluta consonancia con el modelo social de la discapacidad que es el que regula el régimen jurídico nacional.

Otro tema más novedoso y actual compromete a las mencionadas técnicas de reproducción humana asistida. Al respecto, se trae a colación un precedente extranjero muy interesante que involucra un caso de despido por discriminación fundado en esta práctica médica que según el Cód. Civ. y Com. constituye o da lugar al reconocimiento de una tercera fuente filial.

Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de España del 04/04/2017 (116) en el que se debatió la

licitud o ilicitud de un despido ante la existencia de indicios de que ello obedecía a que la trabajadora se había sometido a un tratamiento de reproducción asistida.

Sucintamente, la plataforma fáctica era la siguiente. Una trabajadora que venía prestando servicios para el "Instituto Hermanos Maristas de la Enseñanza" desde el año 2005 como profesora de educación infantil y primaria, es despedida el 25/06/2014 haciéndose efectiva la desvinculación laboral el 31/08/2014. La trabajadora venía sometándose a diferentes tratamientos de reproducción asistida desde el año 2009, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad in vitro el 27/05/2014. Un mes más tarde, el colegio que tenía conocimiento de esta especial situación personal por la que estaba transitando la trabajadora, le comunica por escrito su despido alegándose causas económicas. En el momento del despido, los óvulos fecundados in vitro no habían sido implantados en el útero de la profesora.

El 07/04/2015, el Juzgado de lo Social nro. 1 de Bilbao dictó sentencia, declarando la improcedencia del despido y, en consecuencia, condenó a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación la sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 34.037,74 euros; sin que procedan salarios de trámite, salvo que la empresa opte por la readmisión. La sentencia es confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 21/07/2015.

La actora interpone recurso para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo español, aportando como sentencia contradictoria respecto de la recurrida, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el 26/02/2008 en el asunto C-506/06 contra Austria, frente a una plataforma fáctica similar [\(117\)](#).

La sentencia del TJUE había concluido que: a) la Directiva 92/85 /CEE del Consejo, del 19/10/1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apart. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el art. 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero estos no han sido aún transferidos al útero de la mujer; y b) los arts. 2º, apart. 1, y 5º, apart. 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, del 09/02/1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto a decidir, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo español entendió que era procedente ahondar acerca de la "la ilicitud de un despido producido sobre una trabajadora que está sometida a un proceso de fecundación artificial cuando el despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento", más allá de dejar en claro que no se trataba de una nulidad del despido por embarazo, ni que se asimila la situación de la mujer sometida a fecundación in vitro cuyo resultado fue positivo.

En este marco, se puntualiza que lo que se discute es que "habiéndose acreditado indicios suficientes de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a un tratamiento de fertilidad corresponde al demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", produciéndose una inversión en la carga probatoria, es decir, no siendo suficiente un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que incumbe al demandado probar, una vez que se hayan constatado los indicios de la violación denunciada, que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental en cuestión.

El Tribunal entiende: "La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa revela claramente que la demandada no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora. Así, la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido lo que podría haber eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio; antes bien al contrario, ya en la instancia reconoció expresamente la improcedencia del despido que había efectuado a la trabajadora". A lo que se le suma que "el ciclo de reproducción asistida coincide temporalmente con la decisión extintiva".

En definitiva, el Tribunal Supremo español revocó la sentencia de la instancia anterior y declaró la nulidad del despido del que fue objeto la trabajadora, condenando a la Institución Educativa a su inmediata readmisión en su puesto de trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha efectiva del despido hasta que tenga lugar la notificación de la presente.

Esta cuestión ha sido analizada en el derecho nacional destacándose con acierto que "el empleador, al despedir a la trabajadora por sometimiento a este tipo de tratamientos, no solo tiene como objetivo evitar tener en su puesto de trabajo una mujer cuya prestación de tareas se verá interrumpida por continuas licencias médicas (necesarias para realizar estos tratamientos), sino que también sabe que una vez iniciado el tratamiento, existen altas probabilidades de que la trabajadora quede embarazada, con las consecuencias "desfavorables" que para su empresa ello implicaría. Por ello, entendemos que este tipo de despidos, además de ser discriminatorios en razón del sexo de la dependiente, lo son por motivos de maternidad de la trabajadora" (118).

Justamente, teniendo en consideración esta ampliación de formas de familias y las diversas causas fuentes de filiación receptadas en el Cód. Civ. y Com. —filiación biológica, adoptiva y por TRHA, conf. art. 558—, uno de los precitados proyectos de reforma a la LCT presentado durante el año 2016 en la Cámara de Diputados de la Nación, proyecto 5588-D-2016, se preocupa por incluir estas situaciones bajo el amparo o protección del art. 178, proponiendo como texto alternativo el siguiente: "Despido de los trabajadores por embarazo o nacimiento del hijo, adopción, o maternidad por técnicas de reproducción medicamente asistida. Presunción: Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido sin causa de los trabajadores es discriminatorio si se configura alguno de los siguientes supuestos: a) cuando fuese dispuesto dentro del plazo de ocho y medio (8 y 1/2) meses anteriores y doce [12] meses posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando el empleador esté en conocimiento del embarazo así como, en su caso, del nacimiento. Dicha presunción resulta igualmente aplicable en caso de interrupción espontánea del embarazo; b) cuando fuese dispuesto desde la comunicación del embarazo de su cónyuge o conviviente y hasta los doce [12] meses posteriores al nacimiento de su hijo; c) cuando fuese dispuesto dentro de los doce [12] meses posteriores a la notificación al empleador del inicio de los trámites de guarda con fines de adopción; d) cuando fuese dispuesto dentro del plazo de doce [12] meses posteriores a la comunicación de la utilización de procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida".

Como cierre de este apartado centrado en el interesante entrecruzamiento entre discriminación por despido y familias en plural, cabe destacar un caso nacional que ha generado interés adentro y afuera de sus fronteras y que compromete a una persona trans que obtuvo el reconocimiento de su identidad de género de conformidad con la ley 26.743 y fue despedida de su lugar de trabajo, la Policía Federal (119).

Es el caso de A. que había contraído matrimonio hace 31 años con una mujer y trabajaba en la Policía Federal. Después de trabajar en dicho organismo por más de 20 años, decidió vivir de acuerdo con la identidad con la cual se sentía identificada o "identidad autopercibida" de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.743 y un tiempo después, en atención a esta ley, procedió a modificar su identidad de género. Ella mantuvo su vínculo matrimonial que pasó de ser una relación heterosexual a una relación afectiva entre dos mujeres. Lo que fue perfectamente aceptado en el plano familiar, no lo fue en el laboral al ser desplazada de la fuerza policial fundado en un dictamen que expresaba: "Evaluado por trastorno de la identidad sexual. Dado el tiempo transcurrido, no operándose remisión de su patología, lo torna irrecuperable para la función policial. Evalúese discapacidad para vía civil de carácter parcial y permanente del 10%". A. hizo el pertinente reclamo y 9 años después fue reincorporada. Este caso que tomó estado público y recorrió los medios periodísticos de varios países, es hábil para mostrar cómo avances legislativos de ampliación de derechos de las minorías como la ley de identidad de género, han permitido denunciar la discriminación en razón de la identidad de género y a la vez, advertir y evitar este tipo de situaciones en los ámbitos laborales. Tan elocuente ha sido el desarrollo en este campo temático que ya hay experiencias legislativas locales que tienen por fin establecer un "cupos laborales trans" es decir, ampliar derechos mediante "acciones positivas" tendientes a revalorizar a ciertos colectivos que han sido sistemáticamente discriminados. Al respecto, cabe citar la ley 14.783 de la Provincia de Buenos Aires cuyo art. 1º dispone: "El Sector Público de la Provincia de Buenos Aires, debe ocupar, en una proporción no inferior al uno por ciento [1%] de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en el empleo público".

Nuevamente, cabe traer a colación la labor que nuestros legisladores y legisladoras están desarrollando en el ámbito parlamentario nacional para evitar estas discriminaciones, ordenando incorporar como "categoría sospechosa" la orientación sexual y la identidad de género de las personas en el ámbito del desarrollo profesional y/o laboral. Recuérdese que el art. 17 de la LCT actualmente vigente solo prevé la prohibición de discriminar a los trabajadores "por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de

edad". En este marco, se ha presentado en la Cámara de Senadores un proyecto de ley, el S-1564/19 [\(120\)](#) [reproduce el expediente nro. 798-S-2016 [\(121\)](#)], con el fin de incorporar la prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género y discapacidad, que establece: "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre trabajadores por motivo de sexo, orientación sexual, raza, discapacidad, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales, edad o cualquier otra diferenciación negativa que no responda a causa legalmente justificada ya sea al tiempo de su contratación, durante la duración del contrato o en ocasión de su disolución. El empleador que incurra en discriminación deberá, a pedido del trabajador damnificado, dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, reponer la situación al momento anterior a producirse el acto discriminatorio, y reparar el daño moral y material ocasionado".

IV.4. Algunas complejidades contemporáneas: triple filiación y su impacto en el derecho laboral

IV.4.a. Contextualizando la triple filiación

Pocos conceptos quizás sean tan claros y complejos en simultáneo como lo es la triple filiación. ¿Es posible que un niño/a tenga tres vínculos filiales? La realidad jurídica nacional e internacional contemporánea nos conduce a responder de manera afirmativa.

Ocurre que, el aludir a la viabilidad del reconocimiento de un vínculo filial triple, trasvasa los límites de la antiquísima regla filial binaria, actualmente receptada en la última parte del art. 558 del Cód. Civ. y Com.: "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación", es decir, sea cualquiera la fuente de la filiación (biológica, adoptiva o por técnicas de reproducción humana asistida), la norma establece un máximo de dos vínculos filiales. Regla que es reforzada en el art. 578 dedicado a las acciones de filiación, el cual se ocupa de dejar en claro que, si por alguna razón, se pretende generar un vínculo filial en relación con una persona con doble vínculo se deberá proceder previa e ineludiblemente a impugnar uno de esos dos "casilleros" para lograr el posterior emplazamiento y así encajar en el máximo de dos vínculos filiales que impone de manera clara la legislación civil y comercial. En otras palabras, la posibilidad de que una persona tenga más de dos, en este caso tres, vínculos filiales se inserta en un ordenamiento jurídico edificado justamente sobre la base de su imposibilidad, de allí que la mayor y primera complejidad radique en su reconocimiento jurídico [\(122\)](#).

Empero, la realidad supera la ficción. Ya con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., se han dado a conocer dos resonados casos que fueron resueltos en el ámbito registral, en los que se hizo lugar al pedido de inscripción de un niño con tres progenitores [\(123\)](#); y otros tantos una vez puesto en marcha el texto civil y comercial, pero a diferencia de las primeras casuísticas, se han esgrimido en la justicia [\(124\)](#). Estos primeros supuestos obligan a colocar en crisis el binomio parental y reinterpretar las normas fundadas en este principio. Por otra parte, y tal como se observa en los casos planteados, no se debe perder de vista que en algunas ocasiones los planteos de triple filiación compromete dos temáticas más actuales como lo es el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo y la inserción de las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera causa fuente filial en el Cód. Civ. y Com.

En este sentido, recuérdese que uno de los debates más acalorados que trajo consigo la sanción de la ley 26.618 de "matrimonio igualitario" giró, justamente, en torno a si el binarismo filial presumía la diversidad sexual o únicamente un número máximo de progenitores en relación con un niño, sentando finalmente el quiebre del contenido cualitativo de la máxima binaria que receptaba el código derogado por el cual nadie podía tener más de un vínculo jurídico de cada tipo, es decir, madre y padre, siempre pensado desde la entonces heteronormatividad.

Por su parte, las técnicas de reproducción humana asistida, al posibilitar proyectos parentales que se salen del molde tradicional, pusieron en crisis la visión hetero-bio-centrista, trayendo consigo la necesidad de repensar los vínculos filiales al colocar en el centro de la escena la voluntad de quienes recurren a estas técnicas.

Ahora bien, cabe destacar que los supuestos de triple filiación en el derecho argentino no comprometen solo casos de técnicas de reproducción asistida, siendo que también se ha admitido el reconocimiento de tres vínculos filiales en el campo de la filiación adoptiva y de la filiación por naturaleza o biológica. Al respecto, se traen a colación los casos más recientes, el primero que comprende la triple filiación derivada de una filiación biológica y el segundo que compromete una filiación adoptiva. Veamos.

El primer precedente es el resuelto por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Única Nominación del Centro Judicial Monteros, provincia de Tucumán, en fecha 07/02/2020 [\(125\)](#). En esta ocasión, se aborda el derecho de una niña a elegir, valga de redundancia, no tener que elegir quién debe ser tenido por progenitor en términos jurídicos (esto es, quién debe cumplir con los derechos y deberes que se derivan de tal investidura), ante una realidad familiar en la que no es uno, sino que son dos los señores que desarrollan el rol de paterno. Ahondemos el sustrato fáctico de la sentencia.

A saber, el planteo llega a conocimiento de la justicia a partir de una acción de filiación iniciada por uno de estos señores, R. L., con el objeto de lograr el reconocimiento legal como progenitor de la niña J., hija extramatrimonial de la Sra. L. C. y del Sr. J. S. En su presentación inicial, R. L. señala que contrajo matrimonio con L. C. tiempo después del nacimiento de J., de quien es el progenitor biológico por lo que dirige la acción contra J. S. en su calidad de reconociente. Al contestar la demanda J. S. plantea excepción de caducidad con arreglo al art. 593 del Cód. Civ. y Com., según el cual la acción se puede ejercer "dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo". Como se puntualiza en la sentencia, J. S. no controvierte la paternidad de R. L. sino que esgrime como argumento defensivo una cuestión jurídica como lo es el plazo de caducidad. ¿Y la progenitora? No se presenta al proceso, vive en otra ciudad y no mantiene comunicación fluida con su hija J.

Ante la distancia habida entre el domicilio de la niña y el juzgado actuante, la entrevista se realiza en el primero con la presencia de la jueza, el secretario del juzgado, un profesional del Gabinete Psicosocial y el Ministerio de Niñez. En este marco, J. relata que tiene dos papás, R. L. y J. S., y cuatro hermanos, uno por parte de cada uno de los señores y dos por parte de la mamá; añade que vive parte del tiempo con J. S. (a quien llama "papito"), y otro tanto con R. L. (a quien llama "papá"). En este contexto, J. expresa preocupación por el objeto del proceso, pues "le habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo". Tal preocupación es luego reafirmada al concurrir J. con abogada propia en el proceso y solicitar el respecto de su derecho a la identidad en ambas facetas: dinámica y estática, lo cual implica no "elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere".

Frente a este panorama, se hace lugar a la petición de J. ¿Cómo? A través de la declaración de inconstitucionalidad de la última parte del precitado art. 558 en el que se recepta el principio binario. Para así decidir, entre otros tantos y atinados argumentos, sostiene: "la familia nuclear de J. no responde al 'modelo tradicional', es decir, 1 madre + 1 un padre = 2 progenitores (tipo binario de la familia biológica o por naturaleza). Por el contrario, en el caso de J., ambos padres defienden el deseo de ser 'reconocidos legalmente como tal' y en la vida de su hija". En este marco, se pregunta la jueza: "¿Cuál es el padre para esta niña? el biológico que engendra a la niña, el legal que dona su apellido o ambos que la reconocen como su propia hija y a quienes ella 'demanda' como padres"; a lo que con elocuencia responde: "En este caso singular, considero que las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre J., J. y R., no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de inter-funcionamientos prolongados entre el niño y el adulto (...) en el caso de J., no cabe el binarismo exigido por la ley (art. 558 CCyCN), y como efecto de eso, excluir a cualquiera de los padres en la inscripción de la hija (...) Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad socioafectiva que el propio dinamismo de la vida a forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social". Por lo tanto, "el art. 558 del CCyCN para este caso no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia. Con lo cual deviene inconstitucional".

A este valioso precedente le sigue el dictado por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de la 3ª Nominación de la ciudad de Córdoba en fecha 18/02/2020 (126). Como algo se adelantó, aquí el reconocimiento de tres vínculos filiales lo es con relación a otra causa fuente, la adoptiva.

La plataforma fáctica involucra a la niña N. cuya guarda preadoptiva es otorgada al matrimonio C.-A. el 28/06/2010, contando aquella con 1 año y tres meses de edad. Posteriormente, los guardadores se divorcian y la Sra. A. contrae nupcias con el Sr. F. Al cabo de un tiempo, el matrimonio A.-F. promueve demanda de adopción plena; notificado el Sr. C., comparece y prestar acuerdo con la pretensión; por lo cual, el 01/06/2017 se resuelve la guarda preadoptiva N. a favor del Sr. F.

Sucede que, pese a la ruptura del vínculo matrimonial entre los guardadores primigenios, N. nunca dejó de tener contacto estrecho con el Sr. C. sino que fue generando un fuerte lazo afectivo con los tres adultos implicados: C., F. y A., a quienes considera sus progenitores. De ahí que se realiza una presentación conjunta entre C., F. y A. a los fines de reformular la demanda de adopción de manera tal que el vínculo jurídico de filiación se otorgue a favor de los tres; o en términos más coloquiales, que lo jurídico —"los papeles"— estén a tono con lo fáctico, con esa realidad familiar devenida trial. En consonancia con ello, N. también se presenta al proceso con abogado propio y manifiesta su deseo de ser adoptada por los tres, "porque los quiero a los tres por igual" (sic).

¿Qué se resuelve? Otorgar "la adopción plena pluriparental" de la niña N. a favor de C. F. y A., declarándose —una vez más— la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., así como del art. 634 inc. d) en tanto consagra la nulidad absoluta de "la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente". ¿Cómo o bajo qué consideraciones? Entre otras, las

siguientes: "nuestro C.C. y Com. de la Nación es un código de la diversidad y multicultural, que si bien no previó la situación presentada en autos, conforme los nuevos paradigmas el perfil de la magistratura de este siglo debe estar teñido de amplitud de pensamiento que permita darse cuenta que hay otras realidades con sus propias particularidades, no temiendo de esta forma las transformaciones que se vienen presentando, con la clara convicción de que hay que tener una visión constitucional-convencional que respete los derechos a la libertad, igualdad, no discriminación, dignidad, autonomía de la voluntad y pluralidad. Mirar hacia adelante, atendiendo al caso particular y no a conceptos estancos que atenten con el proyecto de vida de los ciudadanos. En ese sentido entiendo que el Estado no puede venir a imponer nuestros propios planes de vida y que se está gestando la ruptura del binario de roles". Por consiguiente, "en atención a la potestad de la magistratura de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, deviene necesario declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo de los arts. 558 y 634 inciso 'd' del C.C. y Com. en este caso concreto, en cuanto no reconoce los vínculos afectivos emanados de la niña hacia los Sres. F.-F.-V. a quienes considera sus dos papás y mamá".

Como se puede observar los casos sintetizados son hábiles para advertir que no todos los casos de triple filiación involucran siempre relaciones del mismo sexo. Para reforzar esta afirmación, cabe traer a colación un fallo del Juzgado de Familia nro. 4 de La Plata del 20/02/2017 y auto ampliatorio del 06/03/2017 (127). Aquí se hizo lugar a una adopción de integración en forma simple en la que, tanto el padre de origen como el pretense adoptante —cónyuge de la madre— y la propia pretense adoptada, aclaran que no pretenden que se rompa vínculo alguno con el padre de origen, ni que se restrinja ninguno de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, es decir, que se adicione el vínculo filial adoptivo con el marido de la madre, pero manteniéndose intacto los vínculos parentales entre la niña y sus padres. Este sería otro supuesto de triple filiación que no involucra a ninguna pareja del mismo sexo sino a una ex pareja y a la actual pareja de la madre, de los cuáles uno es el padre biológico y el otro el adoptivo y concurren los tres en el cuidado, manutención y educación de la niña. Tal como lo asevera De Lorenzi, colocar en discusión el binarismo filial no se limita a "la triparentalidad, ni exige o impide el vínculo sexual o de pareja entre los intervinientes, ni existen constricciones en cuanto al género o la orientación sexual (...) Dicho de otro modo, en el plano de la realidad, existe un sinnúmero de variantes posibles, actuales o futuras" (128). Lo que sí es cierto es que aquellos dos verdaderos hitos legislativos (heterosexualidad y binarismo) han sabido establecer un terreno propicio para comenzar a repensar y cuestionar la cantidad de vínculos filiales que una persona pueda tener; de ahí que quizás sea justo decir "que las parejas lesbianas y gay exhiben, sintetizan y expresan de manera perfecta el pensar y sentir de las parejas [de] todas las orientaciones sexuales a lo largo del siglo XX: el separar la sexualidad de la procreación" (129).

Con la intención de reafirmar la multiplicidad de variantes y dinámicas familiares posibles y hábiles para interpelar lo que se habría presentado hasta hoy como un principio filial incólume, nos parece interesante traer a colación una sentencia extranjera dictada por la Corte Suprema del Condado de Suffolk, Nueva York, Estados Unidos de fecha 08/3/2017.

La plataforma fáctica era la siguiente: Michael y Dawn, unidos en matrimonio, comienzan a tener relaciones íntimas con Audria, la mejor amiga de ella, quien luego se muda con ellos. Al cabo de cierto tiempo, los tres deciden tener un hijo juntos, acudiendo a la vía de la filiación biológica, es decir, teniendo relaciones sexuales Michael y Audria. Durante 2007 nace el niño J. M., quedando constituido el vínculo filial a favor de sus progenitores biológicos. Un año y medio después, el matrimonio se separa y, las mujeres se mudan juntas. En 2011, Dawn, la esposa, presenta el divorcio y desde ese momento Michael deja de considerarla como madre del niño. Ante esta situación, para asegurar sus derechos con relación al niño y no depender del consentimiento de sus progenitores biológicos, Dawn reclama la tenencia tripartita. En lo que aquí interesa, la Corte expresa: "Nadie le dijo a estas tres personas que crearan esta relación, única. Tampoco le dijo alguien al demandado que concibiera un hijo con la mejor amiga de su esposa o que criara al niño con el concepto de que tiene dos madres. (...) Como resultado de las elecciones que hicieron los tres padres, este niño de diez años considera, hasta el día de hoy, que tanto Dawn cuanto Audria son sus madres, ordenar algo distinto a la tenencia compartida tal vez podría facilitar que se retire a Dawn de la vida de J. M. y eso tendría consecuencias devastadoras para el niño" (130).

Este último precedente nos conduce hacia otro de los cambios más profundos acontecidos en la sociedad contemporánea que habría quedado fuera o silenciado en el Cód. Civ. y Com.: el denominado "poliamor", es decir, aquellas relaciones amorosas que involucran a más de dos adultos. Ocurre que, si bien en nuestro derecho la puesta en crisis del binarismo solo ha acontecido sobre su expresión parental tras el reconocimiento de la triple filiación, esta apertura en relación con la cantidad de vínculos filiales que una persona puede tener lleva consigo la revisión crítica de las diadas receptadas en el matrimonio y las uniones convivenciales, o sea, en el

carácter exclusivo de la relación (131). Es por eso que, si bien el presente trabajo profundiza y se centra en la triple filiación, es dable dejar en claro que ambas formas de organización familiar que comienzan a avizorarse podrían incidir en la regulación de las relaciones laborales, tal como se verá enseguida.

IV.4.b. Algunas cuestiones laborales que se plantean: la centralidad del principio de igualdad y no discriminación

La revolución que implica virar de la regla del doble al triple vínculo filial, se traduce en nuevas necesidades y, por ende, en nuevos conflictos jurídicos, los cuales varios de ellos exceden el campo de acción "propio" del derecho de las familias. Es por ello que nos interesa abordar o acercar al menos en esta oportunidad, un debate contemporáneo que observan las relaciones de familia desde el ámbito jurídico, siendo que el derecho laboral no debería quedar afuera o verse incidido por esta ampliación en los vínculos jurídicos de familia. En otras palabras, se trata de indagar sobre cuáles podrían ser los conflictos derivados de la triple filiación en la regulación del trabajo tomando como puntapié inicial, las reflexiones que surgen a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

El estudio de la discriminación en el ámbito del trabajo ha sido abordado en el apartado IV.4.a, a cuyas consideraciones generales nos remitimos. A ello, nos parece de interés sumar una posible nueva categoría dentro del derecho a la no discriminación conformada justamente por la denominada "filiación por poliamor" (132); al respecto se ha expresado que "Las categorías interdictorias del derecho a la no discriminación no son taxativas sino meramente enunciativas de forma tal que pueden incorporarse nuevas categorías bajo la impronta discriminatoria basada en la 'condición social' como una fórmula flexible que posibilita la inclusión de otras formas de trato diferencial que no pueden justificarse de forma razonable y objetiva. Existe una nueva categoría interdictoria implícita que está conformada por el derecho a no ser discriminado con motivo o razón del poliamor a la cual se aplican todos los estándares de garantía del derecho a la no discriminación" (133).

Ahora bien, cabe preguntarse si esta nueva posible categoría interdictoria tendría lugar o impactaría de manera directa en el ámbito de las relaciones laborales. Veamos. Como adelantáramos, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra plasmando en el art. 17 de la LCT al prohibir "cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad". Como contracara, el art. 81 consagra la igualdad de trato y considera que "existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza".

En relación con estas disposiciones de la LCT y a la interpretación dinámica que cabe darles para abarcar las diversas situaciones en las que puede tener lugar un acto discriminatorio en la actualidad, es dable traer a colación un interesante trabajo de Dobarro. Aquí la autora comienza por señalar: "tradicionalmente, al hablar de discriminación se apuntaba a la situación de las minorías raciales, religiosas, ideológicas o a las diferencias de sexo. Los cambios operados en la forma de relacionarnos socialmente nos han permitido identificar nuevas minorías; tal el caso de quienes ya sufren, o serán objeto en el futuro, de discriminación" (134). Posteriormente señala: "los actos o conductas discriminatorias traen siempre aparejadas consecuencias idénticas: el avasallamiento a la dignidad de la persona humana e innumerables daños materiales y morales (...) dignidad de la que se desprende la prohibición de efectuar discriminaciones fundadas en criterios arbitrarios, antojadizos o caprichosos y la obligación de dar un trato igualitario a todos/as los/as dependientes (art. 81 L.C.T.). Se trata de una igualdad relativa, es decir, tratamiento igualitario en identidad de circunstancias, que solo admite el trato diferente que responda a motivos tales como la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas por parte del trabajador (...) Las mencionadas reglas invalidan cualquier práctica discriminatoria durante la vigencia del vínculo laboral, sea en el aspecto remuneratorio, sea en los ascensos o en el otorgamiento de licencias o de cualquier mejora o beneficio a un/a dependiente. Capítulo aparte merecen las cuestiones vinculadas a la persecución, hostigamiento o discriminación basada en razón de género o de las responsabilidades familiares" (135).

Realizada esta aclaración, cabría ahondar sobre cuáles podrían ser algunas de las posibles situaciones fácticas abarcables en los arts. 17 y 81 en la LCT en relación con la triple filiación como ser las disposiciones relativas a las licencias especiales. Piénsese el siguiente ejemplo. Se encuentra en plena disputa judicial la triple filiación de un niño cuya solicitud de incorporación o reconocimiento filial de una tercera persona fue requerida con anterioridad al nacimiento. ¿Qué sucedería en este supuesto, en materia de licencias? ¿Podría establecerse un régimen que permita una triple licencia derivada del mismo nacimiento? ¿Importaría diferenciar, en materia de licencias, si la triple filiación es con una mujer y dos hombres, dos mujeres y un hombre o incluso comprometiera a tres mujeres? Estos interrogantes reafirmarían la importancia de edificar un régimen de licencias fundado en la noción de equidad y despojada del sexo que ostenten los progenitores.

Sobre las cuestiones vinculas a las nuevas formas de llegar a la maternidad/paternidad Litterio expresa:

"para el derecho del trabajo nacen un padre y una madre; o dos padres; o dos madres; o un padre, una madre y una gestante; o dos madres y una gestante; o dos padres y una gestante; o un padre o una madre 'transgénero'; o un padre y una madre 'transgénero' y una gestante, y la lista podría continuar. Todos ellos, con derecho a licencias que 'todavía' son por maternidad y por paternidad" (136). Dentro de aquella "lista a continuar" debería ampliársela a los casos de triple filiación que ya se han presentado en el derecho argentino.

Más aún, otra de los posibles horizontes de reflexión que ya ha sido puesto de resalto por la doctrina al estudiar la problemática de la triple filiación desde una perspectiva más holística, se relaciona con los derechos laborales de los adultos interesados en que se reconozca su realidad familiar. En este sentido, Lamm y Rodríguez Iturburu advierten: "tengan reconocimiento legal o no, hay y habrá familias en las que los roles sociales y las responsabilidades de crianza de los hijos se llevan a cabo por tres o más personas. Sin embargo, los derechos laborales, como la licencia por maternidad o paternidad, se limitan a los padres/madres legales (...) Sobre la base de estos impedimentos, las consideraciones de equidad sugieren que quien de hecho contribuye a criar a un niño tenga derecho al reconocimiento legal que se requiere para las prestaciones correspondientes" (137).

En otro orden ideas, antes de dar por concluido el presente apartado, cabe destacar que la complejidad que se deriva de la triple filiación no solo pondría en jaque el derecho del trabajo sino también la seguridad social, en particular, el reiterado art. 53 de la ley 24.241. Veamos el siguiente ejemplo. Dos personas se presentan y solicitan el beneficio respecto a un mismo causante alegando que los tres conformaron una unión poliamorosa durante los últimos 15, 10 o 5 años. ¿Se debería negar su otorgamiento por carecer aquella unión del carácter de singularidad contenido en el art. 509 del Cód. Civ. y Com. y, de esta manera, desconocer sin más la calidad de causahabientes de los peticionantes? A la luz del principio de igualdad y no discriminación y teniendo en cuenta la clara naturaleza asistencial de la seguridad social, la exigencia de singularidad en estos casos presentaría férreas tensiones. Similar interrogante podría darse en materia de indemnización por muerte del trabajador prevista también en el reiterado art. 248 de la LCT.

En suma, el presente apartado pretendió subir un escalón más en la complejidad que encierran las relaciones de familia hoy en el marco de la obligada perspectiva constitucional-convencional. De este modo, focalizar en uno de los debates más actuales que atraviesa el derecho de las familias contemporáneo como lo es la triple filiación, es hábil, en definitiva, para demostrar el efecto dominó que genera la legislación civil; es decir, cómo las modificaciones sustanciales en la noción y amplitud de las familias tienen una incidencia directa y desestabilizadora del statu quo en otras ramas del derecho.

Tanto el derecho del trabajo como la seguridad social no son ajenas a tales modificaciones sustancial, todo lo contrario, deberían estar bien atentas para ver cómo se pueden acomodar a los fines de lograr un ordenamiento jurídico coherente y sistémico.

En definitiva, como supo afirmar Chedrese tras estudiar el entrecruzamiento entre el principio de igualdad y no discriminación, el derecho del trabajo y los cambios sociales: "La evolución misma de ese ser digno hace que los sistemas jurídicos mencionados se modifiquen y vayan evolucionando a partir de las necesidades de índole social, política, cultural, afectiva y de relación. Ese movimiento genera alteraciones y, aunque inicialmente conlleven a una suerte de caos normativo y la consiguiente retracción a la aceptación inicial, no es más que la necesaria evolución del ordenamiento en sí mismo. (...) Por lo tanto, cada vez que los hechos fácticos modifiquen la realidad necesariamente debemos mirar de otra forma porque, si bien tenemos los mismos ojos y conservamos los mismos bagajes culturales, 'lo de afuera nos modifica' indefectiblemente" (138).

IV.5. La capacidad del hijo/a que trabaja y el principio de autonomía progresiva

IV.5.a. De generalidades e interacciones: la capacidad laboral de niños, niñas y adolescentes como un sistema complejo

Uno de los grandes tópicos que ha sabido entrecruzar y encender debates entre el derecho del trabajo y el derecho civil —el de familia en particular— es el referido a la capacidad laboral de niños, niñas y adolescentes (NNA), es decir, cuándo o cuál ha de ser el parámetro para habilitar el desempeño de las personas menores de edad en el ámbito laboral, sea este profesional, autónomo o a través de una relación de dependencia.

El ejercicio de tareas laborales por parte de NNA hoy está impregnado del principio de autonomía progresiva, uno de los principios pilares en el campo de los derechos humanos de la infancia y adolescencia. Tan es así, que la ley 26.360 que prohíbe el trabajo infantil, protege el trabajo adolescente (139). Se trata de una normativa del 2008 que está atravesada por la Convención sobre los Derechos del Niño cuyo art. 32 expresa: "(...) el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. (...) Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones

pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar (...). ¿Cuáles son las "disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales" a las que remite expresamente la Convención? Las contenidas en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 138 sobre Edad Mínima [\(140\)](#).

Este instrumento dispone, entre otras cuestiones, la prohibición de emplear a las personas por debajo de la edad indicada por cada Estado en la declaración anexa a su ratificación. A su vez, la recomendación nro. 186 de la OIT, guía u orientación directa del Convenio en análisis, avanza un poco más y dispone que los miembros "deberían fijarse como objetivo la elevación progresiva a dieciséis años de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo". Precisamente, estas normativas han auspiciado la legislación nacional especial. La mencionada ley 26.390 sobre Prohibición de Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente tiene como norte regular y proteger "el trabajo de las personas menores de dieciocho [18] años en todas sus formas. Se eleva la edad mínima de admisión al empleo a dieciséis [16] años en los términos de la presente. Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis [16] años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea este remunerado o no. Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el segundo párrafo, se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma" (art. 2).

Como consecuencia de ello, el art. 32 de la LCT referido a la capacidad laboral establece: "Las personas desde los dieciocho [18] años, pueden celebrar contrato de trabajo. Las personas desde los dieciséis [16] años y menores de dieciocho [18] años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos".

No obstante, desde una perspectiva sistémica, la capacidad laboral de los NNA presenta una "capa geológica" [\(141\)](#) más: la civil. Al igual que acontecía bajo la lupa del hoy derogado código de fondo, el Cód. Civ. y Com. también se inmiscuye en el tema, pero lo hace con una lógica de base bien diferente.

Sucede que el régimen de capacidad civil ha pasado de una visión civilista rígida, centrada en la obsoleta dicotomía "capacidad/incapacidad", a una mirada constitucionalizada-convencionalizada y, por ende, más permeable o flexible al permitir reconocer el abanico de situaciones en las que pueden tener lugar el ejercicio de los derechos. En lo aquí interesa, el parámetro para delimitar el alcance de dicho ejercicio por parte de los propios interesados [\(142\)](#) es el principio de autonomía progresiva que se deriva de manera directa del art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, se ha sostenido que "el art. 5 se basa en el concepto de 'evolución de las facultades' para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. (...) La evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño" [\(143\)](#). Como contracara, "cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente" [\(144\)](#).

En armonía con esta cosmovisión, el Cód. Civ. y Com. ingresa en la regulación del régimen de capacidad civil de las personas menores de edad incorporando de manera expresa y diferenciada la figura del adolescente en referencia a la "persona menor de edad que cumplió trece años" (art. 25) [\(145\)](#). Seguidamente, el articulado se ocupa de la capacidad de ejercicio al establecer que "la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. (...)". De esta manera, el criterio adoptado por la legislación civil y comercial se erigiría como el que mejor se adecua a "la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos" [\(146\)](#).

Ahora bien, a luz de este vuelco de 180 grados que supo dar el Cód. Civ. y Com., cabría preguntarse si las modificaciones introducidas traen consigo una relectura sobre el sistema de capacidad para trabajar de NNA; y si ello es así, en qué sentido y cuál sería la extensión que cabe darle en una órbita centrada justamente, en la rigurosidad. Cómo supo afirmar Muñiz tras profundizar sobre ambas caras del sistema, la cuestión es compleja, cualquier estudio que se pretenda sobre el tema debe partir de reconocer la "tensión básica que se genera entre las normas que tienden a la erradicación del trabajo infantil y la estricta regulación del trabajo de los adolescentes, frente a la necesidad de reconocer la capacidad progresiva del menor y su derecho a realizar una actividad económica, en cuanto posee la aptitud y madurez física e intelectual para realizarla" [\(147\)](#).

Antes de ingresar en el análisis de la coherencia entre la normativa laboral y la civil, caben destacar unas últimas consideraciones generales. La primera, que ante el aforismo ley posterior prevalece sobre ley anterior,

también aquí debería tenerse en cuenta el otro aforismo jurídico: ley especial prima sobre ley general. Ahora bien, cabría preguntarse si el Cód. Civ. y Com. no es tan o igual de especial como la ley 26.390, ya que también se ocupa dentro del Título dedicado a la Responsabilidad Parental (Título VII del Libro Segundo) de la cuestión de los hijos y el ejercicio de determinadas labores. Por otro lado, no se debe perder de vista que la legislación civil fue redactada teniéndose en cuenta o a la vista la mencionada ley 26.390, por lo cual es posible lograr su armonización y complementariedad.

IV.5.b. La persona menor de edad con título habilitante y los contratos por servicios del hijo/a. La sistematicidad del Cód. Civ. y Com.

Como adelantáramos, las opciones laborales de los NNA encuentran espacio propio en el Cód. Civ. y Com.; principalmente, a través de dos figuras: 1) la posibilidad de la persona menor de edad de ejercer la profesión para la cual ha obtenido el debido título habilitante; y 2) los contratos por servicios del hijo/a. Veamos las características de cada una y cómo estas, a su vez, interaccionan de modo coherente.

La primera cuestión se encuentra regulada entre las disposiciones relativas a la capacidad, específicamente, en el art. 30 al disponer: "la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización" (148). Como se puede observar, en respeto al principio de autonomía progresiva y en reconocimiento de la responsabilidad creciente de la persona menor de edad que ha asistido a la debida formación y logrado la habilitación otorgada por el organismo competente, la norma no sujeta el desempeño de aquella profesión al cumplimiento de una edad determinada ni tampoco la supedita a la voluntad de sus progenitores o representantes legales, el único requisito es la obtención de un título que lo faculte a tales actividades o labores (149).

Dado que los diferentes aspectos de las relaciones contractuales de los NNA repercuten o involucran de manera directa el campo específico de la responsabilidad parental, el art. 681 sienta como regla general, un límite de edad mínima para el ejercicio del derecho a trabajar (150) por parte de los hijos por sí solos: los 16 años. Esta edad está en consonancia con lo dispuesto por la ley 26.390; de allí que esta edad tenga un rol central en el tema en análisis.

Ahora bien, cabe preguntarse si esa coherencia a su vez, puede lograrse con lo previsto en el art. 30 en tanto exime de autorización alguna en caso de que el hijo cuente con título habilitante (151).

Este dilema fue puesto de resalto y abordado por la doctrina (152). Veamos, para un autor "este texto (refiriéndose al art. 30) debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el art. 681, en función del cual se entiende que se requiere la autorización de los progenitores hasta los dieciséis años, y luego de esa edad cuenta con plena capacidad a estos fines" (153).

A nuestro modo ver, se trata de diferentes manifestaciones o aplicaciones del principio de autonomía progresiva. Es precisamente, el mérito que corresponde otorgarle a la obtención de la titulación requerida, la que justifica correrse del principio general contenido en art. 681, siempre que la voluntad de ejercitar aquella profesión responda a una decisión autónoma del NNA (154). Más aún, esta apreciación parece ser la que mejor se ajusta a los principios constitucionales-convencionales que campean toda la regulación atinente a la responsabilidad parental, receptados de manera expresa en el art. 639 del Cód. Civ. y Com., entre los cuales se encuentra la reiterada "autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos" [inc. b)] (155). Ahora bien, cabe preguntarse si este análisis sobre el juego o interacción entre los arts. 30 y 681 tienen coherencia con lo dispuesto en la ley 26.390. Ello se abordará en el próximo apartado.

Aclarada aquella aparente disyuntiva, adentremos un escalón arriba en la valoración del reconocimiento del ejercicio de los derechos de las personas menores de edad como lo son las alternativas contractuales en relación con el hijo que ha alcanzado los dieciséis años. Aquí la situación se invierte en dos sentidos. Veamos.

En primer lugar, el art. 682 dispone que "los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales". Por consiguiente, en aquellos supuestos que los progenitores, en su carácter de representantes, pretendan celebrar contratos con terceros con el objeto de que sus hijos presten algún servicio o, en su caso, aprendan determinado oficio o tarea, la validez de ese contrato requiere la conformidad expresa del adolescente.

A la par, el artículo en su parte final indica que el debido consentimiento del hijo debe estar a tono con las leyes especiales. Esto último no es un dato menor, sino central en el campo del derecho del trabajo ¿Por qué? Sucede que, amén de remitir a disposiciones relativas a la protección del trabajo adolescente, cualquier ley especial que pretenda abordar la temática debería tomar como piso mínimo la prohibición establecida en cabeza

de los progenitores, encargándose en su caso de establecer las formas de recabar aquel consentimiento [\(156\)](#). Misma exigencia, de más está decir, se replicaría a los eventuales empleadores.

En segundo lugar, el art. 682 presume la autorización de los progenitores para que los hijos mayores de 16 años que ejercen algún empleo, profesión o industria, efectúen por sí solos todos los contratos y actos jurídicos relacionados con la actividad de que se trate [\(157\)](#). Sobre este punto, nos interesan resaltar ciertas cuestiones que tendrían repercusión directa en la capacidad laboral de los adolescentes abarcados por la norma. Ocurre que la presunción aquí prevista aplicada sobre los contratos de trabajo celebrados por el hijo tornaría abstracta la autorización parental requerida por el art. 32 de la LCT o más precisamente, tal autorización devendría implícita. Además, en miras de reforzar la idea de una necesaria relectura del derecho laboral, es dable contemplar que tanto el artículo en comentario como el 671 —relativo a los deberes de los hijos— vienen a reconsiderar el art. 275 del Código derogado [\(158\)](#), eliminando la obligación de convivir con sus progenitores; por consiguiente, la presunción de tal autorización contenida en la última parte del art. 32 de la LCT parecería carecer de sustento al cobrar virtualidad "cuando el adolescente viva independientemente de ellos".

Asimismo, al igual que en el supuesto anterior, el art. 682 culmina estableciendo que en todo caso debe "cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil". Esta última parte permite apreciar nuevamente que el Cód. Civ. y Com. no desconoce la estricta regulación del trabajo adolescente, el contrato celebrado por él no podría de ningún modo contrariar las limitaciones contenidas en el Título VIII de la LCT estructuradas en miras de su protección como ser las relativas a la jornada de trabajo —art. 190—, el tipo de tareas a realizar —art. 191— o el periodo mínimo de vacaciones —art. 194—.

Además, tanto la remisión expresa al resto de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. como la presunción establecida por la norma, permiten fortalecer el entendimiento de que, en los supuestos abarcados por el art. 30 —personas menores de edad con título habilitante, puntualmente, cuando aquella no alcanzó los dieciséis años—, no se requiere la autorización parental contenida en el art. 681. De adoptar la postura contraria, aquella habilitación carecería de sentido o presupuesto fáctico de aplicación toda vez que, alcanzados los dieciséis años tal autorización no se requiere, sino que presume independientemente de tener o no título habilitante.

Pero a modo de cierre de esta supuesta disyuntiva, debe tenerse en cuenta que en la práctica tal conflicto sería más teórico que práctico, ya que las diferentes profesiones u oficios que se traten, deberán tener siempre como base el respeto por la ley 26.390, por lo cual no va a poder tratarse de un hijo que tenga habilitación para el ejercicio de una profesión a los 10 u 14 años y los supuestos de excepción como podrían ser los hijos jugadores de fútbol (siempre desde una perspectiva amplia de la noción de ejercicio de una profesión), tiene sus propias reglas y serían aplicables en virtud del mencionado aforismo sobre ley especial prevalece sobre ley general.

En definitiva, más allá de la cuestión etaria, lo cierto es que los 16 años es la edad central para el derecho del trabajo y, en definitiva, para el derecho civil en lo que respecta a la cuestión laboral de personas menores de edad. Como ha sostenido cierta doctrina, al analizar el art. 30 del Cód. Civ. y Com.: "Dicha disposición se contradice con lo estipulado en la ley 26.390, la cual, al modificar la Ley de Contrato de Trabajo elevó la edad mínima para el trabajo a los 16 años" [\(159\)](#).

IV.5.c. ¿Autonomía progresiva vs. trabajo infantil? En búsqueda de una respuesta integradora y coherente

La prohibición de emplear a un NNA menor de dieciséis años consagrada en el art. 2° de la ley 26.390, sumado a la tacha modificatoria de pleno derecho contenida su última parte: "Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta (...) se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma"; requieren de un mayor esfuerzo interpretativo. Nos referimos a la complejidad o posible colisión entre aquella y los supuestos contemplados por el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 30 —persona menor de edad con título habilitante en caso de no haber alcanzado la edad requerida— y 681 —contratos por servicios del hijo menor de dicha edad—.

En la doctrina laboralista se observan dos interpretaciones posibles sobre la extensión que cabe darle al art. 2° de la ley 26.390, una más amplia y la otra de tinte más restrictivo o literal. Entre quienes adscriben a la primera postura sostienen que "las normas del CCyCU se contraponen expresamente con su texto, por lo que la norma que prevalece es la que dispone su prohibición (norma de orden público, anterior y específica de la materia), impedimento que no puede ser subsanado por más que los padres den autorización. (...) En definitiva, tal prohibición legal deja sin operatividad alguna el art. 681 del CCyCU (nació muerto) y limita el art. 30 a que respete la edad mínima [16 años] sin que el título habilitante pueda reemplazar o suplir el requisito de la edad mínima" [\(160\)](#).

¿Es cierto que art. 681 del Cód. Civ. y Com. "nació muerto"? La respuesta negativa se impone [\(161\)](#). Sucede

que, la prohibición general contenida en el art. 2° de la ley 26.390 admite como excepción, a la par del trabajo en las empresas y explotaciones agrarias familiares, aquella receptada en el art. 8° del Convenio de la OIT nro. 138 sobre Edad Mínima (162); el trabajo artístico (163). Si bien la profundización del mismo excedería con creces el presente estudio, es dable dejar en claro que aquí surge la necesidad de contarse con la debida autorización parental para celebrar contratos de trabajo en relación con el hijo menor de 16 años (164).

Pasemos ahora al supuesto comprendido en el aludido art. 30 del Cód. Civ. y Com. En relación con ello, Muñiz advierte la necesidad de diferenciarlo del trabajo en la relación de dependencia —a la cual aplicaría indefectiblemente, la prohibición—, entendiendo que no opera la prohibición por las siguientes razones: "1) La pauta establecida por el art. 2° de la ley 26.390 no es rígida y admite excepciones que surgen incluso del propio texto de la norma. (...); 2) La CDN no exige que la edad mínima para trabajar sea única (art. 32.2) y establece como límite evitar 'la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social' circunstancias que a priori no parecen estar dadas al permitirle al menor el ejercicio de una profesión para la cual ha obtenido un título habilitante; 3) La ley 26.061 plantea al trabajo como un derecho del adolescente y que el mismo, si bien está sujeto a la reglamentación de las normas locales y tratados internacionales aplicables sobre la materia, 'podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes'; 4) La misma ley establece como pauta interpretativa la necesidad de respetar el grado de madurez y capacidad de discernimiento." (165).

Esta última postura parecería ser la que mejor concilia la extensión y el mérito que cabe darle a la prohibición de emplear a un NNA menores a los 16 años con los intereses en juego ante el supuesto excepcionalísimo del art. 30 del Cód. Civ. y Com. Máxime a la luz de la Observación General nro. 20 del Comité de los Derechos del Niño dedicado a los derechos de los adolescentes.

En esa oportunidad, el Comité se ocupó de asentar las directrices aplicables al cruce harto complejo entre la lucha contra el trabajo infantil y el respeto de la capacidad progresiva de los adolescentes: "La introducción de formas de trabajo adecuadas a cada edad desempeña una importante función de desarrollo en la vida de los adolescentes, dotándolos de competencias y ayudándolos a que adquieran responsabilidades y, en caso necesario, contribuyendo al bienestar económico de sus familias y apoyando su acceso a la educación. La lucha contra el trabajo infantil debe abarcar medidas globales, como la transición de la escuela al trabajo, el desarrollo social y económico, los programas de erradicación de la pobreza y el acceso universal y gratuito a una educación primaria y secundaria inclusiva y de calidad. Cabe subrayar que los adolescentes, una vez que alcanzan la edad mínima establecida a nivel nacional para trabajar, que debe estar en consonancia con las normas internacionales y con la educación obligatoria, tienen el derecho a realizar trabajos ligeros en condiciones adecuadas, respetando debidamente sus derechos a la educación y al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes" (166).

En suma, los 16 años constituyen una edad clave, tanto para el derecho del trabajo como para el derecho civil, solo por excepción cuando se cuente con título habilitante para ejercer una profesión —que sería en supuestos muy específicos y especiales— podría primar esta permisión por sobre la prohibición, siempre que la persona cuente con la edad y grado de madurez para llevar adelante ese oficio, lo cuál sería analizando en el proceso pertinente para la habilitación correspondiente.

V. Breves palabras de cierre

Como ha expresado un autor tras valorar la inclusión o reconocimiento expreso de los tratados internacionales de derechos humanos dentro del texto civil y comercial: "Es con cierta envidia que el Derecho del Trabajo mira al nuevo Código Civil y Comercial" (167).

Seguramente un nuevo texto que se animó a "dar de nuevo" en todo un ámbito sustancial o estructural del derecho como lo es el derecho civil debería servir, entre otras consideraciones o efectos, para dos cuestiones centrales que se retroalimentan: 1) colocar en off side una gran cantidad de normativas que habrían quedado obsoletas, contradictorias o incluso contrarias a la obligada perspectiva constitucional-convencional en una realidad social claramente, tan diferentes a la que se tuvo en miras al redactarse normativas básicas como el entonces Cód. Civil y la LCT; y 2) presionar, instar, conminar, cuan efecto dominó, a reformar otras áreas del derecho (168) que habrían quedado desfasadas por impacto del Cód. Civ. y Com. desde el punto de vista más macro, es decir, en lo que respecta al ordenamiento jurídico nacional y en esa búsqueda loable por alcanzar un sistema coherente tal como lo explicita el mencionado art. 2° del Cód. Civ. y Com.

En este contexto crítico y revisionista, se pretende que el presente ensayo sea un aporte en este sendero de repensar el derecho laboral desde los Derechos Humanos partiéndose de la base o tomándose como uno de los

tantos pilares, la idea de que la noción de familias es en el plural con las connotaciones que de ello se deriva. En otras palabras, que el principio de igualdad y no discriminación obligada regular tanto las relaciones de pareja de igual o diverso sexo, la familia ensamblada, el reconocimiento de las familias monoparentales; como así también en lo que respecta a las personas menores de edad, las tres fuentes filiales —por naturaleza, reproducción asistida y adoptiva— sin perderse de vista otro principio clave en la materia como lo es la autonomía progresiva en el que ya lo ha expresado de manera clara la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva nro. 17/2002 que "el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio" (párr. 101); lo cual se condice con la Observación General nro. 20 del Comité de los Derechos del Niño del 06/12/2016 que precisamente, se refiere a los derechos de los adolescentes como grupo social diferenciado y con problemáticas propias que los niños.

¿Estará el derecho del trabajo a la altura de las circunstancias al momento de animarse a llevar adelante una reforma emancipatoria respetuosa de los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras, a tono con el avance, desarrollo y consolidación de la noción de familias en plural en el que la perspectiva de género no puede estar ausente? Este sería uno de los tantos desafíos que se deriva del necesario entrecruzamiento entre dos ámbitos del derecho profundamente sociales y humanos: el derecho del trabajo y el derecho de las familias.

En definitiva, como lo ha aseverado el recordado Eduardo Galeano: "Libres son quienes crean, no quienes copian, y libres son quienes piensan, no quienes obedecen. Enseñar, es enseñar a dudar...". Si el presente ensayo ha generado algunas dudas derivadas de ciertas actualizaciones obligadas dada la realidad social bien dinámica que nos rodea, el objetivo se encuentra más que cumplido.

(*) Investigadora del CONICET. Profesora adjunta de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, UBA y titular de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Avellaneda. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial en los temas atinentes a familia, infancia y adolescencia.

(**) Abogada y profesora de Filosofía UBA. Profesora adjunta de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda. Jefa de Trabajos Prácticos de "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho, UBA.

(***) Abogada UBA. Ayudante de Segunda en "Derecho de Familia y Sucesiones" FD-UBA. Docente en "Derecho de Familia y Sucesiones" UNDAV.

(1) LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, 2012-C-581, cita online AR/DOC/1931/2012.

(2) http://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/Anteproyecto_CCCN_2012_fundamentos.pdf.

(3) Se refiere a las "Fuentes y aplicación" disponiéndose: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República 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".

(4) Alude a la cuestión de la "Interpretación" estableciéndose: "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".

(5) RAFFAGHELLI, Luis A., "Fuentes del Derecho. Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo", Revista de Derecho Laboral, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 33.

(6) Para ampliar esta interacción entre el derecho del Trabajo y los Derechos Humanos mediatizados o impactados por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. se recomienda compulsar: PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El Derecho del Trabajo en la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos", Revista de Derecho Laboral, 2016-1 —t. II—, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 11 y ss. y ARESE, César, "Derechos Humanos y la 'constitucionalización' del Derecho Privado y el Derecho del Trabajo", en la misma revista, ps. 47 y ss.

(7) Para profundizar sobre este desarrollo se recomienda compulsar entre otros GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - HERRERA, Marisa - FAMÁ, María Victoria, "Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Buenos Aires,

2012, 1ª ed., ts. I y II; HERRERA, Marisa, "El nuevo Código y las diversas realidades familiares", cita: MJ-DOC-7087-AR | MJD7087; HERRERA, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar", Ediciones Infojus, 2014; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina", LA LEY del 03/08/2015, cita online: TR LALEY AR/DOC/2588/2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Capítulo introductorio", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., ps. 9-94; MINYERSKY, Nelly, "Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares", Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial, año I, nro. 1, Infojus, 2014, ps. 43-92;; RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "El reconocimiento de los diversos tipos de familias en la reciente actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación", cita: RC D 1105/2014.

(8) Para profundizar sobre este debate actual se recomienda compulsar GONZALEZ, Soledad A., "La posición solitaria que se volvió mayoría en la Corte. A propósito del Caso Fontevicchia", cita MJ-DOC-10665-AR | MJD10665; DONZELLI, Belén E., "A propósito del caso 'Fontevicchia'. ¿Un mal día para el sistema interamericano de derechos humanos?", LA LEY 2017-C, cita online: TR LALEY AR/DOC/1117/2017; MANILI, Pablo L., "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo 'Fontevicchia'", LA LEY del 20/03/2017, p. 5; cita online: TR LALEY AR/DOC/693/2017; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos", LA LEY del 08/03/2017, p. 6, cita online: TR LALEY AR/DOC/498/2017; PIZZOLO, Calogero, "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación 'creacionista' de los derechos humanos", LA LEY del 23/02/2017, p. 7; cita online: TR LALEY AR/DOC/501/2017; ZUPPI, Alberto L. - DELLUTRI, Rodrigo, "Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. República Argentina'", LA LEY del 23/02/2017, p. 22; cita online: TR LALEY AR/DOC/505/2017.

(9) Como ejemplo de este crecimiento, se pueden observar los datos proporcionados por Dirección General de Estadística y Censos (Ministerio de Hacienda GCBA) que indican que durante todo el año 2016, se celebraron 11.630 matrimonios y se inscribieron 12.260 convivencias de pareja en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Información disponible en <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?cat=240>.

(10) Superior Tribunal Federal, Brasil, 21/09/2016, "A. N. c. F. G.", disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>.

(11) Conf. HERRERA, Marisa, "La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?", en GARGARELLA, Roberto (coord.), Constitucionalismo 2020, Siglo XXI, Buenos Aires, ps. 85-94.

(12) MICALE, Adriana A., "Derechohabientes en materia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a la luz de las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Laboral, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 320-321.

(13) Al respecto, cabe traer a colación un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10/03/2015 en el caso "Y. Y. v Turkey", en el que se entendió que Turquía violó el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos al obligar a una persona a operarse para que recién allí pudiera obtener el reconocimiento jurídico de su identidad de género. ¿Qué legislación podría cumplir con esta manda convencional? Solo leyes como la ley 26.743 que se estructuran sobre la aludida noción de "identidad autopercibida" y no sobre la necesidad de intervenir el cuerpo.

(14) Esta importancia por el lenguaje fue puesta de manifiesto en un proyecto de ley presentado por el entonces senador Filmus (1874-S-2009), en cuyos Fundamentos se destacó: "Se adoptó para el proyecto que hoy se presenta la denominación de 'convivencias de pareja', en reemplazo del término concubinato porque, como ha sido señalado por varios autores, tal designación tiene una 'connotación históricamente negativa'. En nuestro país ha sido calificada en el pasado como una unión contraria a la moral y a las buenas costumbres. Dentro de una multiplicidad de opciones que se exhiben en el derecho comparado, nos ha parecido más oportuno designarlas de una manera neutra que apunte al elemento esencial de estos vínculos: la convivencia. Por ello nos hemos decidido por la expresión 'convivencias de pareja' o 'pareja conviviente' adoptada por diversas legislaciones, entre ellas, la ley 9278/96 del Brasil. Las leyes forales de España se refieren a 'las uniones estables de pareja'. También en nuestro país, las leyes de seguridad social aluden a las convivencias pues mencionan entre los beneficiarios a la pensión por fallecimiento, a 'la conviviente' o 'el conviviente'. Asimismo, la ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos No 24.193 se refiere a una convivencia de 'tipo conyugal' (art. 14). En otras disciplinas, como la sociología o demografía tampoco se habla de concubinos, sino de 'unidos' o 'convivientes'".

(15) HERRERA, Marisa, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 11 y ss.

(16) Ídem.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Salta, sala 3ª, 05/09/2014, "T., C. R. - Declaración de insania"..

(18) Cabe recordar que esta normativa de 1974 fue por la ley 24.241.

(19) CIPOLLETTA, Graciela E., "La problemática del art. 248 LCT y la interpretación de derecho", Revista Derecho del Trabajo, año II, nro. 7, Ediciones Infojus, p. 31.

(20) CNTrab., sala IX, 28/03/2012, "Heres Lidia Ester y otro c. Asociación de Concesionarios de Autom. s/indemn. por fallecimiento".

(21) CNTrab., en pleno, plenario nro. 280, 12/08/1992, "Kaufman, José c. Frigorífico y Matadero Argentino SA", DT 1992-B-1872.

(22) Juzgado Civil y Comercial nro. 6 de la Ciudad de Resistencia, 16/08/2016, "B., M. C. c. Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos de la provincia del Chaco —INSSSEP— s/ acción de amparo". TR LALEY AR/JUR/ 55269/2016.

(23) CS, 29/11/2011, "R. C. A. c. AMSA SA s/ indemnización por muerte". TR LALEY AP/JUR/70/2011.

(24) POZO, Claudio F., "Derecho a pensión y uniones convivenciales. una mirada renovada a propósito de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial", LL Online AR/DOC/3946/2016.

(25) Expediente Diputados: 0997-D-2019. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 17 de fecha 22/03/2019.

(26) Expediente Diputados: 2891-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 59 de fecha 31/05/2017.

(27) Expediente Senadores: S-621/2019, ingresado el 18/03/2019 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 31/2019.

(28) Expediente Senadores: S-1736-2016, ingresado el 18/05/2016 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 85/2016.

(29) Expediente Senadores: S- 572/2019, ingresado el 14/03/2019 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 29/2019.

(30) Expediente Diputados: 0492-D-2019. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 6 de fecha 12/03/2019.

(31) Expediente Diputados: 6563-D-2018. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 144 de fecha 18/10/2018.

(32) Expediente Diputados: 3150-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 68 de fecha 13/06/2017.

(33) Expediente Senadores: S-511/2017, ingresado el 15/03/2017 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 26/2017.

(34) Expediente Senadores: S-102/2017, ingresado el 02/03/2017 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 6/2017.

(35) Expediente Diputados: 4212-D-2015. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 98 de fecha 05/08/2015.

(36) Expediente Senadores: S-3676/2015, ingresado el 27/10/2015 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 183/2015.

(37) Juzgado Civil y Comercial nro. 1, Oberá, 10/08/2017 (6/10 aclaratoria), "Expte. Nº 11570/2016 BIS 1/16 DS, R. C. s/ sucesores de P., H. N. s/ incidente".

(38) SCBA, 18/03/2009, "G., M. F. c. Provincia de Buenos Aires - Instituto de Previsión Social", AR/JUR/ 2228/2009.

(39) Proyecto de ley 2891-D-2017 reproducido por el proyecto de ley 0997-D-19, ob. cit.

(40) Para profundizar sobre este cambio sustancial que significa la recepción de un divorcio incausado se recomienda compulsar entre tantos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, "El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código", LA LEY del

02/07/2015, p. 1, cita online: AR/DOC/1993/2015; KIELMANOVICH, Jorge L., "El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial", LA LEY del 28/04/2015, p. 1; LA LEY 2015-B-1102; cita online: AR/DOC/1280/2015; HERRERA, Marisa, "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial...", ob. cit.; HERRERA, Marisa, "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Especial de Familia en el Código Civil y Comercial de la Nación (primera parte), La Ley-Thomson Reuters, Buenos Aires, diciembre 2014, p. 53; HERRERA, Marisa, "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado", en GRAHAM, Marisa - HERRERA, Marisa (dirs.), Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, ps. 275-323.

(41) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, "Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?", Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad Alcalá - Defensor del Pueblo - Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares (Madrid), 2011, p. 34.

(42) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga, ob. cit. ps. 35 y 36.

(43) GUIDDNER, Anthony, "Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas", trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 2000, p. 78.

(44) HERRERA Marisa, "El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado", en HERRERA, Marisa - GRAHAM, Marisa (dirs.), Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, CABA, 2014, p. 289.

(45) BIGLIARDI, Karina A. - DE OLIVEIRA, Juan José, "¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado", Revista Derecho de Familia y Persona, 2012 (septiembre), 01/09/2012, ps. 103 y ss.

(46) Citado en HERRERA, Marisa, "El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina", en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, 1ª ed., p. 275.

(47) SCBA, 14/04/2004, "Empresa de Transportes Ómnibus General Pueyrredón SRL s/declaración de certeza", LNBA 2005-0-36. TR LALEY AR/JUR/4988/2004.

(48) DE PETRE, Patricia N., "La regulación del divorcio en el Código Civil y Comercial y su implicancia en la LCT (Específicamente en la regulación del artículo 248, indemnización por muerte del trabajador)", Revista de Derecho Laboral, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 315.

(49) Expediente Senado: S-621/19, ob. cit.

(50) Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2016, Orden del Día nro. 905, Impreso el día 2 de noviembre de 2016, dictamen en el proyecto de ley del señor senador Cobos y otros, por el que se modifica la Ley de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (S-1736/16).

(51) Expediente Diputados: 2891-D-2017, publicado en Trámite Parlamentario nro. 59, fecha: 31/05/2017. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —Ley 24.241—. Modificación del art. 53, sobre beneficiarios de la pensión por fallecimiento y adecuación al Cód. Civ. y Com.

(52) CS, 05/10/1976, "Donati, Leonor Carolina s/ pensión", Fallos 296:22; TR LALEY AR/JUR/449/1976.

(53) CNFed. Seg. Social, sala I, 22/06/1992, "Ch., O. E. c. Caja Nac. de Prev. para Trabajadores Autónomos", DT 1993-B-1465 con nota de Amanda Lucía PAWLOWSKI DE POSE; DT 1993-A-242; TR LALEY AR/JUR/1904/1992.

(54) CIPOLLETTA, Graciela E., ob. cit.

(55) "Apuntes para repensar el esquema de licencias de cuidado", ELA y UNICEF Argentina (marzo 2020) <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=4182&plcontempl=43&aplicacion=app187&cnl=87&opc=53>.

(56) "Licencias familiares: extender los días y el alcance", nota publicada en el diario La Nación, 22/05/2017, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/2026036-licencias-familiares-extender-los-dias-y-el-alcance>.

(57) El principio de igualdad en materia de cuidado de los hijos, se ha reconocido expresamente en el art. 16 de la CEDAW: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y

responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial"; y en el art. 18 de la CDN: "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. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

(58) DÍAZ LANGOU, Gala - FLORITO, José, "¿Cómo promover un cambio en el régimen de licencias por maternidad, paternidad y familiares? Lecciones aprendidas del análisis de casos provinciales", disponible en <http://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1071.pdf>.

(59) Para profundizar sobre las diferencias existentes entre las distintas jurisdicciones de nuestro país, se recomienda compulsar: Cuadernos de Igualdad de Oportunidades. Serie: Derechos. Protección de la Maternidad del Sector Público - Argentina, elaborado por Unión de Trabajadores de la Nación (UPCN), disponible en <http://www.upcndigital.org/~archivos/pdf/bibliotecavirtual/cdn/igualdad/maternidad.pdf>.

(60) Expediente Diputados 0222-D-2019. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 3 de fecha 07/03/2019.

(61) Expediente Diputados 1503-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 25 de fecha 07/04/2017.

(62) Expediente Diputados 1183-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 17 de fecha 27/03/2017.

(63) Expediente Diputados 5588-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 114 de fecha 26/08/2016.

(64) Expediente Diputados 1576-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 29 de fecha 12/04/2016.

(65) Proyecto de resolución 22/2017/DE/XLVSO - MEP/45/2017 - Prop. de Rec. por Parl. Julio Sotelo, por la cual el PM rec. promover la unificación de criterios en los Est. Parte mediante la adecuación legis. de mayores y mejores derechos de madres e hijos por "Licencia de Maternidad", disponible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13324/1/mep-45-2017.pdf>.

(66) CS, Acordada 11/2016, TR LALEY AR/LEGI/8QJP.

(67) Esto es lo que se pretende en varios de los proyectos de ley más actuales como ser Proyectos: 0120-D-2020; 4884-D-2019; 5400-D-2019; 5231-D-2019; 4398-D-2019; 3121-D-2019; 2959-D-2019; 5309-D-2019; 5218-D-2019; 1817-S-2019; 5231-D-2019; 3006-S-2019; 1050-D-2019; 3618-S-2018; 6128-D-2018; 0708-D-2018.

(68) Información disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf.

(69) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 22/03/2012, "Asunto Konstantin Markin c. Rusia", disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139043>.

(70) Art. 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

(71) Art. 8º: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

(72) Para profundizar sobre los alcances de esta sentencia, ver: REY, Sebastián A., "Igualdad de género y licencia por paternidad", disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34481.pdf>.

(73) Expediente Diputados: 2755-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 56 de fecha

26/05/2017.

(74) Expediente Diputados 1502-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 25 de fecha 07/04/2017.

(75) Expediente Diputados 0221-D-2019. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 3 de fecha 07/03/2019.

(76) Expediente Diputados: 2429-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 46 de fecha 05/05/2016.

(77) Expediente Diputados: 0928-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 16 de fecha 22/03/2016.

(78) Para profundizar sobre esta figura ver, entre otros: LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Universidad de Barcelona, 2014; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E-961; "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY 2013-D-195; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", LA LEY 2014-C-1001; HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", cita: MJD5971; "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY 2014-D-1165; BERGEL, Salvador D. (et al.), "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", en Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, ps. 398-414; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", LA LEY 2016-F-663; DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución 'hecha en casa': el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo", RDF 2017-I-128; BARONI, María C. - SEBA, Sonia C. (coords.), "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: supuestos no contemplados en la ley", en Derecho de Familia: temas relevantes en el Nuevo Código Civil, ConTexto Libros, Resistencia, 2016, 1ª ed., ps. 188-196; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", LA LEY del 13/03/2017, p. 6, TR LALEY AR/DOC/610/2017.

(79) <https://www.cepal.org/es/sobre-el-cuidado-y-las-politicas-de-cuidado>.

(80) Entre tantos se citan los más recientes como el proyecto de ley S-2042/19 que crea el Sistema Integral Federal de Cuidados en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional en coordinación con las provincias y la Ciudad; el proyecto de ley 1364-D-2018 de "Universalización del cuidado"; o proyectos de ley que profundizan algunas cuestiones al respecto como el proyecto 1427-D-2019 que propone incluir la economía del cuidado conformada por el trabajo doméstico y de cuidados no remunerados en el sistema de cuentas nacionales que es reproducción del proyecto 3165-D-17.

(81) Ver entre otros: BRODSKY DE PETRIC, Marta - REVIRIEGO, José Antonio, "La necesaria adecuación de normas laborales sustanciales y formales para la tutela efectiva de la familia —Comentario al fallo 'S., M. I. c/ Liderar compañía general de seguros SA y otros'", elDial DC175E y PICÓN, Liliana N., "Maternidad biológica y por adopción en el contrato laboral. Una única protección legal —comentario al fallo 'A. G. M. E. c/ Alianza Francesa s/ despedido—", elDial DC2007.

(82) Cámara de Apelaciones del Trabajo de Bariloche, 11/05/2006, "M. V., M. C. y otro", LLPatagonia 2007 (junio), 1008, con nota de Alberto A. Calandrino, TR LALEY AR/JUR/1367/2006.

(83) Juzgado de Familia nro. 5 de Mar del Plata, 15/07/2015, "A. L. B. Y A. I. O. s/ materia a categorizar", TR LALEY AR/JUR/24426/2015.

(84) Expediente Diputados: 5588-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 114 de fecha 26/08/2016.

(85) Datos preliminares brindados por SAMeR del Registro Argentino de Fertilización Asistida (RAFA) y Comité de Acreditaciones.

(86) Expediente Diputados: 1997-D-2017. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 36 de fecha 26/04/2017.

(87) Para profundizar sobre esta figura compulsar, entre otros: JÁUREGUI, Rodolfo G., "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible", LLLitoral 2016 (agosto), 3, TR LALEY AR/DOC/2296/2016; BRANDONE, María Mercedes, "Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?", DFyP 2016 (febrero), 223, TR LALEY AR/DOC/3173/2015; GONZÁLEZ, Andrea - MELÓN, Pablo - NOTRICA, Federico, "La gestación

por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada", 04/02/2016, MJ-DOC-7570-AR | MJD7570; LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia", LA LEY 2016-A-1210, TR LALEY AR/DOC/4185/2015; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", DFyP 2015 (diciembre), 237, TR LALEY AR/DOC/4217/2015; FAMÁ, María Victoria, "La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar", DFyP 2015 (diciembre), 197, TR LALEY AR/DOC/3996/2015; KRASNOW, Adriana N. - PITASNY, Tatiana, "Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial", 03/12/2015, MJ-DOC-7539-AR | MJD7539; BERGER, Sabrina, "Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución", DFyP 2015 (noviembre), 208, TR LALEY AR/DOC/3169/2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", LA LEY 2014-C-1, TR LALEY AR/DOC/1268/2014.

(88) Juzgado de Familia nro. 3 de Gral. San Martín, 22/08/2016, "M. I. M. y otro s/ autorización judicial", TR LALEYAR/JUR/42506/2016.

(89) Juzgado de Familia nro. 8, La Plata, 27/04/2020, "D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial", expte. 80155/2019 TR LALEY AR/JUR/15367/2020.

(90) Juzgado de Familia nro. 10 de Bariloche, 29/08/2019, "L. J. I., y F. M. A. s/autorización judicial", inédito.

(91) Juzgado de Familia nro. 5 de Córdoba, 25/04/2019, "V. A. B. y otros s/homologación", TR LALEY AR/JUR/ 9677/2019

(92) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia nro. 1, I Circunscripción Judicial, Neuquén, 27/11/2018, "C. T. E. y otro s/medida autosatisfactiva".

(93) Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones nro. 1, San Miguel de Tucumán, 26/09/2018, "P. A. M. y otro s/autorización judicial", TR LALEY AR/JUR/60730/2018.

(94) Juzgado de Familia de Maipú, Mendoza, 04/04/2018, "A. G., O. C. E. y A. M. D. s/autorización".

(95) Juzgado de Familia nro. 2, Mendoza, 06/09/2017, "M. M. C. y M. G. J y R. F. N. s/medida autosatisfactiva", TR LALEY AR/JUR/60950/2017.

(96) Juzgado de Familia nro. 7, Lomas de Zamora, 30/11/2016, "B. J. D. y otros s/materia a categorizar", TR LALEY AR/JUR/85614/2016.

(97) Expediente Diputados: 5759-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 117 de fecha 31/08/2016.

(98) Expediente Diputados: 5700-D-2016. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 117 de fecha 31/08/2016. Para un análisis comparativo de estos dos proyectos ver: HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", LA LEY 2016-F-663.

(99) Expediente Diputados: 0084-D-2018. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 1 de fecha 02/03/2018.

(100) Expediente Diputados: 1669-D-2019. Publicado en Trámite Parlamentario nro. 35 de fecha 09/04/2019.

(101) Expediente Senado: S-825/18, ingresado en fecha 27/03/2018 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 41/2018.

(102) Corte IDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y niñas vs. Chile", TR LALEY AR/JUR/13845/2012.

(103) Corte IDH, 23/02/2016, "Duque vs. Colombia", TR LALEY AR/JUR/70757/2016.

(104) Corte IDH, 27/04/2012, "Forneron e hija vs. Argentina", TR LALEY AR/JUR/27523/2012.

(105) LITTERIO, Liliana H., "Madres, padres y matrimonios de igual sexo. Cuestiones laborales que plantean las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género y el proyecto de reforma del Código Civil", DT 2013 (septiembre), 2185. TR LALEY AR/DOC/2443/2013.

(106) FERNÁNDEZ VALLE, Mariano, "Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana", Revista Argentina de Teoría Jurídica, RATJ, Universidad Torcuato Di Tella, Ciudad de Buenos Aires, Volumen 17, disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=12835&id_item_menu=5858.

(107) Uno de los más recientes ha sido el resuelto por la sala III de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, 02/02/2017, en los autos "Carrasco Carolina Elisabet c. OPS SACI s/ despido directo

por causales genéricas", El Dial, 09/05/2017. Citar: elDial AA9D4A, en el que se reafirmó: "Que la maternidad es protegida especialmente por la ley laboral, se garantiza a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo y se presume que el despido obedece a razones de embarazo cuando fuese dispuesto dentro de determinado plazo, más dicha protección legal está subordinada al hecho de que la trabajadora notifique en forma fehaciente y con certificación médica a su empleador el estado de gravidez y la fecha probable de parto".

(108) CNTrab., sala V, 22/12/2016, "Pulen Gabriel Alejandro y otro c. Correo Oficial de la República Argentina SA y otro s/despido". Cita: MJ-JU-M-103918-AR | MJJ103918.

(109) Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Laboral, Rafaela, 11/02/2016, "Lencina Juan Raúl c. ETAR SA s/ cobro de pesos laboral".

(110) CS, 29/09/2015, "A. G., M. E. c. Alianza Francesa s/ despido", LA LEY 2015-F-355, TR LALEY AR/JUR/33650/2015.

(111) Cámara de Apelaciones del Trabajo, San Francisco, 22/11/2012, "Castagno, Verónica Mariana c. Chiatellino, Luis María - Ordinario - Otros" (expte. 438830 - 2012, Secretaría única..

(112) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de Familia", Astrea, Buenos Aires, 1998, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 643.

(113) CNCiv., sala L, 23/11/2006, "H., N. G. c. F., D. M. y otros", TR LALEY AR/JUR/8681/2006.

(114) VICTORIA MALDONADO, Jorge A., "El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos", disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008.

(115) CNTrab., sala VI, 10/02/2017, "O. R. L. c. Pearson Education SA s/ despido", LA LEY del 20/03/2017, p. 11, TR LALEY: AR/JUR/93/2017.

(116) Tribunal Supremo de España, Sala de lo Social, 17/04/2017, "V. c. La Congregación religiosa Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza, Entidad Titular del Colegio el Salvador. Maristas y Fogasa s/ despido", disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8003649&links=%2228>

(117) Dicha sentencia dictada a propósito de un pleito sobre despido contemplaba un supuesto que en origen comprendía las siguientes circunstancias: 1) se trataba de una trabajadora que trabajaba como camarera y que había sido sometida a un tratamiento hormonal para facilitar la fecundación; 2) se le había practicado una punción folicular por la que estuvo de baja cinco días entre el 8 y el 13 de marzo de 2005; 3) el 10/03/2005, a través de conversación telefónica la empresa la despidió con efectos del día 28/03/2005; y 4) en el momento de la comunicación del despido aún no se habían implantado los óvulos fecundados a la trabajadora, implantación que estaba programada para el 13 de marzo, día en que, efectivamente le fueron implantados dos óvulos.

(118) CHÉRCOLES, Ricardo L., "La protección de la maternidad frente al despido discriminatorio, a raíz de los tratamientos de fecundación asistida", disponible en: <http://asociacionlaboral.org/despliegue-doctrina.php?iddoctrina=13>.

(119) TELAM, "Reincorporaron a una oficial trans a la Policía Federal: Es un acto de justicia", 08/05/2017, disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201705/188285-patricia-bullrich-policia-federal-oficial-trans.html>.

(120) Expediente Senado: S-1564/2019, ingresado el 23/05/2019 y publicado en el Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 76/2019.

(121) Expediente Senado: 0798-S-2016, ingresado el 30/03/2016 y publicado en Diario de Asuntos Entrados bajo el nro. 39/2019.

(122) Una aclaración al lector, si bien el quiebre de la regla del doble vínculo filial podría dar lugar al reconocimiento jurídico de una cantidad mayor a tres vínculos filiales, aquí se atenderá a la conformación planteada y reconocida por el derecho argentino.

(123) La primera medida fue llevada a cabo el por el Registro Provincial de las Personas de Mar de Plata en abril de 2015, y la segunda por el Registro Civil de la CABA en julio de ese año. Para ampliar sobre el reconocimiento jurídico argentino de la triple filiación, véase entre otros: ANDRIOLA, Karina A. - LOPES, Cecilia, "El derecho de las familias ante las nuevas formas de familia: los desafíos ante la diversidad sexual y los vínculos afectivos", RDF 90-183, TR LALEY AR/DOC/1770/2019; BALLARIN, Silvana, "De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia", RCCyC 2020 (mayo), 04/05/2020, 5; TR LALEY AR/DOC/924/2020; DE LORENZI, Mariana A., "Nuevos caminos entre viejos campos. Pluriparentalidades en

tránsito", RDF 2019-II-268; TR LALEY AR/DOC/1136/2019; DE LA TORRE, Natalia - SILVA, Sabrina A., "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología", RDF 2017-VI-310; TR LALEY AR/DOC/4218/2017; HERRERA, Marisa, "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", RDF 85-149; TR LALEY AR/DOC/3141/2018; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad", RDF 91-247; AR/DOC/2428/2019; PIETRA, María Luciana, "Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos?", RCCyC 2020 (mayo), 04/05/2020, 37, TR LALEY AR/DOC/1005/2020; y SILVA, Sabrina A., "Tres ¿son multitud? Teoría y práctica de la triple filiación en Argentina", en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - HERRERA, Marisa - GIOSSA, Laura M. (dirs.), "A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos", Ediar, CABA, 2019, ps. 995-1034.

(124) Ciertamente, el país cuenta con ocho planteos en los que se pretende alcanzar una filiación triple, varios de los cuales tienen más de un pronunciamiento jurisprudencial. Para tener un panorama sobre este avance compulsar: 1) Dirección Provincial del Registro de las Personas, Provincia de Buenos Aires, 22/04/2015, Disposición 2062/2015, TR LALEY AR/LEGI/8C35; 2) Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, 22/04/2015, inédito; 3) Juzgado de Familia nro. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", inéditos. Comentados en: FERNÁNDEZ, Silvia E. - HERRERA, Marisa, "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", RDF 83-145, TR LALEY AR/DOC/2892/2018; 4) Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario nro. 17, Secretaría nro. 33, Ciudad de Buenos Aires, 19/12/2016, "A. N. R. y otros c. GCBA s/ amparo", inédito; Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 07/06/2017, "J. P. R. y otros c. GCBA y otros s/ amparo s/ conflicto de competencia", CS, 31/10/2017, "A. N. R. y otros c. GCBA s/ amparo"; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 77, 16/07/2019, "A., N. R. y otro c. GCBA y otros s/ amparo", TR LALEY AR/JUR/26167/2019; 5) Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario nro. 3 de la Ciudad de Buenos Aires, 07/07/2017, "F. E. F. c. GCBA s/ amparo", inédito; Cámara de Apelaciones en los Contencioso Administrativo y Tributario, sala I, Ciudad de Buenos Aires, 20/09/2017 y 28/11/2018, "F. E. F. c. GCBA s/ amparo", inéditos; 6) Juzgado de Familia nro. 2 de Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. TR LALEY AR/JUR/103023/2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Mar del Plata, sala I, 20/12/2018, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", inédito; 7) Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Única Nominación del Centro Judicial Monteros, 07/02/2020, "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación", R C J 436/20; y 7) Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, 3ª Nom., Córdoba, 18/02/2020, "F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. Adopción", TR LALEY AR/JUR/180/2020.

(125) Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Única Nominación del Centro Judicial Monteros, 07/02/2020, ob. cit. Comentado en: BALLARIN, Silvana, "De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia", ob. cit.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - HERRERA, Marisa, "Derecho constituvencional de las familias y triple filiación", LL, en prensa; y GÓMEZ, César J., "Reconocer lo que es: modelos de familia pluriparentales que existen y exigen aceptación en el plano jurídico y social", RDF IV, en prensa.

(126) Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, 3ª Nom., Córdoba, 18/02/2020, ob. cit.

(127) Juzgado de Familia nro. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, ob. cit.

(128) DE LORENZI, Mariana, "La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad", RDF, TR LALEY AP/DOC/251/2017, 2017.

(129) Citado por HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", ob. cit.

(130) Corte Suprema del Condado de Suffolk, 08/03/2017, "M. Alba v. Michael M.", disponible en: http://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2017/2017_27073.htm.

(131) En este sentido se han pronunciado: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016, 1, ps. 117-143; LAMM, Eleonora, "Familias pluriparentales. Su 'blanqueo' legal como solución que mejor satisface los intereses en juego", Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos, nro. 11, 2016, disponible en: <https://dpcuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/lamm.pdf>, compulsado el 05/05/2017; LAMM, Eleonora - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "Familias multiparentales", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., t. VA, ps. 808-820 y PERALTA, María Luisa, "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad", Thomson Reuters, TR LALEY AP/DOC/57/2015.

(132) La denominación pertenece al autor Andrés Gil Domínguez y refiere también a la "múltiple filiación", es decir, el estudio abarca tanto la filiación derivada de las uniones amorosas entre adultos que involucran a más de dos personas como aquellas situaciones en que una persona tenga más de dos vínculos filiales en sentido más amplio. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional", ob. cit.

(133) *Ibidem*, p. 108.

(134) DOBARRO, Viviana M., "El derecho del trabajo ante la discriminación en el ámbito laboral", disponible en: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2017/05/REVISTA-93-080-DOBARRO.pdf>.

(135) *Ídem*.

(136) LITTERIO, Liliana H., "Madres, padres y matrimonios de igual sexo. Cuestiones laborales que plantean las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género y el proyecto de reforma del Código Civil", DT 2013 (septiembre), 2185, TR LALEY AR/DOC/ 2443/2013.

(137) LAMM, Eleonora - RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "Familias multiparentales", ob. cit., p. 820.

(138) CHEDRASE, María, "La transversalidad de los derechos fundamentales: Un planteo necesario a partir de la Igualdad y del Principio de No Discriminación", 2ª Jornada de la Red Latinoamericana de Investigación en Derecho del Trabajo, citada por SILVA SABRINA, Anabel, "En búsqueda de una válvula de escape a la regla de doble vínculo. A propósito de un caso en materia de técnicas reproducción humana asistida", RDF 2018-III, 25/06/2018, 163, cita online: AP/DOC/301/2018.

(139) Cabe contemplar las reformas introducidas por la ley nacional 26.847, toda vez que incorporó al Cód. Penal el art. 148 bis que reprime con prisión de uno a cuatro años a quien aprovecharse económicamente el trabajo de un NNA en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil.

(140) Teniendo en cuenta los principios de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, el Comité de los Derechos del Niño incluyó aquel Convenio como parte del círculo de instrumentos pertinentes. Comité de los Derechos del Niño, observación general nro. 5 sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2003 (en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2003%2f5&Lang=en). Misma línea se advierte en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en la opinión consultiva nro. 17 sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 2002 (en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

(141) En vigencia del Código derogado, Muñiz ha señalado la dificultad de armonizar las diferentes normas que el autor denomina "capas geológicas". En este sentido afirmó: "El sistema de capacidad de los menores para el trabajo profesional, autónomo o bajo relación de dependencia resulta de una compleja red de normas dictadas en distintas épocas y de distinta jerarquía. Esto hace que la tarea de encontrar un significado coherente y sistemático resulte una tarea difícil". Para ampliar véase: MUÑIZ, Carlos, "Capacidad laboral y profesional de los menores. Un acercamiento sistemático a la problemática luego de la ley 26.579", DFyP 2012 (enero-febrero), cita online: AR/DOC/46/2012.

(142) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - HERRERA, Marisa - FAMÁ, María Victoria, "Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia", Ediar, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 167 y ss.

(143) Comité de los Derechos del Niño, observación general nro. 7 sobre realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f7%2fRev.1&Lang=en

(144) Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 12 sobre el "Derecho del niño a ser escuchado" del 2009 en <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532>.

(145) Esta concepción de la adolescencia como una etapa de la vida peculiar también fue puesta de resalto recientemente por el Comité de los Derechos del Niño al expresar: "Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños". Para ampliar véase: Comité de los Derechos del Niño, observación general nro. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 2016, en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f20&Lang=en

(146) Comité de los Derechos del Niño, observación general nro. 12.

(147) MUÑIZ, Carlos, ob. cit.

(148) Aun cuando el tema excede el análisis aquí propuesto, cabe mencionar que la persona menor de edad que ejerza la profesión en estos casos, de conformidad con la norma en comentario "tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella".

(149) Cfr. FERNÁNDEZ, Silvia, "Comentario al artículo 30", en CAMELO, Gustavo - HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, CABA, 2015, t. I, ps. 533 y 534.

(150) El derecho a trabajar de los adolescentes se encuentra reconocido expresamente en la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo art. 25, establece: "Los Organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes. Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes. Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo". Para ampliar en este sentido, se recomienda compulsar: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - HERRERA, Marisa - FAMÁ, María Victoria, "Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia", ob. cit., ps. 422-429.

(151) PELLEGRINI, María Victoria, "Comentario a los artículos 681, 682, 683 y 684", en CAMELO, Gustavo, ob. cit., t. II, p. 533.

(152) Para profundizar sobre estas dos posibles interpretaciones se recomienda compulsar: LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - TAVIP, Gabriel, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., ps. 325 y ss.; PELLEGRINI, María Victoria, ob. cit., ps. 535-536.

(153) MUÑIZ, Carlos, citado por LAFFERRIERE, Jorge N., "La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección", DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 207. Cita online: AR/DOC/998/2017.

(154) MUÑIZ, ob. cit., el autor se expide de tal forma en relación con la prohibición general del art. 2º de la ley 26.390, cuestión sobre la que se volverá luego.

(155) Misma tésis se observa en PELLEGRINI, María Victoria, ob. cit., p. 535.

(156) Cfr. LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - TAVIP, Gabriel, ob. cit., ps. 327-328.

(157) Si bien la cuestión excede el marco del presente trabajo, es dable mencionar que la norma también se interesa por el plexo de derechos y obligaciones que emergen de tales contratos, dejando claro que aquel recae únicamente sobre los bienes cuya administración se encuentra a cargo del propio adolescente.

(158) A saber: "Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres, salvo lo dispuesto en los artículos 128 y 283".

(159) PRIORE, Claudia A., "El trabajo infantil y adolescente. Su protección a través de los documentos internacionales", FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), en Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. III, p. 3348.

(160) FAVIER, Daniela, "La capacidad del menor que trabaja en el nuevo Código Civil y Comercial unificado y su disfuncionalidad con las normas que prohíben el trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente", Revista de Derecho Laboral 2015-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., p. 407.

(161) Además, aun cuando la norma se acentúa en las eventuales actividades laborales del hijo, en protección de los efectos patrimoniales que se pudieran generar, también abarca todas las restantes alternativas contractuales que exceden dicho ámbito. Piénsese en la suscripción de alguna revista o la asociación a un club deportivo, en ambos casos de la vida cotidiana el hijo no puede obligarse por sí mismo, si no que requiere de la autorización de sus progenitores.

(162) A saber, establece: "1. La autoridad competente podrá conceder, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales, excepciones a la prohibición de ser admitido al empleo o de trabajar que prevé el artículo 2 del presente Convenio, con finalidades tales como participar en representaciones artísticas. "2. Los permisos así concedidos limitarán el número de horas del empleo o trabajo objeto de esos permisos y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo".

(163) Las administraciones laborales de cada una de las jurisdicciones están facultadas para establecer el procedimiento a seguir para el otorgamiento de autorizaciones de NNA. Al momento regulan tal procedimiento las siguientes jurisdicciones: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, Mendoza, Río Negro, Santa Fe y Salta. Cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, "Material para inspección del trabajo infantil y adolescente", febrero 2017, disponible en: http://trabajo.gob.ar/downloads/inspeccion/2017_guia_de_inspectores.pdf.

(164) Para ampliar sobre la regulación de cada una de las jurisdicciones, consultar: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, "Trabajo artístico", disponible en: http://www.trabajo.gob.ar/trabajoartistico/?id_seccion=334.

(165) MUÑIZ, Carlos, ob. cit.

(166) Comité de los Derechos del Niño, observación general nro. 20, ob. cit.

(167) CORRADETTI, Susana, "El Código Civil y Comercial y el derecho del trabajo y de la seguridad social", Revista de Derecho Laboral, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 61.

(168) Como ejemplo, se trae a colación el derecho penal que ha dado lugar a una obra particular o especial dedicada a "El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho penal", publicada por Hammurabi bajo la dirección de Eugenio Raúl Zaffaroni y Marisa Herrera.