

Ordenan otorgar una asignación por maternidad a una madre no gestante



La reciente sentencia emitida por la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social ha generado un importante precedente en materia de asignaciones por maternidad en Argentina. En el caso de B. V. J. c/ ANSES, el tribunal confirmó la sentencia que ordena a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) otorgar una asignación por maternidad a una madre no gestante.

El fallo se basa en diversos fundamentos legales y principios que han sido desarrollados a lo largo del proceso. En primer lugar, se destaca la importancia de realizar una interpretación dinámica y armónica de las normas aplicables, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad y el reconocimiento de la diversidad familiar.

En este sentido, se resalta que las asignaciones familiares tienen como objetivo proteger el núcleo familiar y garantizar la protección integral de la familia, tal como consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Por lo tanto, resulta necesario revisar normas anacrónicas que no se ajustan a la realidad actual de las relaciones familiares y que limitan el acceso a beneficios como la asignación por maternidad.

Asimismo, el fallo enfatiza que la asignación por maternidad no se limita únicamente al proceso de embarazo, parto y postparto, sino que también tiene como finalidad proteger el interés superior del niño y promover el desarrollo infantil. En este sentido, se destaca la importancia de fortalecer los vínculos familiares y fomentar el cuidado compartido, aspectos que no deben estar condicionados únicamente a la condición de madre gestante.

Fallo completo:

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los días del mes de junio de 2023, reunida la Sala Primera de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos autos, se procede a votar en el siguiente orden:

La Dra. Victoria Pérez Tognola dijo:

I.- Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por la A.N.Se.S. contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo incoada por J. B. V. y, en consecuencia, ordenó a la accionada otorgar la asignación por maternidad contemplada por el artículo 177 de la ley N° 20.744, y en el Art. 11 de la ley N° 24.714, desde la fecha de inicio de la licencia concedida por el empleador, impuso las costas a la vencida y reguló honorarios a la dirección letrada de la parte actora. Para así- decidir, el sentenciante consideró, en primer lugar, procedente la vía del amparo. En segundo término, ante el vacío legal y considerando 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- y que -Primero 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-, realizó una interpretación armónica de todo el plexo normativo y equiparando el caso a una situación de adopción, aplicó por analogía los criterios establecidos para otorgar días de licencia a las mujeres que se hayan convertido en madres por adopción ya que los fundamentos para ello 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.

II.- La recurrente afirma que no es cierto que exista un vacío legal con respecto a las licencias de las personas no gestantes correspondiendo -en todo caso- efectuar un análisis armonioso de la normativa vigente sin forzar sus alcances.

Destaca que el objeto de la acción es que se condene a su parte al pago de la asignación familiar por maternidad contemplada en el art 11 de la ley 24.714 a la madre no gestante y no el otorgamiento de la licencia por maternidad prevista en el art.177 de la LCT que

fuera otorgada por su empleador.

Afirma que el hecho de que el empleador de la actora le haya otorgado licencia, no puede significar una condena a su parte de abonar una prestación no contemplada por la norma y con la consiguiente duplicidad en el pago que ello importa (por cuanto la misma ya le ha sido abonada la madre gestante). Asimismo, señala que la decisión aquí- recurrida obliga a la Administración a incurrir en un accionar contrario a la normativa vigente en desmedro de su carácter de administrador de los fondos de la Seguridad Social, y que no se desconoce que la madre no gestante es madre y tampoco se cuestiona el otorgamiento de la licencia por maternidad por parte del empleador sino la improcedencia de su pago a cargo de la ANSES por no ajustarse al sistema legal de Asignaciones Familiares vigente, al cual además del ingreso de las cotizaciones patronales, resulta necesario cumplir todos los requisitos para su goce.

Hace hincapié en que las normas involucradas apuntan a la protección de la salud de la mujer trabajadora que atravesó el embarazo, alumbramiento y posterior puerperio, y no a los derechos del menor recién nacido consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que indica que el legislador expresamente consideró que el goce de la licencia por maternidad se origina como consecuencia de la ocurrencia del embarazo y el parto y no incluye a quienes no cumplen el requisito de ser mujeres gestantes. Por último, se agravia de la imposición de costas a su parte y apela por altos los honorarios regulados a la dirección letrada de su contraria.

III.- Respecto de la cuestión traída a conocimiento de esta alzada, comparto el dictamen del Sr. Fiscal General N° 148/2023 del 31.5.2023, adjunto a la presente, en cuanto allí- destaca la lectura evolutiva que corresponde darle a las normas en juego.

Tal como lo recuerda el Sr.Fiscal, la CSJN sostuvo que -Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción- (Fallos: 343:1037).

De igual modo cabe aquí- también recordar el voto del Dr. Rosatti, en el precedente *Etcheverry*, en el que el Alto Tribunal tuvo ocasión de analizar la constitucionalidad de otro artículo de este capítulo II *De la protección de la maternidad*, del Título VII *Trabajo de Mujeres*, de la Ley 20.744 en el que, en idéntico sentido, sostuvo que *Admitir la formulación legal del art. 179 de la LCT sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distintos al actual, como una limitación o impedimento -basado en el sexo y/o en el género importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por la Corte al señalar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción-* (Fallos: 344:3011).

Es por ello por lo que postulo para dirimir la presente causa -y ante la sanción de normas tales como Ley 26.743 de identidad de género, la protección de la diversidad familiar y las nuevas técnicas reproductivas, contempladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, entre otras-, realizar una interpretación dinámica y armónica o sistemática de todo el plexo normativo aplicable al caso.

IV.- Ahora bien, la asignación por maternidad pretendida consiste en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir de su empleo, que se abonara durante el periodo de licencia legal correspondiente (art.11, Ley 24.714).

Esta asignación, al igual que el resto de las asignaciones familiares, se encuentra excluida del concepto de remuneración determinado en el art. 7 de la Ley 24.241, puesto que se trata de un pago proveniente de un subsistema de la seguridad social, aplicable a todos los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia (salvo el personal doméstico), y que, en el caso de los trabajadores en actividad, se financia con una contribución especial de los empleadores y de los obligados al pago de las prestaciones dinerarias previstas en la Ley 24.557.

El objetivo de estas prestaciones es proteger el núcleo familiar de la persona trabajadora, siendo la familia la que cuenta con especial protección en el derecho de la seguridad social, tomando la manda constitucional en cuanto consagra la protección integral de la familia (art. 14 bis de la C.N.) y, por lo tanto, el Estado tiene la obligación de cuidar que se cumplan los preceptos constitucionales. En este sentido la Seguridad Social siempre ha sido una rama del derecho argentino que ha estado a la vanguardia en la protección de los derechos sociales de las personas, en la protección de la familia y en el resguardo de las cuestiones de género, llegando incluso a crear institutos que no estaban contemplados en el Código Civil, o tratando situaciones especiales, hasta entonces ignoradas por el legislador, o atenuando mediante la jurisprudencia, la rigidez de algunas normas (v.gr. permitiendo que frente a las relaciones de concubinato, que no eran generadoras de derecho en el ámbito civil, sí- lo comenzaran a ser en el Derecho de la Seguridad Social o el reconocimiento al derecho a pensión del conviviente de igual sexo con anterioridad a la sanción del matrimonio igualitario).

Es por ello, que considero que, frente a normas que han quedado anacrónicas ante la evolución de la sociedad, como es el caso de lo legislado por la L.C.T.-en el título *Trabajo de Mujeres*-, en materia de responsabilidades familiares, a la hora de pautar un

reparto más igualitario del trabajo reproductivo, otorgándole licencia únicamente a la madre gestante, sin contemplar otras realidades ni atender al cambio de paradigma en la conformación actual de las relaciones de familia, es deber de los jueces revisar la razonabilidad de esta limitación y ante el planteo de cuestiones como la de autos, hacer lugar a lo solicitado.

Así- lo pienso pues no se trata únicamente de proteger la salud de la madre trabajadora gestante sino también atender el interés superior del niño/a y propender a la protección integral de la familia.

La Sala III de nuestro fuero se pronunció en este sentido, señalando que -el otorgamiento de la licencia por maternidad sin dudas busca proteger la salud de la madre gestante, pero también tiene directa vinculación con la salud y el bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida. En tal sentido, la licencia por maternidad y la consecuente asignación familiar se constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres.

Por tal razón, es que a los fines de resolver, debe contemplarse, necesariamente, el interés superior del niño, que se encuentra garantizado en la "Convención sobre los Derechos del Niño, revistiendo jerarquía constitucional dicho convenio en los términos del art 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. -Esta "protección", conformada por las asignaciones prenatal, por maternidad y por hijo responde al mandato del art. 75, inc.23, de la CN cuando establece que corresponde al Congreso -dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia-.

También atiende a lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. El objetivo del instituto es proteger a la mujer trabajadora frente a una contingencia tal como el embarazo y/o el posterior nacimiento de un hijo. Hay momentos trascendentes en la vida, en el que la pausa en la actividad resulta absolutamente necesaria para hacerse cargo de circunstancias especiales de índole familiar, como lo es el nacimiento de un hijo, no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no. " (Sentencia Interlocutoria del 12 /5/2023, en el Expte. N° 1240/2022, "Vattuone Sylvia Andrea c/ Anses s/Amparos y Sumarios").

A análogas conclusiones llegaron otras jurisdicciones ante planteos sustancialmente similares al de autos en los que se hizo lugar al otorgamiento de la licencia por maternidad pretendida por la madre no gestante. En dicho sentido podemos citar pronunciamientos del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en autos "M.M.C. c/ GCBA s/ amparo" Expte. 21864/2018 y en "N., G. N. c/ GCBA s/ Medida Cautelar Autónoma", Expte. 35690/2018-0; "Diaz Reck, M c/ ARBA s/ Medida Autosatisfactiva", causa N° 50.832 y 51432 -"G, M c/ Provincia de Buenos Aires (Policia) s/Medida Cautelar Autónoma o Anticipada" Otros Juicios" de la Justicia en lo Contencioso Administrativo de La Plata, entre otros. Casos, éstos, donde se tuvo una especial mirada a fin de identificar situaciones de discriminación prohibidas en normas que "prima facie" parecen neutrales pero cuya aplicación llevan a resultados discriminatorios respecto a las madres no gestantes; y en los que se señaló que la licencia no se vincula solamente con el proceso de embarazo, parto y postparto, sino también al interés superior del niño contribuyendo al desarrollo infantil, fortaleciendo los vínculos familiares e incentivando el cuidado compartido.

De igual modo, creo que corresponde tener en cuenta los diversos proyectos de ley sobre licencias parentales que cuentan con trámite parlamentario, en todos los cuales se amplía y reconoce el derecho a la licencia para las personas no gestantes; incorporando, además, el reconocimiento de otras identidades de género a la licencia. Existiendo, a nivel provincial, casos de "licencias familiares por nacimiento" - tal el caso de Tierra del Fuego-; y en la legislación y jurisprudencia comparada encontramos múltiples ejemplos de licencias parentales compartidas o flexibles y ampliadas.

En suma, por todo lo expuesto, de prosperar mi voto, considero que corresponde desestimar los agravios de la recurrente y confirmar la sentencia apelada en cuanto ordena otorgar la asignación por maternidad solicitada.

Asimismo, estimo que corresponde rechazar los agravios referentes a la imposición de costas a su parte, atento lo expresamente dispuesto por el art. 14 de la Ley 16.986 y la doctrina del Alto Tribunal in re "De la Horra", debiendo confirmarse también la regulación de honorarios dispuesta por el Sr. Juez -a quo-, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 16, 19 y cc. de la Ley 27.423.

En tal sentido, las costas de Alzada deberán imponerse a la demandada vencida (conf. art. 14 de la ley 16.986), regulándose honorarios a la dirección letrada de la accionante en el 30% de lo regulado en la instancia de grado.

La Dra. Adriana Cammarata dijo:

Por compartir la solución propuesta, adhiero al voto de mi colega preopinante.

La Dra. Viviana Piñeiro dijo:

I.- Llegan las actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia por la que el magistrado de grado hizo lugar de amparo incoado por J. B. V., en su calidad de madre no gestante y ordenó a la Administración Nacional de la

Seguridad Social a otorgarle la asignación por maternidad contemplada por el art. 11 de la ley N° 24.714. Desde la fecha de inicio de la licencia concedida por el empleador y con costas a su cargo.

Para decidir como lo hizo, el a quo destacó la decisión de la empresa Pepsico Argentina SRL en la que la amparista trabaja en relación de dependencia, en cuanto le otorgó licencia como madre no gestante por tres meses. Luego, reseñó los avances legislativos que se produjeron en nuestro país en materia de familia y no discriminación y consideró que ante la existencia de un vacío legal, la solución de la controversia debía buscarse en la analogía, los principios de progresividad, los propios del derecho de la Seguridad Social y la jurisprudencia. Sobre la base de esos elementos y luego de señalar que la situación de la amparista es similar a la de una adoptante, concluyó que la aplicación literal de las normas en crisis lesiona el interés superior del niño amparado por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), acogida por nuestra Constitución Nacional en su art 75 inc. 22.

La recurrente, por su lado, afirma que no es cierto que exista una laguna jurídica y advierte que la decisión de neto corte progresista tomada por el empleador, referida en la sentencia, mal puede generar una condena a abonar una prestación no contemplada por la legislación nacional. Con la consiguiente duplicidad en el pago que ello importa (por cuanto ya le es abonada a la gestante) y en desmedro de su carácter de administradora de los fondos de la Seguridad Social. Estima errónea la conclusión a la que arriba el juez de grado en el sentido de que el no otorgamiento de la asignación pretendida lesiona los derechos de la recién nacida consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Pone de resalto que el art. 177 de la LCT es una norma principalmente protectora de las madres gestantes y no del hijo, mientras que las no gestantes, por su condición biológica, no se encuentran alcanzadas por la prohibición legal que establece la legislación laboral, asimilándose su situación a la de cualquier otro progenitor no gestante. A su juicio, la decisión compromete al interés público ya que habilita a que otros progenitores no gestantes se sientan con derecho a solicitar también la asignación. Señala que el magistrado no hace una correcta interpretación del principio de igualdad y modifica el alcance de la norma, excediendo sus facultades judiciales y entrometiéndose en la órbita del Poder Legislativo que es el único que cuenta con la facultad de sancionar las leyes que instituyen prestaciones de seguridad social y determinar -según cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia- cuáles son los requisitos para acceder a aquéllas, en la medida en que la toma de decisión depende de una apreciación de la realidad por parte del Congreso, que los tribunales no pueden revisar. Por último, se queja de la imposición de costas y de la regulación de honorarios, por elevada.

II.-Procede analizar, entonces, si corresponde que la Administración Nacional de la Social abone a la accionante la asignación por maternidad contemplada por los arts.177 de la LCT y 11 de la ley 26.417, pese a que su situación como madre no gestante la excluye del universo de mujeres alcanzadas por la prohibición de trabajar establecida en la norma laboral.

El beneficio instituido por los artículos antes indicados, se encuentra inscripto en el ámbito del derecho a la seguridad social, motivo por el que ante la posible afectación de un derecho humano, corresponde analizar la razonabilidad de las normas en crisis, atendiendo a las especiales circunstancias de la causa. Es decir, ponderando que la actora se encuentra ya gozando de una licencia sin goce de haberes otorgada por el empleador, mientras que su conviviente, madre gestante, percibe en la actualidad la asignación por maternidad al haber recientemente dado a luz a una niña.

Con ese propósito, cabe recordar que la Seguridad Social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales y que el apego excesivo al texto de las normas, sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la extrema cautela con que deben juzgarse las peticiones en esta materia (conf. precedente â??Melo, Miguel Ángelâ?? publicado en Fallos: 323:2235 y disidencia del juez Rosatti en la causa â??Rapisardiâ?? publicada en Fallos: 341:961).

En efecto, el derecho a la seguridad social se encuentra plasmado como derecho humano en el art. 14 bis. de nuestra Constitución que establece que -El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: -la protección integral de la familia;- la compensación económica familiar-. Asimismo, se encuentra ampliamente reconocido como tal en las normas internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art.9); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.9).

En el ámbito de la OIT, el preámbulo de la Recomendación N° 202 sobre los pisos de protección social (2012) comienza reafirmando que -el derecho a la seguridad social es un derecho humano-.

En cumplimiento del mandato que resulta de dichos instrumentos, la ley 24.714 instituyó con alcance nacional y obligatorio un sub sistema contributivo de asignaciones familiares, fundado en los principios de reparto; de aplicación a los trabajadores que, como la actora, presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada. En el art. 11 establece que -La asignación por maternidad consistirá en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abonará durante el período de licencia legal correspondiente-. Es decir, durante los cuarenta y cinco días anteriores y

posteriores al parto. (conf. art. 177 de la LCT).

En este orden de cosas, es evidente que la prestación en juego se conecta con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la "protección integral de la familia" y tutela "los atributos de la familia", entendida como una "sociedad natural organizada" sin discriminar sobre su forma de constitución, protegiendo además la maternidad la infancia, y al menor de edad- (Jaureguierry, Luis Marí-a, El artículo nuevo (constitucionalismo social), Castellví-, Santa Fe, 1957, pág. 139).

En los tiempos que corren es evidente que la "familia" constitucionalmente aludida, conforme a una interpretación dinámica del texto constitucional, no es solo la llamada "familia tradicional" sino que abarca asimismo a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales (conf. Fallos:312:1681; 340:1154, disidencia del juez Rosatti). De la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprenden derechos y responsabilidades inherentes -entre otros tópicos- al cuidado de los hijos menores de edad, pautas que también reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, vigentes con el más alto rango jurídico conforme al reenvío dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. En efecto, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los estados firmantes reconocen que "se 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". Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para "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" (artículo 11, inciso 2). Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley 23.451 y con jerarquía supra legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, al referir a los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

Así-, no caben dudas de que la recta exégesis de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia requiere la específica ponderación del principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social (Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I B, pág. 219). En este aspecto, la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta "con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar" (artículo 11, inciso 2).

En idéntica perspectiva, los derechos reconocidos en la legislación "constituyen una proyección de la tutela preferencial prevista en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, donde se establece como potestad del Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supra legales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género. Ello quiere decir que "las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (cfr. arg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fornerón e hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 50)- (Fallos: 343:1037, voto del juez Rosatti).

En ese orden, no puede admitirse una formulación legal que establezca límites o impedimentos basados en el sexo y/o en el género ya que ello importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por la Corte al señalar que "las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción" (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

Ante las nuevas realidades familiares, no solo de las familias conformadas por parejas igualitarias, sino también por parejas heterosexuales que comparten más equitativamente las tareas de cuidado, urge que el legislador modifique el régimen actual tanto de licencias por maternidad como parentales y las asignaciones familiares respectivas. En efecto, si bien los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y que sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), la consideración de los recursos disponibles de cada Estado (conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer más y mejores prestaciones destinadas a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos. Es el Congreso el que debe sopesar los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de los beneficios a reconocer y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos que pueden ser en definitiva, negativos para la democracia.

III.-Ahora bien, no puedo dejar de considerar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2º y 3º, Y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos del Niño -artº 2º- y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En particular, en esta última se establece en el art. 11. 2 que -Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. Asimismo en el art.13 establece que Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho a prestaciones familiares.

En este sentido, el Superior Tribunal ha resuelto reiteradamente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el sexo o en el género o en cualquier otra condición particular corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (confr. Causa *“Hooft”* citada, Fallos: 327:5118, considerando 4º y sus citas). Después de señalar la inversión del onus probandi que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella solo puede ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que ha intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica *“adecuación”* a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia in re *“Hooft”*, considerando 6º). Es evidente, entonces, que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí- se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características la Corte ha indicado en el precedente citado. Por lo dicho, la demandada no puede limitarse a alegar que la exigencia de ser madre gestante es razonable y resulta adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debe acreditar que existen fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requieren que una sola de las integrantes de la familia perciba la asignación por maternidad. Debe, disipar toda duda sobre la existencia de medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para la interesada (sentencia in re: *“Gottschau”* Fallos 329:2986, considerando 61).

Precisado lo anterior, es importante advertir que el art. 177 de la LCT tiene como objetivo principal el cuidado del período final del embarazo, la preparación para el alumbramiento, la recuperación de la mujer y el acompañamiento, cuidado y afianzamiento del vínculo entre la madre parental y el recién nacido. La disposición contempla una contingencia estrictamente biológica. Sin lugar a dudas, las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el solo hecho del embarazo o de la baja por maternidad. Esa

protección no solo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo con relación a los hombres, sino que también les garantiza el mantenimiento de ingresos vitales para el bienestar de toda la familia.

En este orden de cosas, cabe destacar que ambas madres tienen asegurada la estabilidad laboral y el acompañamiento, cuidado y afianzamiento del vínculo con la recién nacida durante los primeros tres meses de vida ya que las dos están gozando de licencia laboral. Por lo tanto, en ese aspecto y pese a que la norma contempla exclusivamente a las madres gestantes, en el caso concreto, no genera una lesión a los derechos de las trabajadoras relacionadas con dichos objetivos protectores, tanto de ellas como de la niña que el legislador también procura proteger.

De este modo, considero que procede limitar el test de razonabilidad a la garantía económica que tanto el mencionado art. 177 de la LCT como el art. 11 de la ley 24.714 brindan a la madre gestante y que consiste en la percepción de una suma igual a la retribución que corresponde al período de licencia legal.

La recurrente sostiene que lo decidido en la anterior instancia constituye una interpretación errada del principio de igualdad y de este modo, lesiona los derechos de los demás beneficiarios del sistema al crear obligaciones de cobertura no previstas por el legislador, sin el debido tratamiento en el Congreso. Por otro lado, asevera que no se encuentran violentados los derechos de la niña, ya que está pagando la asignación a la madre gestante.

Considero que le asiste razón en la queja. En efecto, no llego a la convicción de que la catalogación concretada en la norma produzca un efecto discriminatorio en el particular, ya que el propósito del legislador ha sido proteger a la gestante y en la familia conformada por J. y Sofía, dicha protección se ha concretado. Sin embargo, es cierto que la no percepción de la asignación por J. genera un impacto negativo en la economía familiar ya que, como madre no gestante, no percibe la prestación sustitutiva del salario. Este efecto económico negativo para la madre, la familia y la niña cuyos derechos el Estado debe garantizar, es el que hace necesario determinar si le asiste razón a la Administración Nacional cuando sostiene que como garante de la seguridad social y gestora del sistema de asignaciones familiares no debe hacerse cargo de la protección económica familiar, con la extensión que se pretende.

IV.-En este punto, es necesario ponderar que la ley 24.714 crea un sistema contributivo de reparto asistido que se organiza sobre la base de un mecanismo de solidaridad en el que el monto de las prestaciones se relaciona con las características del fondo común que las financia. De este modo, las prestaciones que el sistema otorga a una familia no pueden ser distintas de las que otorga a otra de idéntica composición, homosexual o heterosexual, ya que justamente se define como solidaridad a la determinación firme y perseverante de empeñarse en el bien común. Es decir, por el bien de todos y cada uno y que exige al organismo previsional responder por la suficiencia financiera del sistema de asignaciones familiares.

En este sentido ¿?en causas vinculadas a la seguridad social, el Tribunal Supremo ha interpretado que dicha materia rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación, de quienes forman parte de una determinada comunidad, de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (conf. Fallos: 306:838 y 322:215)

Es el principio de solidaridad social justamente el que me conduce a concluir que asiste razón a la demandada cuando afirma que en el caso no se encuentra lesionado arbitrariamente el principio de igualdad, ya que la exclusión de quien pretende ser beneficiaria del sistema de asignaciones familiares como madre no gestante, no resulta injusta sino que guarda coherencia con dicho principio, con la protección integral de la familia del art. 14 bis de la Constitución Nacional y la de los derechos de la niña que la integra, en los términos del art. 26 de la Convención de los Derechos del Niño. Cuerpo normativo, este último, que reconoce a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social. Incluso del seguro social, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, hasta el máximo de los recursos que dispongan los Estados (arts. 26 y 4 de la Convención sobre los derechos del niño).

Luego de examinar las particularidades del caso a la luz del ordenamiento constitucional y convencional vigente y ponderar especialmente la situación real de la niña y de la familia en cuestión encuentro satisfecho, a contrario de la conclusión a la que arriba el juez de grado, el interés superior de la recién nacida Simona. Interés que importa, como surge de la convención antes citada, la satisfacción suficiente de sus derechos, por ser ésta la opción que menos limita los derechos de la familia, de la bebé -quien debe ser objeto de consideración primordial- y de los demás beneficiarios del sistema.

V.-Así, arribo a la conclusión de que los arts. 177 de la LCT y 11 de la ley 24.714 no lesionan en el caso concreto, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos de la actora. En efecto, es importante recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico; por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que a mi juicio, en el sub discussio, no ocurre (Fallos 345:951).

VI.-Por los motivos expuestos y oído el Sr. Representante del Ministerio Público voto por revocar la sentencia apelada y distribuir las costas por su orden en ambas instancias ya que la accionante bien pudo creerse con derecho a reclamar (conf. art. 68, 2° parte del CPCCN).

También propongo regular los honorarios de la representación letrada de la actora por la labor desarrollada en ambas instancias en la suma de pesos doscientos noventa y ocho mil seiscientos sesenta (\$298.660) equivalente a 20 UMA (Conf. Acordada 9/2023) Por todo lo expuesto, y visto el dictamen fiscal, el Tribunal, por mayorí-a, RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada, en cuanto ha sido materia de agravios, de conformidad con los considerandos precedentes, 2) Costas en ambas instancias a la vencida (cfr. art. 14 Ley 16986), 3) Confirmar los honorarios regulados a favor del letrado de la actora y regular los de esta instancia en el 30% de lo regulado en la anterior.

Regí-strese, notifi-quese y remí-tase.

El tribunal también hace hincapié en la necesidad de garantizar la igualdad ante la ley y la protección de los derechos del niño, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, se sostiene que las prestaciones del sistema deben ser iguales para todas las familias, sin importar su composición, ya sean parejas homosexuales o heterosexuales. La solidaridad social y el bien común son principios fundamentales que deben regir en la determinación de los beneficios sociales.

No obstante, es importante destacar que el fallo no desconoce la protección que se brinda a la madre gestante, sino que busca ampliar esta protección a la madre no gestante en casos particulares donde se cumplan determinadas condiciones. Se resalta que la asignación por maternidad no generará una lesión a los derechos de las trabajadoras ni a los objetivos protectores, siempre y cuando se garantice la estabilidad laboral y el cuidado compartido durante los primeros tres meses de vida del niño.

En conclusión, este fallo representa un avance significativo en la protección de los derechos de las madres no gestantes y de los niños, promoviendo la igualdad y la protección integral de la familia. Sin embargo, también se destaca la necesidad de que el legislador modifique el régimen actual de licencias y asignaciones familiares para adaptarlo a las nuevas realidades familiares y garantizar una protección plena y equitativa para todas las familias.