



Poder Judicial de la Nación
JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

XXXXX/2023

B. V. J. c/ ANSES s/AMPAROS Y SUMARISIMOS

SENTENCIA DEFINITIVA

Buenos Aires, 21 de abril de 2023.-

VISTO:

Las presentes actuaciones donde J. B. V., por derecho propio, interpone una acción de amparo de conformidad con lo establecido por el art. 43 de la CN, Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos previstos en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna y la ley de amparo N° 16.986, contra el ANSES, con domicilio legal en la Avenida Paseo Colón 239 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a su vez contra el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante PEN), con domicilio en la calle Balcarce 50 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que condene a los demandados al pago de la asignación por maternidad contemplada por el artículo 177 de la ley de contrato de trabajo 20.744 y en el art 11 de la ley 24.714, toda vez que será madre no gestante.

Requiere asimismo, el dictado de una medida cautelar, que le fue denegada mediante providencia del 21/03/2023 por revestir identidad con el objeto perseguido en la presente acción.-

Señala que junto a su pareja de igual sexo, decidieron conformar una familia y que realizaron un tratamiento de fertilidad. En dicha oportunidad decidieron que la cónyuge, empleada del poder judicial de la Nación, fuera la madre gestante, por lo cual el tratamiento fue cubierto íntegramente por la Obra Social del Poder Judicial, amparado en la Ley de Reproducción Medicamente Asistida N° 26.862, firmando el correspondiente consentimiento informado en fecha 22 de agosto del año 2022.-

Relata que, avanzado el embarazo, la actora comenzó a realizar los trámites que fueran requeridos por el Departamento de Recursos Humanos de XXXXXXXX XX XXXXXXXXXXX SRL-empresa para la cual trabaja- para obtener la correspondiente Licencia por Maternidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo y que acompañó el certificado médico correspondiente con la fecha probable de parto (29/05/2023).

Que, la empleadora otorgó la Licencia por Maternidad a la mujer no gestante, en este caso la actora, por tres (3) meses, conforme lo indica el artículo 177 de la Ley n° 20.744 y le hizo entrega del "Formulario PS.2.55", sellado y firmado, a fin de que sea presentado personalmente ante ANSES. Con fecha 28/02/2023, la ANSeS le notificó el rechazo de la asignación por maternidad, por no encontrarse embarazada la persona solicitante en los términos del art 177 de la ley 20744.-

Sostiene que si bien existe un vacío legal sobre la materia, en el caso, la pareja decidió que querían volver a ser mamás y cumplir con sus obligaciones como tal en el cuidado y crianza de sus hijos. Entiende que la respuesta brindada por ANSES resulta a todas luces discriminatoria y establece diferentes estándares de maternidad, ya que hace una expresa diferencia en cuanto a que solo otorga las licencias por maternidad a quien pueda gestar un hijo, cuando la función de la maternidad abarca mucho más que eso. Aparece entonces, a su entender, una clara clasificación de categoría sospechosa que contiene la normativa empleada por ANSES basada en función de quien pueda dar a luz a un niño, por lo que cabe considerar presuntamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional la limitación o restricción de derechos que de tal distinción se deriva.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

Remarca el “interés superior del niño” y resalta que si bien las leyes Argentinas acompañan la conformación de nuevas familias y permite su composición con dos madres, aún queda mucho por legislar respecto de los derechos que de ella se generan. En esta línea, señala que el Código Civil y Comercial de la Nación, con los instrumentos internacionales de derechos humanos, no establece diferencia alguna respecto a la responsabilidad parental cuando esta es ejercida por dos personas de igual sexo y que ambas son progenitoras indistintamente de quien gesta y quién no.

Para finalizar sostiene que la evolución legislativa se fue ampliando y reconociendo derechos civiles a “la comunidad LGBTQI+”, comenzando por la ley de matrimonio igualitario N° 26.618 del año 2010, que configuró una garantía de desarrollo progresivo del derecho a la no discriminación en cuanto al derecho de conformar una familia; siendo uno de sus principales efectos la regulación igualitaria de la co-maternidad y co-paternidad. Luego la ley de identidad de género, N° 26.743 del año 2012; y la ley de fertilización humana asistida, N° 26.862, del año 2013, la que posibilitó para las parejas conformadas por dos mujeres el proyecto de una familia con hijos. Pero entiende, que aún existe un vacío legislativo en el régimen de licencias y asignaciones que se traduce en un obstáculo para las familias diversas, y que la filiación se determina a través de la voluntad de ser madres con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico.

Funda su pretensión, e invoca los derechos y garantías contemplados por las normas constitucionales y convencionales.

Con fecha 05/04/2023 contesta informe ANSeS en los términos del art. 8º de la Ley 16.986. Se presente por sí y en representación del Estado Nacional. Explicita los motivos por los que considera inadecuada la vía elegida. En lo atinente a la pretensión principal, remarca que del relato de la propia amparista, se infiere que no se encuentra alcanzada por el Art. 177 referenciado en tanto el mismo establece que la licencia por maternidad, requiere ser madre gestante, es decir, encontrarse embarazada a los fines de su otorgamiento.

Sostiene que la inclusión de los términos “parto”, “nacimiento” y “descanso” en la norma transcrita indica que, aun cuando aquella este destinada a las mujeres, no abarca a todo su universo, sino que solo alcanza a las trabajadoras que atraviesan un embarazo, el alumbramiento y posterior puerperio, en caso de corresponder.

A mayor detalle, el legislador indica explícitamente que el goce de la licencia se origina como consecuencia de la ocurrencia del embarazo y el parto. Por consiguiente, una interpretación literal de las palabras contenidas en la ley implicaría que la “protección de la maternidad” a la que apunta el capítulo II, Título VII, de la Ley de Contrato de Trabajo, no incluye a quienes no cumplen el requisito de ser mujeres gestantes, excluyendo de dicho beneficio a la maternidad por subrogancia e incluso la adopción.

Entiende que ante la inexistencia del supuesto previsto en el art. 177 LCT, la actora tampoco se encuentra alcanzada por el Art. 11 de la Ley 24.714 y que pretender que otorgue la asignación prevista por el Art. 11 de la Ley 24.714 y proporcione una cobertura económica a la actora en virtud de la licencia contemplada en el Art. 177 LCT, es a las claras violatorio de la propia normativa que la misma actora invoca y compromete al interés público ya que se estaría excediendo las facultades y derechos que la propia Ley 24.714 y la Ley de Contrato de Trabajo reconocen.

Finalmente, remarca que no se pueden transpolar al derecho previsional los conceptos que han sido elaborados por la doctrina civil y que si la fuente de las obligaciones alimentarias deriva de la ley, el Estado cumple con sus responsabilidades cuando abona las prestaciones definidas en la legislación





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

sin que pueda invocarse lesión alguna al derecho de igualdad ante la ley y al principio de la no discriminación.

Resalta la legalidad y falta de arbitrariedad en su accionar y considera que existe una cuestión política no justiciable en tanto no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado, sino que, antes bien, es misión de los jueces, en cumplimiento de su ministerio, como órgano de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de aquéllos.

Requiere se rechace el planteo de inconstitucionalidad impetrado, opone la defensa de prescripción en los términos del art. 82 de la ley 18.037 y hace reserva del caso federal.

Doy por reproducidos los argumentos sobre los que cada una de las partes sustenta su postura, por razones de brevedad. Consentido el llamado de autos se encuentra la causa en estado de resolver en definitiva.

CONSIDERANDO;

I.- En cuanto a la procedencia de la vía intentada, cabe señalar que la viabilidad de la acción de amparo prevista por el art. 43 de la Constitución Nacional, según el texto de la reforma de 1994 se encuentra condicionada a la configuración de los siguientes presupuestos: a) que el acto de autoridad pública esté viciado de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; b) que no exista otro remedio judicial que permita obtener la protección del derecho o la garantía constitucional de que se tratare. En efecto, ahora sólo se requiere que no exista otra vía más idónea.

En el caso, la configuración de tales presupuestos; se torna evidente ante la magnitud de la limitación constitucional que se invoca, como un avasallamiento de los derechos que se intentan proteger y frente a la proximidad de la fecha probable de parto conforme certificado acompañado en autos.

Considero sobre el particular, que la acción rápida y expedita de amparo debe relacionarse inescindiblemente, con la situación fáctica traída a estudio, las circunstancias excepcionales, y urgentes existentes a la hora de introducir la acción y la continuidad y permanencia en el tiempo de los hechos generadores de la infracción jurídica invocada, la gravedad o irreparabilidad del daño alegado y la subsunción de dicho presupuesto, con los recaudos de admisibilidad y procedencia previstos en la Ley 16.988 y el 43 de la Constitución Nacional.

En efecto, si bien es cierto que se trata de un remedio de carácter excepcional, ya que, en principio, no puede sustituir las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la justicia, en este caso aparece de modo manifiesto un daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos judiciales o administrativos ordinarios, circunstancia que justifica a mi entender que se restablezca de inmediato y por esta vía el derecho de la amparista que involucra el derecho alimentario de que es él que en definitiva se encontraría restringido (Fallos 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208, entre otros).

En tales términos; queda, a mi juicio justificada la deducción de la vía excepcional intentada.

II .- La actora inicia demanda en procura de obtener un pronunciamiento judicial mediante el cual se condene a las accionadas a proceder al pago de la asignación por Maternidad contemplada en





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) y art 11 de la Ley N° 24.714, en su condición de madre no gestante.

De las constancias documentales aportadas, surge que la actora formalizó una Unión Convivencial integrada por personas del mismo sexo. Ello, en conjunción con las disposiciones del Título V —Filiación— del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y la nueva fuente de filiación denominada Voluntad Procreacional (Art. 562) impiden efectuar distinciones, y nos llevan a concluir **en primer lugar que J. B. V. resulta ser madre de la niña que se encuentra gestando su conviviente** (cf. arts. 402, 558, 562, 566, 570 Y Sgtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Destaca que la empresa, XXXXXXXX XX XXXXXXXXXXXX SRL S.R.L. le otorgó la “licencia por maternidad” como mujer no gestante, por el plazo de tres meses. Luego de presentar el “Formulario PS.2.55” firmado y sellado por su empleadora ante la ANSeS -para dar de alta el beneficio de asignación por maternidad-, el ente previsional, en día 28 de febrero de 2023, le rechaza el otorgamiento de dicha prestación, fundado en que la persona solicitante debe encontrarse embarazada, con invocación literal de la normativa legal prevista en el art. 177 de la Ley N° 20.744, el cual dispone que durante el período de licencia, la trabajadora conserva su puesto de trabajo y tiene derecho a percibir una suma equivalente a su remuneración bruta, que se denomina “asignación por maternidad”. Esta asignación no posee carácter remunerativo, sino que es una prestación de la Seguridad Social que atiende precisamente la contingencia de la maternidad.

III.- Merece especial énfasis destacar “ab initio” la decisión de neto corte progresista tomada por el empleador, (otorgar la licencia por maternidad a la madre no gestante). Ello resulta un hecho de avanzada en nuestra realidad del mercado laboral, donde numerosas madres que no cursaban el embarazo, han debido acudir a la justicia para que su derecho sea reconocido.

Sin embargo, esta loable decisión coloca en un limbo jurídico a la actora. Va de suyo que la mencionada actitud de avanzada jurídica, nunca puede redundar en un perjuicio de la actora, ya que no otorgarle la “asignación por maternidad” a la Sra. J. B. V. la privaría de ingresos durante el periodo que dure su “licencia”, produciéndose un claro y relevante perjuicio en la pareja y por ende a la niña por nacer, afectando el derecho superior del niño a contar con una protección social y económica debida.

El tema de estudio en el presente caso es si la actora en su carácter de madre no gestante, en goce de una licencia por maternidad frente a la llegada de su hija, le corresponde la respectiva asignación otorgada por ANSeS. Más aún, cuando en nuestro sistema legal el Régimen de Asignaciones Familiares es financiado (entre otras fuentes) por las contribuciones patronales, las cuales se seguirán efectuando durante el transcurso de la licencia otorgada.

No cabe hesitación alguna en cuanto a que la madre no gestante es madre, a todos los efectos jurídicos plenos, debiendo la ley brindarle los mismos derechos y exigirle las mismas obligaciones que a la progenitora gestante.

Priman en este caso la protección de la salud de la niña, su desarrollo físico y emocional y, por sobre todas las cosas, se debe brindar la garantía de seguridad económica familiar.

Esta mencionada seguridad económica es la que se ve afectada aquí, ya que el empleador con una visión progresista y de buena fe otorgó la licencia a la madre no gestante, pero al no habersele reconocido por parte de ANSeS la asignación consecuente, se priva a la pareja de un ingreso legítimo y





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

necesario para solventar gastos, justamente en un momento por demás sensible y vulnerable en la vida de cualquier persona.

La situación en estudio se inserta en un vacío normativo, no pudiendo los jueces soslayar una solución so pretexto de silencio de la ley, debiendo principalmente armonizar e integrar las normas con el resto del ordenamiento jurídico, con la finalidad de obtener una decisión justa y fundada (arts. 2 y 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Nos enfrentamos a un plexo normativo que aún no se ha adecuado ni integrado armoniosamente en su totalidad conforme a los derechos emergentes de la nueva legislación de identidad de género (Ley 26.743), de matrimonio igualitario (Ley 26.618), de la diversidad familiar y de las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 401 y sgtes., 509 y sgtes.; y 558 y siguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y Ley 26.862

Lo expuesto nos interpela como comunidad organizada, no pudiendo acudir a una ficción legal regresiva, para suplir ese vacío, sino que debemos recurrir a otras fuentes del derecho, como los tratados sobre Derechos Humanos, a la analogía y a los principios generales del derecho, teniendo siempre como norte la búsqueda de la protección de la salud y el bienestar del niño o niña, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida.

Si bien en el ámbito académico, doctrinario y jurisprudencial ya se están dando los avances necesarios para alcanzar soluciones que cubran de manera eficaz las nuevas necesidades de la sociedad, en materia de legislación de asignaciones el proceso de adaptación es paulatino y se encuentra en constante evolución. Ello ocasiona que en casos como el presente, nos encontremos frente a situaciones que aún no han sido efectivamente receptadas por la normativa vigente, y colocan a los afectados en una situación de desamparo en la cual sus derechos se encuentran vulnerados.

IV.-Puestos a ahondar en situaciones análogas vemos que puede equipararse este caso con las situaciones de adopción que encuentran basamento en las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación, toda vez que el art. 558 establece la igualdad de efectos para la filiación, sin distinguir los diferentes supuestos (por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida o por adopción), a lo que se suma que el mismo cuerpo legal en su art. 562, establece la voluntad procreacional como fuente de filiación, independientemente de quien haya aportado los gametos.

Los casos de adopción son por analogía, aquellos que pueden aplicarse y contemplan la protección del niño por parte de quienes no son gestantes, situación en la que se encuentra la accionante y que —al mismo tiempo en este caso— coincide con la que se otorga a la persona gestante.

Del análisis comparativo de los fundamentos para otorgar días de licencia a las mujeres que se hayan convertido en madres por adopción, vemos que no se vinculan únicamente al estado físico de la madre - por haber atravesado un parto-, sino también a los cuidados de su hijo o hija los primeros días de vida.

En el Fallo “Aquino” el Alto Tribunal (CSJN, Fallos: 327:3753) nos enseña que el principio de progresividad consiste en mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales, y es un principio arquitectónico del derecho internacional de los Derechos Humanos.

En base a lo expuesto la negativa a otorgar la asignación solicitada, fundada en la ausencia de regulación por una interpretación literal de la norma, se nos presenta como una respuesta arbitraria que implica el desplazamiento de los derechos de quienes integran la categoría de “madre no gestante” resultando ello discriminatorio e inconstitucional.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

El principio de progresividad o no regresión en materia de Seguridad Social es liminar en la estructura de su conformación, recepcionado por la CSJN, no solo como un principio arquitectónico del plexo normativo de los Derechos Humanos, sino también de nuestra propia Carta Magna y los Tratados Internacionales a los cuales nuestro país ha adherido

En ese orden de ideas el Alto Tribunal en “Garófalo, Pascual S/Invalidez”, establece que “...dado que la Seguridad Social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, **el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela que los jueces deben juzgar las peticiones vinculadas con la materia previsional, más aun, en caso de duda debe estarse a la postura que concede y no a la que deniega la prestación jubilatoria** (fallos 280:75; 294:94; 303:857, entre otros).

No se trata de otorgar derechos, por el sólo hecho de ampliarlos, nos encontramos aquí con un caso que se identifica sólidamente en contra de una postura rígida de aplicación e interpretación literal y no flexible, de una única pauta para la resolución de un caso concreto, siendo lo más grave de ello que como corolario se obtendría por resultado la negación de un derecho y el perjuicio económico de una familia, con una niña recién nacida, lo cual se torna evidentemente regresivo.

Teniendo en cuenta que una interpretación en contrario perjudica en forma cierta no solo a la actora, y a la madre gestante sino que por sobre todas las cosas al interés superior de la niña por nacer, como magistrados es nuestro deber evaluar las consecuencias sociales de la decisiones que se adopten, por ello frente a nuevas contingencias de la vida, nos vemos impelidos a encontrar una coherencia de análisis, no solo con la normativa sino con toda la hermenéutica en la especie, como ser la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, debiendo apartarnos de la estricta interpretación legal, cuando se vislumbra el conflicto con los principios que formulan el sistema en su conjunto, para brindar así una respuesta más acorde al planteo en estudio.

V.-Se torna imprescindible a esta altura reflexionar acerca de la asimetría entre sexos en el modo de regular las licencias y la distribución de las tareas de cuidado durante el crecimiento de los infantes y como se debe compatibilizar el ámbito laboral y familiar para los progenitores.

No resulta sujeto a debate que frente a la laguna legal existente con respecto a las licencias de las personas no gestantes con voluntad procreacional, se precisa como sociedad, la creación de un sistema integral de políticas públicas con perspectiva de género, y basado en el interés superior del niño, garantizándose así los derechos de crianza, cuidado, guarda y asistencia, conjuntamente con el derecho a trabajar en condiciones de mayor igualdad.

El interés superior del niño se traduce en aquella contribución al desarrollo infantil mediante licencias que apunten a fortalecer los vínculos familiares e incentiven el cuidado compartido, así como la estimulación y contención durante el primer año de vida, tendiendo a la igualación de los derechos y responsabilidades de ambos progenitores, sobre todo en el ámbito laboral.

Existen nuevos modelos familiares, que se han ido estableciendo a partir de la evolución social, pero donde la cobertura jurídica no se desarrolla a la misma velocidad, produciéndose los vacíos legales, como el del caso en tratamiento, por lo que considero que no solo la normativa legal debe incorporar los derechos de la madre no gestante. Ciertamente debe producirse la ampliación de la licencia por paternidad, a fin de evitar la discriminación laboral por género.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

Esto demuestra un cambio cultural y de los modelos de crianza que debe ser receptado por el derecho. Los nuevos esquemas familiares amplían los derechos de niños y adolescentes, así como su interés superior proyectándolo a la madre de un hijo no gestado en el propio vientre.

Se encuentran en juego aquí tanto los citados derechos de la Sra. J. B. V., como – fundamentalmente- los de su hija, que ya fueran establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), acogida por nuestra Constitución Nacional en su art 75 inc. 22, que jerarquiza constitucionalmente los denominados derechos del niño y del adolescente. Este instrumento internacional de jerarquía constitucional despliega su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico.

De la evolución social, receptada en la jurisprudencia donde se ha resuelto favorablemente sobre la materia en análisis, se advierte la necesidad de modificar los plazos y supuestos de las licencias tradicionales, impulsando responsabilidades familiares compartidas, en donde la integración plena de ambos componentes de la pareja a la actividad productiva se vea respetada, debiendo ser los órganos legislativos y administrativos quienes deben receptar los nuevos paradigmas de cuidado.

VI.- Es menester destacar que la Sala II de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social en el caso "Reynoso, Alicia Mabel" puso de manifiesto la importancia de la perspectiva de género en el otorgamiento de las prestaciones, para casos como el presente.

Resulta sumamente valioso el enfoque liminar dado en "N G M C/ GCBA S/Medida Cautelar Autónoma", Expte 35690 del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de CABA , donde se destaca que la normativa que hace referencia a la licencia por maternidad no realiza distinción alguna entre gestante y no gestante, y que en dicho caso nos encontramos ante una pareja entre dos mujeres donde se ha decidido la maternidad a través de la técnica de reproducción humana asistida. No reconocerle a ambas el carácter de madres, significaría otorgar un trato discriminatorio a una de ellas ya que ninguna se reconoce como una persona de género masculino.

Agrega el fallo en su punto VIII.- "Que asentado ello, es dable indicar que en la presente causa el debate se centrará en determinar si en el caso de un matrimonio compuesto por dos mujeres, la madre no gestante tiene derecho a gozar de la licencia por maternidad. Para responder a ello deberá ponderarse cuál es el sentido y alcance desde la licencia por maternidad. En referencia a aquello el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento indicó que "[l]as licencias maternales, paternales y familiares forman parte del conjunto de derechos que tienen los trabajadores y trabajadoras en la Argentina, y deben garantizar el derecho de todos los niños y niñas de estar acompañados por su madre y padre en distintos momentos de su vida". Ello, primer lugar, "[...] por su potencial contribución al desarrollo infantil", en segundo lugar por ser "[...] fundamentales por su sentido de equidad, [ya que] pueden contribuir a revertir la importante discriminación por género que persiste en el mercado laboral [...]" y en tercer lugar, por ser "[...] un ejemplo de las políticas que permitirían una mejor conciliación de la vida productiva con la reproductiva."

Continúa el fallo citado estableciendo que "...Los niños como sujetos inmersos dentro de un sistema de derechos humanos tienen para sí los mismos derechos y garantías de que gozan los adultos, pero además -por su condición de personas en desarrollo-, disfrutan de prerrogativas especiales normadas por la CIDN. En tal sentido, el derecho constitucional argentino se ha nutrido de un haz de garantías proveniente del "derecho internacional de derechos humanos",





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

incorporando un nuevo paradigma que implica consolidar la doctrina integral de protección de los más pequeños. Es así, que resulta un principio supremo velar por el interés superior del niño.

“...Siguiendo este orden de ideas, es dable destacar que numerosos tratados internacionales se encargan de dar protección al vínculo familiar, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer.”

Concluye la jurisprudencia con el razonamiento de que “...la licencia por maternidad no se vincula solamente a la gestación, y que -además- debe ser interpretada armónicamente con los nuevos derechos de parentalidad, [a lo que debo agregar de maternidad] que no distinguen el género ya que el matrimonio igualitario fue reconocido por la ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 y por el art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nación atento que las normas nacionales e internacionales citadas garantizan a la Sra. N. el derecho a gozar de la licencia solicitada, sin encontrar un impedimento normativo alguno que fundamente una solución diferente.”

En estudio también se vinculan numerosos antecedentes que resultan referentes en la materia “...en cuanto al vacío legal respecto a la madre o padre "no gestante" (B. YA. I. O. S/ Materia A Categorizar (Declaración De Adoptabilidad del Juzgado de Familia N° 5, Mar del Plata de fecha 15 de julio de 2015 y la causa i (M. M. C. C/ Gcba S/ Amparo " en trámite ante el Juzgado CCAyT N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 08 de agosto 2018. También, por caso en la Provincia de Río Negro fue otorgada mediante resolución del Ministerio de Educación y Derechos Humanos una licencia por maternidad a una docente no gestante, con fecha 2 de mayo de 2018).” (fallo cit.), debiendo agregar los fallos “Trinks, Julieta C/PEN S/Amparo y Sum” y “Vattuone, Sylvia C/ANSeS S/Amparos y Sum.” De los Juzgados N°3 y N°7, respectivamente, de este Fuero.

De todo lo reseñado se observa que la licencia y asignación por maternidad no tiene en miras únicamente a la mujer en razón del parto, sino que resulta ser para la madre gestante o no, y en el interés superior del niño o niña así como su derecho a poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico.

Un resultado adverso da de lleno contra los principios de progresividad y no regresividad de los derechos de la Seguridad Social.

VII.- En autos “Pasarín, Y. B. C/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI) s/Medida Autosatisfactiva”, en trámite por ante la Justicia Federal de La Plata, los magistrados encauzaron las acciones bajo el precepto de que los trámites por vías expeditivas buscan evitar que el rigor de las formas puedan conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional y se le hizo lugar a la medida autosatisfactiva iniciada por la actora, ordenándose a la demandada que otorgue la licencia por maternidad solicitada por el plazo de setenta días, en su carácter de madre no gestante.

En dicha causa, la actora había contraído matrimonio con una persona de su mismo sexo y esperaban un hijo. El tribunal explicó que el rechazo a la solicitud de licencia por maternidad de la actora, fundado en la ausencia de regulación, se presenta como una respuesta arbitraria que implica el desplazamiento de los derechos de quienes integran la categoría de “madre no gestante” que resulta prima facie discriminatorio y, por ende, inconstitucional.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

Agregan los magistrados que “La Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad ante la ley en su artículo 16, derecho que se encuentra además reconocido en los instrumentos internacionales receptados en el artículo 75, inciso 22, que gozan de igual jerarquía. Así, dicho principio se estatuye en el art. II la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 2.1 y 2.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 2 a 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los arts. 2, 3 y 5 a 16 de Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer y el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En conclusión, del detenido estudio de la normativa analógica, análisis doctrinarios y los noveles fallos en la materia aquí receptados, todo ello deviene en la misma solución, que deslegitima y desvirtúa el argumento de la demandada referido a que la literalidad de la legislación aplicable sólo otorga protección al personal gestante o al acto de gestación, y que -en caso de otorgarse- se compromete el interés público.

VIII.-De lo hasta aquí expuesto, y a modo de corolario, se desprende que el derecho a formar una familia es amplio, y no existe un único tipo de familia, sino tantos como las personas puedan y quieran construir en parejas o solas y el Estado debe adecuar el plexo normativo, sin reducir los parámetros de protección de los derechos vigentes, adoptando medidas legislativas y administrativas que acompañen la evolución de los estándares legales ya reconocidos, como por ejemplo en la Ley Nº 26.743 y Nº 26.618.

Como miembros de la comunidad jurídica debemos exhortar a las autoridades administrativas correspondientes, así como a los órganos legislativos a realizar una actualización normativa que las nuevas realidades parentales y maternas ameritan, a la luz del necesario debate sobre la situación del componente de la pareja no gestante (ya sea hombre, mujer o de género neutro) y la necesaria ampliación de su licencia.

Se deben sancionar modelos que promuevan que las responsabilidades familiares sean compartidas, modificando plazos de las licencias tradicionales a fin de fomentar la plena integración de las gestantes a la actividad económica productiva, poniendo de resalto las nuevas y diversas configuraciones familiares y filiatorias que han adquirido reconocimiento legal.

Es evidente que se precisa el dictado de una nueva ley nacional de licencias y asignaciones familiares que facilite la inserción de las mujeres en el mercado laboral con una mejor división de responsabilidades y evite una “discriminación inversa” para el componente masculino, o femenino no gestante de la pareja.

Así se ha hecho, por ejemplo, en el Convenio Colectivo de Trabajo del Poder Judicial de la CABA aprobado por Resolución de Presidencia Nº 1259/15 que constituye una normativa que ha incorporado reformas que contemplan las nuevas realidades de filiación y conformación familiar, donde se reconoce una licencia de 120 días corridos por maternidad, por guarda y por adopción, con independencia de la conformación familiar y del sexo del trabajador adoptante, además -y fundamental- licencias de 60 días -entre otras- por paternidad o comaternidad, siendo su finalidad el cuidado, la crianza y atención plena dedicada al infante en sus primeros momentos de vida.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 10

Sin producirse la equiparación total de las licencias, se plasma allí una sana ampliación de los días de licencia por nacimiento, a favor del progenitor no gestante.

Así las cosas, de conformidad con las consideraciones expuestas, citas legales y jurisprudencia invocada, corresponde hacer lugar a la demanda de amparo incoada y conceder la asignación por maternidad petitionada, ordenando a la demandada a que otorgue la misma a la Sra. J. B. V., desde la fecha de inicio de licencia concedida por el empleador.

IX.- Las **costas** del proceso las impongo a cargo de la demandada vencida de conformidad con el art. 14 de la ley 16986.

X.- Los honorarios los regularé teniendo en cuenta las pautas generales de apreciación de la labor profesional brindadas por la Ley Nº 27.423.

Por ello, **FALLO:** 1) Hacer lugar a la demanda de amparo incoada por **J. B. V.** y ordenar a la demandada que le otorgue la asignación por maternidad contemplada por el artículo 177 de la ley Nº 20.744, y en el Art. 11 de la ley Nº 24.714, desde la fecha de inicio de la licencia concedida por el empleador; 2) Costas a la vencida (cfr art. 14 de la ley 16.986); 3) Regulo los honorarios de la dirección letrada de la parte actora en la cantidad total de DIEZ (10) UMAs., que al día de la fecha equivalen a la suma de PESOS CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS TREINTA CON 0/100 (\$149.330,00) – conf. Ac. 09/2023 C.S.J.N. -monto que no incluye el I.V.A. y el cual deberá adicionarse en caso de corresponder- En cuanto a los honorarios de la dirección letrada de la parte demandada, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 2 de la ley 27.423.

Protocolícese, notifíquese a las partes y al Sr. Representante del Ministerio Público en sus domicilios electrónicos y, oportunamente, archívese.

EZEQUIEL PEREZ NAMI
JUEZ FEDERAL SUBROGANTE

En el día de la fecha notifiqué a las partes y a la Sra. Fiscal en sus correspondientes domicilios electrónicos. Conste.

MARIA DE LOS ANGELES SAPIN
SECRETARIA

