

¿PARA EL DERECHO QUIÉN ES MAMÁ?

Estelly Díaz Fernández

Abogada, Jefe de trabajos Prácticos en
la cátedra de Derecho Civil V.
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Madre- Derecho- Deber-
Parto Humanizado-
Embarazo- Derecho del
trabajo- Hijo.*

Key words:

*Mother - Right - Duty -
Humanized childbirth -
Pregnancy - Labor law -
Child.*

Resumen

La madre desde una perspectiva cultural constituye un elemento en la crianza de los individuos. -Ser madre es un derecho fundamental. -El derecho a ser madre debería poder ser ejercido en condiciones de igualdad por todas las mujeres, independientemente de su situación económica, de su orientación sexual o de cualquier otra circunstancia personal o social.-La maternidad es una opción, no una obligación.

Abstract

The mother from a cultural perspective is an element in the upbringing of individuals. "Being a mother is a fundamental right. -The right to be a mother should be able to be exercised on an equal basis by all women, regardless of their economic situation, their sexual orientation or any other personal or social circumstance.-Motherhood is an option, not an obligation.

Quienes más, quienes menos, todos hemos tenido la experiencia del amor delicado de una madre. Cierro los ojos y pienso en quién fue mi madre....La primera respuesta, en resumen, trae a mi mente el poema que relata en una de sus estrofas: "*Mami es esa maga que puede hacer desaparecer lágrimas con un beso. ...*".

Sentimentalmente no alcanzan las palabras para definir quién es mamá. Sentimentalmente no existen derechos o deberes, solo existe un ser que es sinónimo de puro amor.

¿Pero quien es esta importante mujer para el derecho? ¿Qué derechos le asisten? ¿La maternidad es un derecho o un deber?

Puede decirse a prima facie que, el arte de ser madre no se enseña en los colegios, no se hereda ni se aprende en los libros. Al igual que puedo afirmar que, poco se habla de los derechos de la mujer embarazada o la madre y el recién nacido, como si todo estuviere naturalizado o como si todo fuere invisible.

Acepciones de la palabra madre. Un poco de historia....

La palabra mamá es una palabra casi universal que apenas varía en escritura y pronunciación en otros idiomas.

El diccionario de la Real Academia Española, en algunas de las tantas acepciones que brinda la define como:

"1. *f. Mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie.*

2. *f. Mujer o animal hembra que ha concebido. Cuidan la salud del feto y de la madre.*

3. *f. Mujer que ejerce las funciones de madre.*¹"

En la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) se registra el siguiente origen etimológico de la palabra madre: Del latín mater, -tris. Joan Corominas y José A. Pascual, estudiosos de la etimología española, consideran que "La acepción madre

¹ Diccionario de la real academia: española. Consultado en página web: <http://dle.rae.es/?id=NpxaH7S>.

es tan antigua como el idioma” y que “ya aparecía frecuentemente en las jarchas mozárabes (textos literarios) transmitidas por poetas del siglo XI y XII”.

Con este origen se relaciona la expresión latina “Alma Mater” (madre nutricia), locución usada en la Antigua Roma para describir a la diosa madre y, más tarde, a la Virgen María. Actualmente, se utiliza para denominar a una institución educativa, colegio o universidad, en la que se han cursado los estudios correspondientes. Este uso proviene del lema “Alma Mater Studiorum” (“madre nutricia de los estudios”), usado en la universidad más antigua del mundo occidental: la Universidad de Bolonia, fundada en 1088.

También hay otros términos, aunque con más influencia en el plano religioso y en las distintas denominaciones a la Virgen María, por ejemplo: “Mater Christi” (madre de Cristo), “Mater Dei” (madre de Dios), “Regina Mater” (Reina Madre).

A estas expresiones derivadas del vocablo originario “mater” que presentan un gran valor social y religioso, se les suman las dos primeras acepciones del DRAE: 1. ‘Hembra que ha parido’. 2. ‘Hembra respecto de su hijo o hijos’. Con respecto a la primera (que se ha usado desde los primeros diccionarios), se trata de una designación mucho más específica y biológica determinada por el embarazo. Sin embargo, en la segunda (que aparece recién en 1869, aunque en lugar de “hembra”, decía “madre”), se amplía el contexto de su uso considerando como rasgo pertinente: “la posesión o tenencia de hijos”, es decir, ya no solo se referiría a madre como la que los alumbró, sino también la que los cría, ya sea por medio de una adopción formal o por otras circunstancias.

Y ¿mamá? ¿De dónde surge la palabra mamá? La edición del DRAE (2001) la considera como una expresión coloquial, usada principalmente en el lenguaje infantil, que habría sido adaptada del término francés “mamam”. Aunque también podría provenir del latín “mamma” referida a la “mama o pecho”. En realidad, esta última idea sería la más antigua, de acuerdo con lo afirmado por Corominas y Pascual: “La corte afrancesada

puso de moda el decir mamá en el siglo XVIII y así lo admitió la Academia en 1803”.

Además de las palabras “madre” y “mamá”, la radio o la televisión las designas como “amas de casa”, “dueñas del hogar”, “madres de familia”.

En definitiva, para mamá, para nuestra madre, terrenal o espiritual, siempre hay necesidad de diversas y nuevas expresiones.

Lo cierto, es que en los tiempos que vivimos el concepto de madre trasciende los límites de la biología. Las mujeres que adoptan, sea por infertilidad o por su voluntad procreacional, también se convierten en madres ya que cumplen la misma función que está vinculada a la mujer que da a luz. Esto quiere decir que ser madre va mucho más allá del engendramiento en sí mismo; incluye cuestiones como el amor, el cuidado y la atención.

La madre en el derecho- Sus derechos.

¡Cuántas personas piensan que ser Mamá es el “derecho más grande” de una mujer! En contraposición a ello hay quienes sostienen que es un deber o una bendición.

Los derechos de las mujeres han pasado por grandes batallas para ser reconocidos por organismos nacionales e internacionales que, a través de instrumentos de diversa índole, protegen a la mujer embarazada o la madre y el recién nacido.

En línea a la primera afirmación son sus derechos:

-Mantener una vida sexual satisfactoria y segura, sin temor a un embarazo no deseado.

-Decidir en libertad tener o no tener hijos y cuándo tenerlos.

-Ser informadas y tener acceso a los métodos anticonceptivos que mejor se adecuen a sus necesidades.

-Acceder a una atención médica humanizada y de calidad.

- A un parto Humanizado.

La mujer que trabaja tiene un conjunto de derechos, que se generan por el sólo hecho de la maternidad, sin que se requiera de una

autorización previa u otra formalidad. La única exigencia que la ley establece es el certificado de un facultativo que acredite el estado de embarazo y los trámites propios de una licencia médica para el pago de los períodos de permiso que la ley otorga.

El parto humanizado un derecho.

La Ley 25.929² de Parto Humanizado, aprobada en 2004, finalmente fue reglamentada poniendo en relieve el derecho de todas las mujeres a transitar un embarazo, parto y posparto respetados en todos los sentidos.

El derecho a tener un parto natural, a estar acompañada en todo momento por una persona de confianza -sea parto vaginal o cesárea-, a elegir la posición en la que se quiere parir, son algunos de los derechos incluidos en esta Ley que ya entró en vigencia.

En un "parto humanizado" o respetado, independientemente de si es vía vaginal o cesárea, la mujer es protagonista activa, debe ser tratada con respeto y puede estar acompañada por quien elija. Asimismo, debe recibir la información adecuada para la toma de decisiones y es considerada una persona sana.

Respetar los tiempos biológicos y psicológicos, y evitar las prácticas invasivas innecesarias es otro de los puntos clave de un parto respetado.

A partir de la reglamentación de la Ley, profesionales de la salud, hospitales públicos, empresas de medicina privada y/o prepagas, deberán tomar las medidas necesarias e instrumentar los cambios que hagan falta para que, tanto en el parto como durante el embarazo y el puerperio, se cumplan con estos derechos, en consonancia con lo que promulga la Organización Mundial de la Salud:

- Toda mujer tiene derecho a un parto natural, respetuoso de los tiempos biológicos y psicológicos, en el que se eviten prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la futura mamá o de la persona por nacer.

² Ley 25.929- Publicada en pagina web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98805/norma.htm>

- Ante un parto vaginal, también se deberán evitar las prácticas que impidan la libertad de movimiento de la futura mamá o el derecho a recibir líquidos y alimentos durante el trabajo de parto cuando las circunstancias lo permitan.

- Toda mujer tiene derecho a ser informada de manera entendible y clara sobre las distintas intervenciones médicas que pueden tener lugar durante el embarazo, trabajo de parto, parto, posparto y puerperio de manera que pueda elegir libremente cuando existan diferentes alternativas.

- En este sentido, la futura mamá podrá elegir el lugar y la forma en la que va a transitar su trabajo de parto (deambulación, posición, analgesia o medicamentos, acompañamiento) y la vía de nacimiento. El equipo de salud y la institución deberán respetar tal decisión, en tanto no comprometa la salud de madre e hijo.

- Toda mujer tiene derecho a estar acompañada por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y posparto, cualquiera sea la vía de parto (vaginal o cesárea).

No se le podrán exigir requisitos de género, parentesco, edad o de ningún otro tipo al acompañante que elija la embarazada.

Otra de las cosas que establece la ley es que en ningún caso se podrá cobrar arancel alguno por la simple permanencia del acompañante en la misma habitación, antes, durante y/o después que la mujer haya dado a luz.

También, deberá ser respetado el derecho de la mujer que no desee ser acompañada.

- Teniendo en cuenta la importancia del contacto piel con piel entre la mamá y el recién nacido, y con el objetivo de favorecer el vínculo precoz, el equipo de salud deberá fomentar desde el momento mismo del nacimiento, e independientemente de la vía del parto, el contacto del recién nacido con su madre y familiares directos y/o acompañantes que ella disponga.

Esto es muy importante también para el éxito de la lactancia, otro de los aspectos que abarca la ley, donde se establece que se deberán brindar las condiciones necesarias y adecuadas para que la mamá pueda amamantar, ya desde la sala de partos y durante toda su internación.

- En cuanto a la internación, se establece un tiempo mínimo recomendable de 48 horas para un parto vaginal y de 72 horas para un parto por cesárea.

Para darles el alta, el equipo de salud deberá constatar que las condiciones de salud psíquicas y físicas de la mamá y el bebé sean las adecuadas, que se realizaron los estudios correspondientes al bebé y que recibió las vacunas obligatorias.

En el caso de que el bebé requiera internación hospitalaria, la ley contempla que se deberá brindar acceso sin restricciones para la madre y el padre del recién nacido, permitiendo el contacto físico. Además, deberá contemplarse el acceso facilitado para otros familiares directos y/o acompañantes que la madre disponga, con la acreditación de identidad como único requisito.

A partir de la Ley 26.862, el sector público de la salud y obras sociales reguladas tuvieron que incorporar estas técnicas dentro de sus prestaciones.

De igual manera, algunas entidades tratan de excusarse y no brindar el servicio a sus afiliados, por lo que hay un 0800 y un sitio web para formular el reclamo.

Derechos de las mujeres trabajadoras embarazadas.

La ley protege la maternidad reconociendo una serie de derechos a la mujer que se encuentra en estado de embarazo, por un tiempo determinado, ya sea durante dicho estado o bien después del nacimiento de un hijo o hija. En algunos casos, la ley también concede derechos por maternidad al hombre. ¿Quiénes son los beneficiarios de los derechos por maternidad? En primer término, la mujer es la beneficiaria de los derechos por maternidad conjuntamente con el recién nacido.

Cuando la mujer toma conocimiento de su embarazo, debe tener en cuenta las alternativas con las que cuenta.

Lo primero que debe tener en cuenta es la comunicación del embarazo al empleador. La trabajadora así deberá comunicar fehacientemente su embarazo a su empleador con la presentación de un certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto.

El siguiente paso es tener en cuenta la duración de la licencia por maternidad. La **ley de Contrato de Trabajo**³ establece en el artículo 177 que la mujer embarazada cuenta con 90 días de licencia por maternidad, en los cuales está prohibida su ocupación. Los mismos pueden distribuirse en 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después del mismo. Sin embargo, la trabajadora podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto a 30 días y el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto.

La trabajadora conservará su empleo durante la licencia y percibirá una asignación que consistirá en el pago de un monto igual a la remuneración bruta que le hubiera correspondido recibir a la trabajadora durante el período de Licencia Legal en el empleo con motivo del parto.

Una vez transcurridos los 90 días, la trabajadora tiene tres opciones (artículo 183 LCT):

* Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo.

* Rescindir su contrato de trabajo percibiendo la compensación por tiempo de servicios. La compensación será equivalente al 25% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual de la trabajadora (base indemnización artículo 245) por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses.

* Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres meses ni superior a seis meses. La trabajadora tiene que contar con un año mínimo de antigüedad para gozar de este beneficio.

³ REGIMEN DE CONTRATO DE TRABAJO-LEY N° 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/1976- Bs. As., 13/5/1976- consultada en pagina web:<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>.

Otro factor a tener cuenta es el descanso diario por lactancia. El artículo 179 de la LCT establece que la trabajadora puede disponer de dos descansos de media hora para amantar a su hijo por día, por un periodo que no supere un año desde la fecha de nacimiento del bebé. Más allá de lo establecido en dicho artículo, las partes pueden acordar acumular los dos descansos, la trabajadora podría ingresar una hora más tarde o retirarse una hora antes.

En el caso extremo de que la trabajadora fuera desvinculada, la ley de contrato de trabajo establece una protección ante el despido, si este obedece a razones de maternidad o embarazo, cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete meses y medio 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 como, en su caso, el del nacimiento. Para dicha situación, se le abona a la trabajadora una indemnización de un año de remuneraciones, la que se acumula a la indemnización por antigüedad. Lo anteriormente mencionado es lo que establece la ley de contrato de trabajo.

Independientemente de esto, hay muchas empresas que otorgan beneficios adicionales. Algunos de los ejemplos podrían ser: licencias prolongadas, trabajo desde casa, jornadas reducidas, etc.

En síntesis, se le reconoce a la mujer embarazada los siguientes derechos:

-Licencia por parto y puerperio (licencia por maternidad): Un total de 90 días. Deberá gozar al menos de 30 días antes del parto y el tiempo restante después del parto. Continuará recibiendo durante ese período su salario completo.

-Estabilidad en el empleo: El empleador debe conservarle el empleo a la mujer durante la licencia por maternidad. Una vez que la trabajadora haya notificado su embarazo (con la fecha probable de parto), tiene derecho a la estabilidad en el empleo. En caso de ser despedida, el empleador debe abonarle una indemnización agravada: un año de sueldo más la indemnización común.

-Período de excedencia: Puede solicitarlo durante los seis meses posteriores al parto (sin goce de sueldo). A su regreso, el empleador tiene la obligación de asignarle el mismo puesto que tenía anteriormente.

-Asignación Prenatal: Es un adicional al salario. Se cobra a partir del tercer mes de embarazo (una sola vez).

Derechos de las mujeres trabajadoras cuando nace su hijo/a.

-Trabajar en las mismas condiciones en que lo hacían antes de que naciera su hijo/a.

-Tener una asignación por nacimiento (en caso de que su cónyuge o compañero no la reciba). La ley 24.714 también aplica el criterio salarial con respecto a la asignación por nacimiento.

-Gozar de dos descansos, de media hora cada uno, durante la jornada de trabajo para amamantar a su hijo/a a lo largo del primer año de vida (por razones médicas, puede gozar de esta autorización por más tiempo).

-La maternidad debe ser de libre elección. Toda mujer tiene el derecho de decidir libremente sobre el momento más adecuado para tener sus hijos, el espacio ínter-genésico y cuántos hijos quieren tener.

La maternidad y la ciencia.

Numerosas mujeres se encuentran en camino de alcanzar "el sueño de ser madre" y se ven sometidas a presiones emocionales cuando no lo logran. Muchas de ellas deciden confiar en la ciencia, pero ven sus sueños truncados cuando los prestadores del servicio de salud retardan o rechazan hacerse cargo del tratamiento.

Los avances científicos permiten que podamos ser titulares de derechos que, hace no mucho tiempo, nos hubieran parecido inimaginables. El ámbito de la libertad personal se expande continuamente como consecuencia de la creatividad de los seres humanos. Y esa expansión no puede no expresarse en términos jurídicos. Unas veces lo hace con más contundencia y otras con menos, pero nunca deja de hacerlo. Prácticamente, todo lo que ocurre en las relaciones entre los seres

humanos contribuye a la innovación del ordenamiento jurídico, aunque dicho ordenamiento tarde algún tiempo en recepcionar formalmente tales innovaciones.

La medicina es uno de los terrenos en los que los avances científicos tienen más incidencia en la ampliación de los derechos ciudadanos. Del derecho a ser madre han sido titulares todas las mujeres desde siempre. Pero hasta hace muy poco, aquellas mujeres que no se quedaban embarazadas naturalmente no disponían de ningún recurso para ejercer dicho derecho. Eran titulares en abstracto del derecho, pero no podían ejercerlo.

Actualmente, es posible para ellas vincular la titularidad y el ejercicio de tal derecho con la ayuda de la ciencia. El derecho a ser madre tiene una vertiente que no tenía en el pasado y tiene que ser considerado, en consecuencia, en la perspectiva actual de una manera diferente a como lo ha sido con anterioridad.

Plantea, ante todo, el problema de si el derecho debe seguir siendo considerado como un derecho de libertad, como lo ha sido siempre, o si debe ser considerado también como un derecho de prestación, es decir, como un derecho que podría conllevar para su titular solicitar la intervención de los poderes públicos para que el derecho pudiera ser ejercido de manera real y efectiva.

En mi opinión, la segunda opción es la que mejor encaja en un Estado social y democrático de derecho como el que define nuestra Constitución. El derecho a ser madre debería poder ser ejercido en condiciones de igualdad por todas las mujeres, independientemente de su situación económica, de su orientación sexual o de cualquier otra circunstancia personal o social. Y ello solamente se puede conseguir si el Sistema Nacional de Salud con todas sus ramificaciones autonómicas incluye la satisfacción del ejercicio de tal derecho en su cartera de prestaciones.

En nuestro país a mediados del 2013 se aprobó y reglamentó la Ley 26.862⁴ de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida".

A partir de la norma, el sector público de la salud, las obras sociales reguladas y otras entidades de la seguridad social debieron incorporar como prestaciones obligatorias para sus afiliados la cobertura integral de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

A pesar de la legislación vigente, ciertas obras sociales se muestran reticentes a cumplir con la norma argumentando que no están en condiciones de cumplirla.

Las obras sociales y entidades de medicina prepaga deben cubrir todos los tratamientos de fertilización, ya sean de baja o alta complejidad, sin discriminar los costos de los mismos. Asimismo, la cobertura es integral, es decir, al 100%, tanto para procedimientos como para medicación.

En caso de incumplimiento, los beneficiarios de obras sociales y usuarios de entidades de medicina prepaga pueden presentar un reclamo administrativo o judicial.

Sin dudas, es un tema que abre polémica, que tiene que ver con los avances de la ciencia, y las posibilidades y apertura de las mujeres en la actualidad. Seguirá siendo una decisión personal, donde algunos no estarán de acuerdo. Y otros sí.

Lo cierto, es que el tema ofrece amplio debate sobre todo ante los interrogantes de si ¿Es cuestionable la decisión de ser madre soltera, por elección, sin pensar en la necesidad del niño de contar con una figura paterna? ¿Cómo resuelve un niño la ausencia de una figura paterna? ¿Esto puede ocasionarle dificultades en su desarrollo personal? En mi opinión no se trata de cuestionar la decisión de elegir ser madre soltera. Siempre ha habido mujeres que han criado a sus hijos solas. Hay presencias llenas de ausencias y ausencias llenas de presencias. No es fácil la decisión de tener

⁴ REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA- Ley 26.862- Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Sancionada: Junio 5 de 2013.-Promulgada de Hecho: Junio 25 de 2013. Consultada en página web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

un hijo sola, pero el deseo de ser madres es muy fuerte y son hijos tan amados como en una familia tradicional en la que tampoco hay ninguna garantía de que habrá otro significativo presente. Respecto a las dificultades de las madres solas por elección, indico que lo principal está relacionado con la conciliación de su vida laboral y familiar.

A modo de conclusión:

El derecho a ser madre tiene una vertiente que no tenía en el pasado y tiene que ser considerado, en consecuencia, en la perspectiva actual de una manera diferente a como lo ha sido con anterioridad.

El derecho a ser madre debería poder ser ejercido en condiciones de igualdad por todas las mujeres, independientemente de su situación económica, de su orientación sexual o de cualquier otra circunstancia personal o social.

Concluyo con una frase que resume todo: ***“No está por demás recordar que la mujer tiene el derecho, por las vías naturales, a no ser influenciada por quienes hacen ver el tesoro de la maternidad como una carga, una condena, una actitud poco moderna. Tal vez aquellos que así piensan o que a esto encaminan, jamás han sentido el beso único y maravilloso de un hijo que es capaz de pronunciar por vez primera y con la ternura propia de los niños, la palabra “mamá”.***⁵

Cita de este artículo:

DÍAZ FERNÁNDEZ, E. (2017) “¿Para el derecho quién es mamá?” Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2017, Año 7, Vol. 1. pp. 53-65. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

⁵ “Derecho a ser madre: una oleada de nuevas feministas lo reclaman”-Jorge Enrique Mújica-Consultado en Pagina Web: AutoresCatolicos.org.