
Comentario al fallo “Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ amparo ley 16.986”: Pautas para la reglamentación del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo

Agostina Daniela González* y María de los Ángeles Ramallo** ***

Resumen

Conforme a la reciente sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa *Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ Amparo Ley 16.986*, el Poder Ejecutivo Nacional deberá reglamentar el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo que establece la obligatoriedad de guarderías y salas maternales en aquellos establecimientos en donde preste servicios un número mínimo de trabajadoras. A la luz de los principios constitucionales y de derechos humanos y de los cambios legislativos y culturales que han tenido lugar en los últimos años, es necesario reflexionar sobre la manera en que el artículo debe ser reglamentado con una mirada puesta en el principio de igualdad y en la eliminación de los estereotipos de género.

Palabras clave: guarderías - salas maternales - ley de contrato de trabajo - estereotipos - cuidado

Fecha de recepción: 07 de julio de 2017 | Fecha de aprobación: 23 de agosto de 2017

* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, agostinadgonzalez@hotmail.com

** Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, mariadelosangelesramallo@gmail.com.

*** Agradecemos a Liliana Ronconi por sus críticas y sugerencias a este comentario.

Abstract

According to the decision of the National Court of Appeals in Administrative Matters in the file *Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ Amparo Ley 16.986*, the Executive Power should regulate article 179 of the Employment Contract Act, which determines the duty of establishing childcare facilities and nurseries in places where there are women workers. Under the light of some constitutional principles and human rights and according to the legislative and cultural changes that took place in the last years, it becomes necessary to reflect about the manner in which the regulation will be done.

Key words: Childcare facilities - Nurseries - Employment Contract Act - Stereotypes - Care

I. Introducción

El 14 de febrero de este año, la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal resolvió revocar el fallo de primera instancia en la causa *Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ Amparo Ley 16.986*¹, haciendo lugar a una acción de amparo presentada a los fines de que se declare la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo² (Ley Nro. 20.744, en adelante LCT), y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar el artículo.

El artículo 179 indica que “[e]n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de *trabajadoras* que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”. En 1974 el legislador previó las guarderías y las salas maternas como un derecho de las madres trabajadoras, incorporando el artículo en el capítulo “De la protección de la maternidad”. Sin embargo, habiendo transcurrido más de 40 años desde la sanción de la LCT, ese artículo no fue reglamentado. Dado el reciente fallo, es necesario plantearse que, a la hora de dictar el decreto reglamentario de esa norma, el Poder Ejecutivo deberá tener en cuenta los cambios culturales que han sucedido en el ámbito de las familias y los avances en materia de derechos humanos y de igualdad.

¿Son las guarderías y las salas maternas un derecho de las mujeres madres trabajadoras? ¿O es un derecho de los niños y niñas en lo que se refiere a su educación? ¿De qué manera influyen en la interpretación de la LCT las obligaciones asumidas por el Estado en el campo del derecho internacional y los derechos humanos? ¿Y el hecho de que hace ya 7 años se sancionó en Argentina la ley de matrimonio igualitario? ¿Cómo debería interpretarse la ley a la luz de los principios rectores del Código Civil y Comercial de la Nación y del régimen de responsabilidad parental que en éste se establece? Estas son algunas de las dudas que se plantean a la hora de reglamentar el artículo.

Este comentario al fallo *Etcheverry* busca reflexionar en torno a algunas de estas preguntas para llegar a una conclusión sobre si, al reglamentar el artículo 179, el Poder Ejecutivo debe hacerlo realizando una interpretación literal de la norma y, de esta manera, establecer la obligatoriedad de las guarderías y de las salas maternas sólo en el caso de los establecimientos con una determinada cantidad de mujeres trabajadoras, o si, por el contrario, debe reglamentar su obligatoriedad en todos los lugares de trabajo, independientemente del número de trabajadoras.

Comenzaremos realizando unos breves comentarios sobre el contexto histórico

¹ CNACAF, Sala 1, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 17 de febrero de 2017, Id SAIJ: FA17100001.

² Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, B.O. del 27/09/1974.

en el que se sancionó la LCT, explicaremos el fallo *Etcheverry* tomando aquella normativa en la que se funda y, luego, desarrollaremos los estándares de derechos humanos que a nuestro entender deben ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión de la reglamentación, a fin de sostener que la norma debe ser interpretada en forma amplia y que, para ello, deberá tenerse presente tanto el principio de igualdad como la obligación de eliminar los estereotipos respecto de la mujer como madre.

II. Sobre la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo y la incorporación de los derechos de las trabajadoras

116 Históricamente, las desigualdades de género en el mercado del trabajo se han manifestado mediante las distintas oportunidades de acceso a un empleo, a condiciones dignas de trabajo, en la diferencia de salarios por el mismo empleo, entre otras cuestiones. Asimismo, las obligaciones familiares o tareas domésticas y de cuidado han sido exclusivamente asignadas a las mujeres. Ahora bien, la "... regulación del empleo remunerado operó como el primer intento de conciliación entre las responsabilidades familiares y la inserción de las mujeres en el mundo del trabajo"³. En Argentina, las primeras leyes laborales le dieron una protección especial a la mujer, por su "... condición física, su rol de madre y como base de la familia"⁴. Así, la primera ley protectoria fue la Nro. 5.291 de Trabajo de Mujeres y Menores⁵, sancionada en 1907. El contexto en el que se enmarca esa ley es el de una integración cada vez mayor de las mujeres al mercado laboral, lo que estaba vinculado al desarrollo de la industria asociada a la expansión del consumo de la última parte del siglo XIX⁶, pero, a su vez, se sostenía "... el papel reproductor de la mujer como su función primaria y el Estado reforzaba el estatus secundario de su actividad productiva"⁷. Las iniciativas legislativas estuvieron orientadas a proteger a la mujer como una persona débil, conjuntamente con los niños y las niñas. Al mismo tiempo, en el país se imponía la visión del Código Civil de 1869, que reflejaba en sus disposiciones la idea de inferioridad de la mujer con respecto al hombre⁸.

³ Faur, Eleonor, *El cuidado infantil en el siglo XXI: Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 118-119.

⁴ Grisolia, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 2015, p. 525.

⁵ Ley N° 5.291, Ley de Trabajo de Mujeres y Menores, B.O. del 17/10/1907.

⁶ Véase, Lobato, Mirta Zaida, *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869 – 1960)*, Buenos Aires, Edhasa, 2007.

⁷ Kandel, Ester, *Ley de trabajo de mujeres y menores. Un siglo de su sanción*, Buenos Aires, Dunken, 2008, p. 27.

⁸ Véase, en su redacción original, los arts. 185, 186, 187, 189, 190 del Código Civil Argentino, disponibles en <http://www.infoleg.gob.ar/>, entre otros. Último acceso: 14 de abril de 2017.

Posteriormente, en 1924 se sancionó la ley 11.317⁹ (antecedente de la LCT), en virtud de la cual se estableció el tope de 8 horas diarias o 48 horas semanales de trabajo para las mujeres y se prohibieron los trabajos nocturnos e insalubres tanto para mujeres como para niños y niñas.

Finalmente, la LCT fue promulgada en 1974, durante un gobierno militar, y fue la primera ley nacional que sistematizó la totalidad de las regulaciones atinentes a los contratos de trabajo. Ya en su versión original, el artículo 195 (actual artículo 179) establecía la obligatoriedad de habilitar salas maternales y guarderías. Este artículo fue incluido con un propósito considerado “protectorio” en la época, en tanto buscaba asegurar el acceso de las mujeres al trabajo en concordancia con sus responsabilidades maternales, de acuerdo a los estereotipos imperantes.

Sin embargo, esta ley nunca fue reglamentada, por lo cual las mencionadas salas maternales y guarderías no fueron creadas. Por otro lado, aun cuando ha pasado mucho tiempo desde la sanción de diversas cláusulas de igualdad de género, son las mujeres, mayoritariamente, quienes deben hacerse cargo de las tareas de cuidado¹⁰. Este dato no es menor a la hora de considerar el debate que se propone en el fallo que aquí comentamos.

III. El fallo *Etcheverry, Juan Bautista c/ EN s/ Amparo Ley 16.986*

117

El caso “Etcheverry” fue iniciado por un padre trabajador y una madre trabajadora en una empresa con más de mil empleados, siendo el primero padre de un niño de dos años y la segunda, madre de una niña de un año y seis meses. Iniciaron una acción de amparo argumentando que el Poder Ejecutivo era responsable de no haber reglamentado el artículo 179 de la LCT, lo que configuraría un caso de inconstitucionalidad por omisión¹¹. En primera instancia, el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 7 decidió rechazar el amparo aduciendo que los demandantes no habían probado la existencia de un perjuicio o agravio ya que no habían presentado constancias de que hayan requerido a la empresa el reintegro de los gastos en guarderías que se hubieran visto obligados a sufragar y que ésta haya rechazado el pedido (conforme al artículo 103 bis, inciso f). Por otro lado, consideró que tampoco se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de la acción de amparo, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido

⁹ Ley N° 11.317, Ley de trabajo de las mujeres y los niños, B.O. del 19/11/1924.

¹⁰ Véase, Rodríguez Enríquez, Corina y Pautassi, Laura (coords.), *La organización social del cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2014.

¹¹ La inconstitucionalidad por omisión es aquella en virtud de la cual se lesionan derechos establecidos en la Constitución por no llevarse a cabo obligaciones de “hacer” impuestas por la misma. Véase Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 6ª ed., 2009, pp. 354-355.

entre el dictado de la ley y la interposición de la acción. Contra esta sentencia, los actores interpusieron recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, revocando el fallo de primera instancia. La Cámara ordenó al Poder Ejecutivo Nacional que, en el plazo de los noventa días hábiles, cumpla la reglamentación del artículo 179 LCT. En gran parte, se remitió a las consideraciones del Fiscal General.

En su dictamen, el Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal entendió que la acción de amparo era procedente ya que se trataba de un claro caso de inconstitucionalidad por omisión, en donde existe un mandato normativo expreso, exigible e incumplido de reglamentación, que vulneró derechos o garantías exigibles constitucionalmente. Así, disintió con la consideración del juzgado de primera instancia sobre la relevancia del pedido de reintegro de los gastos realizados en guarderías por el padre y la madre. En este sentido, sostuvo que "esa interpretación del tribunal a quo no sólo soslaya el alcance de la pretensión de los actores (...), sino que importa prescindir de la fuerza normativa del artículo 179 de la Ley N° 20.744"¹². Los artículos 103 bis inciso f y 179 deben entenderse como prescripciones complementarias y no alternativas, indicó, en tanto el primer artículo "es aplicable en aquellos casos en los que los empleadores no tengan la obligación de acuerdo con el artículo 179 (...) por no superar el número de trabajadores el mínimo que debiera establecerse reglamentariamente"¹³.

118

Por otro lado, en relación a la falta de acreditación de las condiciones de urgencia expresado por el Juzgado de primera instancia, el Fiscal consideró que esto "...resulta contrario a la propia naturaleza del amparo por omisión. Ello así puesto que en la medida en que lo constitucionalmente reprochable es una omisión inconstitucional, el transcurso del tiempo, lejos de tornar improcedente la acción, agrava la lesión constitucional"¹⁴.

Ahora bien, al margen de estas cuestiones sobre la procedencia de la acción, el punto que nos interesa aquí analizar es a qué derechos y garantías nos estamos refiriendo, ya que los estándares internacionales citados por el Fiscal General parecerían exigir guarderías no solo en establecimientos con un número considerable de madres trabajadoras, tal como lo establece la LCT.

El Fiscal hace mención a dos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En primer lugar, se refiere al artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵. Este artículo establece que "...los Estados Partes prestarán

¹² Fallo "Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986", *supra* nota 1, p. 9.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea de las Naciones Unidas, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, p. 3. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201577/v1577.pdf>. Último acceso: 14 de abril de 2017.

la asistencia apropiada a *los padres y 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” y que “... 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”¹⁶. Estos párrafos dan cuenta de lo expresado anteriormente: el Estado debe asegurarse de que los padres y las madres¹⁷ cuenten con guarderías en sus establecimientos laborales. Por otro lado, podríamos llegar a la conclusión de que se trata de un derecho de los niños y las niñas, teniendo en cuenta la elección de la primera Convención citada.

Luego, menciona el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante, CEDAW)¹⁸:

*A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para: a) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.*¹⁹

119

Este párrafo, entonces, hace referencia a un derecho de las mujeres relacionado con su derecho al trabajo. Por otro lado, la Convención indica que se deberán brindar servicios sociales de apoyo tanto para *padres* trabajadores como para madres trabajadoras²⁰. Es decir, de acuerdo a este artículo, para que tanto las madres como los padres puedan hacer efectivo su derecho a trabajar deberán contar con guarderías en sus establecimientos laborales. En este sentido, se replantea el rol de las mujeres en relación a las tareas de cuidado, considerándose que éstas deben estar también a cargo de los hombres.

En resumen, y conforme a lo explicado, la Cámara llega a la conclusión de que la acción de amparo es procedente, y que la falta de reglamentación del artículo 179 de la LCT es violatoria de derechos incorporados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la CEDAW.

¹⁶ *Ibíd.*, art. 18 (El resaltado nos pertenece).

¹⁷ La Convención habla de “padres” ya que no utiliza un lenguaje sensible al género, pero se debe interpretar que refiere a padres y madres.

¹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 34/180, U.N. Doc A/RES/34/180, 22 de enero de 1980.

¹⁹ *Ibíd.*, Art. 11 (El resaltado nos pertenece).

²⁰ Nuevamente, esta Convención utiliza el término “padres” ya que no utiliza un lenguaje sensible al género, pero entendemos que incluye tanto a padres como a madres

IV. Estándares de derechos humanos

En lo que sigue analizaremos los estándares de derechos humanos que nosotras entendemos que se encuentran en debate en este caso y en la posible reglamentación del artículo 179 de la LCT, entendiendo que ésta debe ser hecha a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina, las cláusulas de nuestra Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y los cambios legislativos que se han dado en los últimos años en nuestro país.

1. La Constitución Nacional y los Tratados de Internacionales de Derechos Humanos

En primer lugar, nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 14 bis que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes y que, en especial, la ley establecerá la protección integral de la familia. Por su parte, los artículos 16 y 75 inciso 23 consagran el principio de igualdad, a la luz del cual debería ser leída la obligación del Estado de garantizar los derechos laborales de hombres y mujeres. De consonancia con esto, el mismo artículo 14 bis establece la igual remuneración por igual tarea. Además, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina e incorporados en el artículo 75 inc. 22 con jerarquía constitucional garantizan el derecho a la igualdad;²¹ en este sentido lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1.1 y 24, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículo 2.1, 3 y 26 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales en sus artículos 2.2 y 3, y en su artículo 7 en relación al derecho al trabajo.

A su vez, Argentina ha ratificado la ya mencionada CEDAW por medio de la cual los Estados se comprometen a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y asegurar la igualdad real. El Comité CEDAW ha interpretado que para lograr este fin existen tres obligaciones fundamentales: i) garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación (...) por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación;

²¹ Véase, Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012 y Dulitzky, Ariel, "El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana" en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2007, pp. 15-32.

ii) mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces; y iii) hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales²². Además, la CEDAW obliga a

...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres²³.

Asimismo, establece en su artículo 11 el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación y asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, y tal como lo hemos señalado en relación a las consideraciones del Fiscal en el caso *Etcheverry*, establece luego que se deberá alentar las prestaciones de apoyo necesarias para que los padres puedan combinar sus responsabilidades parentales y laborales.

Estas obligaciones, según nuestro criterio, son las claves para pensar una regulación laboral que no sea restrictiva de derechos pero que al mismo tiempo no reproduzca estereotipos de género que asocian a la mujer a las tareas de cuidado.

Por otro lado, no perdemos de vista que los instrumentos internacionales otorgan una especial protección para niños, niñas y adolescentes. Se consagra, así, su derecho a la educación y al cuidado. Conforme la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deberán considerar primordialmente el interés superior del niño en todas las medidas que los conciernen que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos²⁴. Ahora bien, si observamos las cláusulas que buscan garantizar el derecho al cuidado de los niños y niñas en los pactos internacionales, notamos que hacen referencia tanto a los padres y como a las madres, o bien a la familia, como quienes tienen a cargo la responsabilidad parental. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 19 que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren *por parte de*

121

²² Comité CEDAW, “Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal”, 30° período de sesiones, 2004, ¶ 7.

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *supra* nota 18, art. 5 inc. a. Véase, Cook, Rebecca J y Cusack, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

²⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 15, art. 3.

su familia, de la sociedad y del Estado”.²⁵ En términos similares, este derecho ha sido establecido en el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁶ Por otro lado, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se estableció en su artículo 10.1 que “[s]e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”²⁷. Estas convenciones conceden, entonces, a la familia el derecho a recibir protección y asistencia para cumplir con sus responsabilidades con respecto a los/as hijos/as a su cargo, incluyendo, por lo tanto, a madres y padres.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño habla de *padres* e incluso menciona a los miembros de la familia ampliada o de la comunidad según las costumbres locales al hacer referencia a lo largo de su articulado a la responsabilidad de protección y cuidado y al deber del Estado de acompañar dicha responsabilidad.

2. La normativa local

La normativa local en los últimos años ha tomado los estándares que surgen de las convenciones internacionales anteriormente descriptos.

122 En 2005 se dictó la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nro. 26.061²⁸, la cual establece que “[e]l padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”²⁹. Asimismo, establece que “[I] as medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo”³⁰. Este artículo exige adaptar las antiguas visiones sobre las tareas de cuidado

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19, adoptada 22 de noviembre de 1969, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1144. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-other.pdf>. Último acceso: 14 de abril de 2017.

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.1, adoptado el 16 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, vol. 1057, p. 407 (texto español). Disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. Último acceso: 14 de abril de 2017.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1, adoptado el 16 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 993, p.3. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=en. Último acceso: 14 de abril de 2017.

²⁸ Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, B.O. del 26/10/2005.

²⁹ *Ibíd*, art. 7.

³⁰ *Ibíd*, art. 18.

como labores exclusivamente femeninas a las actuales perspectivas sobre equidad de género, dándole una mayor participación a los padres en el cuidado de niños y niñas. Así, la protección de los vínculos familiares compete tanto a las mujeres como a los hombres. Posteriormente, en 2006, fue sancionada la Ley de Educación Nacional Nro. 26.206³¹, la cual establece en su artículo 21 inciso b la obligación del Estado Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de promover y facilitar la participación de las familias en el desarrollo de las acciones destinadas al cuidado y educación de sus hijos/as. En 2009 se sancionó la Ley No. 26.485 de Protección Integral a las Mujeres³². La misma, en su artículo 3 inciso f, garantiza la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres.

Asimismo, en 2010 se sancionó la Ley No. 26.618 de Matrimonio Igualitario³³, la cual implicó el reconocimiento de familias conformadas por personas del mismo sexo. Esto fue reforzado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, el cual incorpora en su texto el matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 402)³⁴, lo que produce que el antiguo artículo 179 de la LCT genere un vacío en el caso de familias conformadas por dos padres, cuyos hijos e hijas no contarían con el derecho a acceder a una guardería. Al mismo tiempo, el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación ha definido la responsabilidad parental como "...el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"³⁵.

123

3. Los Convenios OIT

Por último, nos gustaría destacar brevemente aquello que sostiene al respecto la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). Ya en el preámbulo de su Constitución señala como urgente mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres, entre otros grupos particularmente vulnerables. La OIT ha tomado en consideración los derechos de las mujeres en distintos Convenios.

A los fines de este comentario resulta particularmente relevante el Convenio 156 sobre la igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras:

³¹ Ley N° 26.206, Ley de Educación Nacional, B.O. del 28/12/2006.

³² Ley N° 26.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres, B.O. del 14/04/2009.

³³ Ley N° 26.618, Ley de Matrimonio Igualitario, B.O. del 22/07/2010.

³⁴ Además, el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó en su artículo 2 una referencia específica a que se debe interpretar la ley "...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (el resaltado nos pertenece).

³⁵ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 638.

trabajadores con responsabilidades familiares, firmado en 1981³⁶. Este convenio 156 define a los "(...) trabajadores con responsabilidades familiares" como aquellos/as *trabajadores y trabajadoras* con responsabilidades hacia los/as hijos/as a su cargo o hacia otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar y participar y progresar en ella³⁷. Establece que los Miembros "(...) con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras (...) deberán incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir a las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación"³⁸ y que, para ello, deberán "desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar"³⁹. Si bien el Convenio no hace particular mención a guarderías o salas maternas⁴⁰, cuando éste habla sobre la igualdad efectiva de oportunidades y sobre la no discriminación entre trabajadores y trabajadoras se refiere a aquellos/as con responsabilidades familiares en comparación con los/as que no poseen dichas responsabilidades. La diferencia no está establecida entre trabajadores hombres y trabajadoras mujeres. En este sentido, este Convenio es un claro ejemplo de una normativa de protección a la paternidad y a la maternidad que no reproduce categorías sexistas de asimilación de las mujeres con sus roles de cuidado. El Convenio ve que los/as trabajadores/as –sin importar que sean hombres o mujeres– con hijos/as u otras personas bajo su cuidado se encuentran en una especial situación de desprotección.

124

V. Algunas cuestiones a considerar

Teniendo en cuenta el marco normativo indicado y a pesar de que el artículo 179 de la LCT plantea que las guarderías y salas maternas se deberán establecer en los lugares donde haya más de un determinado número de *trabajadoras mujeres*, es necesario entender, especialmente a la hora de la reglamentación, que el derecho al cuidado pertenece a las personas que lo necesiten y, por lo tanto, las condiciones

³⁶ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio C156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981.

³⁷ *Ibíd.*, art. 1.

³⁸ *Ibíd.*, art. 3.

³⁹ *Ibíd.*, art. 5. b.

⁴⁰ El artículo 9 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo indica que "[l]as disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales".

para el ejercicio de este derecho deben ser garantizadas tanto a hombres como mujeres en su rol de responsables del cuidado.

Por esto, las guarderías deberían ser establecidas en los lugares de trabajo sin tomar en cuenta el número de trabajadoras mujeres sino, en todo caso, el número total de empleados/as sin importar si se trata de trabajadores/as con personas a su cargo, ya que de lo contrario se fomentaría la contratación de personas sin dependientes, implicando esto una discriminación respecto de aquellos/as que tienen familia a su cuidado. Por otro lado, no se debe fijar la obligación de crear guarderías y salas maternas en función de la cantidad de empleadas mujeres ya que esto no solo se refuerza un estereotipo de "mujer-madre", sino que también refuerza la situación de precarización laboral en la que se encuentran las mujeres y aumentaría las dificultades para el acceso al empleo registrado por parte de las mismas, ya que los/as empleadores/as preferirían, a todas luces, contratar empleados hombres que serían menos onerosos en términos de costos.

Otro debate que debe quedar vigente es el relativo a quién asume los costos de las guarderías y las salas maternas, ya que si los deben asumir las empresas sin una contraprestación o beneficio estatal alguno, esto llevaría a un desaliento en términos de crecimiento empresarial y a una mayor tercerización de las actividades económicas a fin de evitar asumir el costo de instalar guarderías y/o salas maternas por tener determinada cantidad de empleados/as. En este sentido, es interesante observar la forma en que se ha regulado la licencia por maternidad cuyo costo es asumido por el Estado mediante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

125

VI. Reflexiones finales

Hemos analizado en este trabajo las implicancias del fallo dictado por la omisión del Poder Ejecutivo Nacional de reglamentar el artículo 179 de la LCT en lo relativo al establecimiento de guarderías y salas maternas en establecimientos de trabajo. En primer lugar, es necesario tener presente que dada la coyuntura actual, este artículo de la LCT, en su afán de proteger, pone a la mujer en una situación estereotipada con respecto al hombre y no respeta los parámetros de igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres que surgen del marco normativo referenciado anteriormente. La exclusión de los trabajadores hombres refleja que las tareas de cuidado siguen siendo exclusivamente asociadas a las mujeres por su condición de tales, situación que no se condice con los estándares de derechos humanos, especialmente con la obligación establecida en el artículo 5.a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer sobre la modificación de estereotipos de género. Además, la existencia de estereotipos se hace visible en otras instancias. En este sentido, la falta de democratización del cuidado se refuerza si vemos los días que se le otorgan a las mujeres en concepto

de licencia por maternidad, en comparación con aquellos otorgados a los hombres en concepto de licencia por paternidad, quienes tienen más días por mudarse o por casarse que por ser padres. Así, la trabajadora queda en una situación de inferioridad y de discriminación, ya que la ley asume que la atención de las responsabilidades familiares le corresponde a la mujer. A esto se le suma que, así las cosas, la parte empleadora podrá entender que contratar a un hombre en lugar de una mujer le evitará ciertos costos económicos, lo que produciría una expulsión de la mujer en el ámbito de la competencia laboral.

Finalmente, planteamos diferentes puntos que deberían tenerse presentes a la hora de reglamentar este artículo, como son el parámetro para determinar cuándo debe garantizarse este derecho en los establecimientos laborales (en función de la totalidad de los empleados y no solo en función de las mujeres – madres) como asimismo quién debería asumir los costos de estos espacios. Así, no buscamos agotar el tema sino tan solo dejar en claro cuáles son los debates a tener en cuenta al momento de la reglamentación y/o modificación de la LCT.

VII. Bibliografía

1. Libros

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 6ª ed., 2009.

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

Dulitzky, Ariel, “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2007.

Faur, Eleonor, *El cuidado infantil en el siglo XXI: Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Grisolía, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6ª ed., 2015.

Kandel, Ester, *Ley de trabajo de mujeres y menores. Un siglo de su sanción*, Buenos Aires, Dunken, 2008.

Lobato, Mirta Zaida, *Historia de las trabajadoras en la Argentina (1869 – 1960)*,

Buenos Aires, Edhasa, 2007.

Rodríguez Enríquez, Corina y Pautassi, Laura (coords.), *La organización social del cuidado de niños y niñas*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2014.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.

2. Jurisprudencia

CNACAF, Sala 1, "Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986", sentencia del 17 de febrero de 2017, Id SAIJ: FA17100001.

3. Leyes, tratados y documentos internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201577/v1577.pdf>.

Res. 34/180, U.N. DocA/RES/34/180,
22 de enero de 1980.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

Comité CEDAW, "Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal", 30° período de sesiones, 2004.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio C156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada 22 de noviembre de 1969, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1144. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-other.pdf>.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea de las Naciones Unidas, *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, p. 3. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201577/v1577.pdf>.

Ley N° 5.291, Ley de Trabajo de Mujeres y Menores, B.O. del 17/10/1907.

Ley N° 11.317, Ley de trabajo de las mujeres y los niños, B.O. del 19/11/1924.

Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, B.O. del 27/09/1974.

Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, B.O. del 26/10/2005.

Ley N° 26.206, Ley de Educación Nacional, B.O. del 28/12/2006.

Ley N° 26.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres, B.O. del 14/04/2009.

Ley N° 26.618, Ley de Matrimonio Igualitario, B.O. del 22/07/2010.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, vol. 1057, p. 407 (texto español). Disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 993, p.3. Disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en.