

Voces: MATERNIDAD SUBROGADA - FILIACIÓN - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - LICENCIA POR MATERNIDAD

Título: Licencia por maternidad y gestación subrogada

Autor: Binstein, Gabriel - Anunziato, Luis

Fecha: 24-ago-2022

Cita: MJ-DOC-16752-AR | MJD16752

Producto: LJ,MJ

Sumario: *I. Introducción. II. Comentarios al fallo. III. Conclusión.*

Por Gabriel Binstein (*) y Luis Anunziato (**)

I. INTRODUCCIÓN

Conflictos de índole no solo ético o moral (1), sino también jurídicos generados en sociedades modernas, cuyos principios básicos y fundamentales están en constante evolución y cambio, vienen transformándose en mucho por los avances tecnológicos que rápida y continuamente alcanzamos.

Si tenemos en cuenta la temática específica de la subrogación materna o gestación subrogada, originada por los avances tecnológicos (2) de la sociedad contemporánea, paralelamente a la judicialidad muchas veces conflictiva a que dio lugar, y el bagaje axiológico de nuestras fuentes jurídico-bioéticas en estos nuevos desafíos y dilemas; observamos la necesidad del incesante desarrollo y cambio constante del establecimiento de estándares para en un marco éticojurídico contenedor de los actores involucrados.

En tal marco, nuevamente surge la necesidad de plantear -como lo venimos haciendo (3)- la necesaria modernización del derecho del trabajo y la seguridad social, pero esta vez en el campo específico de la Seguridad Social, a la luz del análisis del fallo de la Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala 3) que decidió confirmar una sentencia en los autos «T., J. c/ P.E.N. y otro s/ amparos y sumarísimos» donde ordenó otorgar, en un caso de gestación subrogada, la asignación por maternidad derivada de la aplicación directa de los art. 177 de la ley 20744 (protección de la maternidad) y 11 de la ley 24714 (asignación).

Cabe aclarar antes de adentrarnos en el fallo de referencia, que la subrogación materna o gestación subrogada, plantea, en un principio, la posibilidad de que una persona incapaz de

tener un hijo, ya sea por infertilidad o algún otro problema reproductivo, rente o alquile un vientre materno ajeno al propio, con la finalidad de que en él se gesten un embrión fecundado, desde el momento de la inserción hasta el parto.

II. COMENTARIOS AL FALLO

1. Los Hechos

La Sra. T.J. (según fallo en tratamiento) inició junto a su marido diversos tratamientos médicos a fin de obtener su embarazo, pero infructuosos para lograr concretar un proyecto familiar junto a su marido. Ante ello, decidieron la concreción de su maternidad y paternidad de manera subrogada, contratando a dichos fines a una clínica con sede en Ucrania.

A partir de la contratación con dicha entidad, en paralelo a dicha decisión y en el momento pertinente, procuró ante su empleador (CONICET) y ante ANSeS para la concesión de la licencia por maternidad en los términos del art. 177 de la Ley 20.744.

Tal solicitud le fue denegada por el organismo previsional, decisión fundada en que la solicitante no es gestante y que la protección está destinada a atender la salud y recuperación de la madre antes y después del parto, ello en atención a que el artículo 177 de la LCT habla de «descanso», por lo que se presume que se está contemplando a una gestante y no un caso como el de la peticionante.

Agrega que no debe confundirse asignación por maternidad, con el goce de una licencia por maternidad que establece el artículo 177 de la LCT, por cuanto ambos conceptos tienen distinto sustento, reiterando que la asignación es una suma de dinero igual a la remuneración de la empleada, en tanto que la licencia es un período en procura del desarrollo y protección de la familia que la trabajadora informa a su empleador.

2. La acción judicial, sus fundamentos legales y normas citadas Ante la negativa, fue iniciada una acción de amparo contra la ANSeS y el Poder Ejecutivo Nacional a fin de que se los condene «al pago de la prestación por maternidad contemplada en el art. 177 de la Ley 20.744». Dicha pretensión tuvo favorable acogida por el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nro. 1, en cuya sentencia la Sra. Jueza dispuso hacer lugar a la demanda condenando al organismo previsional a otorgar la licencia por maternidad solicitada.

Dicho pronunciamiento fue objeto de apelación por la demandada, resultando asignada la causa a la SALA 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, la cual confirmó la sentencia recurrida mediante novedosos fundamentos que, prima facie, parecen no sólo más abarcativos de la nueva realidad cotidiana, sino también ajustados a las garantías constitucionales y convencionales vigentes.

Cabe destacar que ANSeS esgrimió también el argumento que la vía de amparo no era la idónea para este reclamo, cuestión definida por la Sala 3 en cuanto sostuvo que la admisibilidad del amparo está determinada por la existencia de una lesión producida o a producirse (art. 43 de la Constitución Nacional y art. 1 de la Ley 16.986). Lo cierto es que el considerando II, resulta de un análisis ajeno al elegido en el presente, basado en un tema meramente de derecho procesal.

Así, el considerando III se sumerge directamente en el thema decidendum al sostener que, si

bien carece de discusión que la licencia por maternidad busca proteger la salud de la madre gestante, como sostiene la demandada y ratifica el Tribunal Superior, no caben dudas que «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». Así distingue que «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» (Ver considerando III segundo párrafo).

En línea argumentativa, la Sala 3 distingue que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora «la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la cual surte los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código (art. 558 CCyCN)» y, por ello, «la carencia de una licencia específica para el caso de subrogación de vientre colisiona» con estas normas de filiación y con la protección de los derechos del niño por nacer.

Resulta de trascendente importancia poner de resalto como lo hizo el tribunal que, otorgada la licencia por maternidad «la trabajadora, gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, garantizando a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal y, asimismo, otorgar a la madre la posibilidad de atender con mayor dedicación a su hijo durante los primeros meses de vida protegiendo la institución familiar». También se ocupó la Sala 3 de la igualdad y no discriminación, al decir que 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 no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no a fin de que pueda otorgar al niño los primeros cuidados necesarios, siendo importante entonces la atención de la familia y de la madre, como así también del hijo en forma particular» y cita el art. 21 de la Convención sobre los Derechos del niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Al tenor de todos los fundamentos descriptos, confirma la sentencia dictada en primer grado, no habiendo el empleador manifestado oposición expresa al derecho al goce de la licencia por maternidad pretendida, dispone se otorgue la asignación derivada de la aplicación directa de los arts.177 de la Ley 20.744 y 11 de la Ley 24.714.

3. Argumentaciones

Como podemos observar, la adecuación de la protección contenida en el Derecho de la Seguridad Social, en específico licencia por maternidad y asignación derivada, pone de relieve la necesaria adecuación de este derecho, con cuestiones de bioética jurídica.

En efecto, cuestiones de cosmovisión de nuevas definiciones de los términos como «maternidad» (4), «familia» o «filiación» obligan no sólo a los gestores del derecho (litigantes y judiciales) a instruirse de manera interdisciplinaria sino a repensar la aplicación de los principios, en el caso, de la Seguridad Social, a los nuevos humanos afectados en las interrelaciones subjetivas.

Del pronunciamiento en análisis surge que la Sala 3 de la Cámara de Seguridad Social no fue ajena a ello, cuestión que, pese a la interpretación efectuada sobre el art. 558 del Código Civil

y Comercial de la Nación efectúa el tribunal, lo cierto es que la reforma promulgada el 7 de octubre del 2014 fue tibia en el específico tema.

En efecto, entre sus 2671 artículos en las áreas vinculadas a nuestra problemática, dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (art. 19), que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y por adopción (art. 558).

Dedica el Capítulo 2 del Título 5 (art. 560 y ss.) a las reglas relativas a la filiación por TRHA, declarando cómo se determina la filiación en esos supuestos (art. 569) y normando en el art. 562 la voluntad procreacional como sigue: «Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos». Como puede observarse, el nuevo orden civil no hace referencia al tratamiento del instituto del gestación subrogada, que sí se discutió en el Senado de la Nación, expresando la voluntad de excluir este tipo de prácticas del nuevo Código modificando el artículo 562 (5).

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial (6) contempla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), lo hace dentro del seno de la pareja - es decir, con la mujer que la conforma como persona que gesta al niño por nacer y no avanza involucrando a un tercero. En el caso en cuestión, aparece una tercera persona (ajena) que es quien gesta al bebé. Es pues, un tema que aún no está legislado, lo cual no implica dejar su estudio y no hacerse cargo de la cuestión, tal y como muestra el fallo en análisis.

En cuanto a la (7) filiación y tutela, como otro de los argumentos del fallo, existen dos posiciones bioéticas claramente contrapuestas.

Las teorías contractualistas, nos explican que habiendo de por medio un acuerdo de voluntades expresado autónoma y libremente y bajo pleno conocimiento y consentimiento de los contratantes y del contratado, el derecho debe cumplir con su única función de velar por las actividades humanas, sin restringir la autonomía de la voluntad, permitiendo que una pareja reclame y adquiera los derechos de paternidad y maternidad, y por ello la filiación y tutela, de un menor que nace del vientre de una mujer ajena a la pareja que reclama dichos derechos, incluso sin existir material genético de alguno de los dos contratantes, diferenciando la actividad a la de la adopción por el acuerdo de entrega previo al nacimiento. La posición no hace distinción entre matrimonios o concubinatos, parejas heterosexuales u homosexuales ni alguna otra. Bajo estos supuestos, la prohibición en el cobro de la actividad quedaría superada, ya que independientemente del objeto del contrato, la voluntad de los individuos expresada en un acuerdo valdría por sí misma y generaría una realidad jurídica exigible.

A estas teorías se contraponen naturalistas que determinan que independientemente de la existencia o no de un acuerdo de voluntades que establezca los lazos de parentesco entre un no nacido y los que serán sus padres, e incluso independientemente de la concepción teórica, tanto civil como penal, en la que el marco jurídico bajo el que se suscita el hecho se fundamente, la gestación por sí misma conlleva la adquisición de los derechos tutelares sobre el menor, ya que el lazo biológico que se crea entre la madre gestadora y el menor no nacido es tan fuerte y tan natural, que en los hechos es quien genera invariablemente los lazos de parentesco y filiación, independientemente de quién y de qué manera se haya aportado el

material genético, incluso independientemente de la existencia de un acuerdo de voluntades previo al nacimiento.

Una posible propuesta de salida a los antagonismos dicotómicos ajustar los hechos al derecho del orden público de la Seguridad Social, conformados por sus Principios (solidaridad, subsidiariedad, universalidad, integralidad (material y horizontal), igualdad, unidad de gestión e intermediación), procurando cuál de estas posturas resulta en la mayor aplicación de dicho orden público. Cuestión que la Sala 3 aparece haber encontrado.

Finalmente, es importante señalar sobre la protección integral del niño surge como piedra angular y principio insustituible en los convenios que protegen los derechos de los niños, como los son la Convención de los Derechos del Niño y su posterior Declaración, el Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, el Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional del Menor y el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El interés superior del menor se hace presente en la suma de los convenios antes mencionados, ya sea implícita o explícitamente, y se materializa en la protección de la vida del menor, en la protección de su estabilidad emocional y afectiva y en la búsqueda para evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar. Es decir, el interés superior del menor busca, a todas luces, proteger su vida y el desarrollo integral de su personalidad.

Ahora bien, el fallo cita el artículo 21 de la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por la Ley 23.849 -que en su artículo 2 hace especial reserva de los inc. b, c, d y e-, lo efectúa como referencia análoga al caso en cuestión, necesario pues, como dijimos, la clara inexistencia de legislación específica sobre las TRHA.

En efecto, el artículo mencionado establece que «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial», de lo que se desprende que dicha normativa se refiere al interés superior del niño en el sistema de adopción, por lo que, en el afán de aplicar los Principios Generales de la Seguridad Social, ante la ausencia de tarea legislativa nacional en la materia, sólo le quedó el recurso de la analogía al Tribunal preocupado por la aplicación de aquellos.

III. CONCLUSIÓN

Cuando de modernización se trata, el pronunciamiento nos deja claro que, si bien el derecho necesariamente camina más lento que los hechos en la realidad cotidiana (8), aquella no impide la acción judicial en pro de la aplicación de los principios generales de una materia, para subsumir en ellos nuevos hechos.

Tanto es así, que no sólo con los fundamentos normativos de raigambre constitucional citados (en los términos de los artículos 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional) refuerza su postura, sino que también con jurisprudencia «analógica» al caso en estudio.

En efecto, el Tribunal consideró aplicable la jurisprudencia de la CNAT en donde se consideró que en el marco del art. 177 no es necesario acompañar el certificado médico que acredite el embarazo, «sino que basta con que se haya avisado al empleador poniendo a su disposición las certificaciones respectivas, por cuanto ambos tipos de maternidades («Biológica» y «por

adopción») tienen el mismo valor y merecen la misma atención por parte de la ley, por lo que no cabe otra opción que otorgar a la trabajadora la protección prevista», y agrega que «No existe impedimento en extender la aplicación de esa doctrina al caso de subrogación de vientre».

Por otra parte, ante cuestiones tan opinadas y opinables como la que hoy nos preocupa tratar, con alto nivel de conflictividad, y sabiendo que la sentencia judicial firme se constituye en norma individual que obliga solo a las partes, es de esperar múltiples litigios que devengan en costosos largos pleitos demorados en Juzgados consecuentemente abarrotados.

Ante ellos nos preguntamos sobre una posible propuesta: ¿resulta una solución la acciones de clase?

Recordemos que las acciones de clase, son procesos colectivos en los cuales se agrupan todas las partes en casos que, por complejidad en la prueba o altos costos dificultan una acción individual. En los casos como el de análisis, redundaría no sólo en la posibilidad de recurrir varios sujetos legitimados ante instancia judicial y abaratar costos, sino también reducir la cantidad de posibles causas evitando sobrecargar la gestión judicial.

Nuestra finalidad es sostener el debate en aras de la constante modernización del Derecho, pues, como sostuvo Jeremy Bentham (1748 - 1832), padre de la doctrina utilitarista: «El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia» en su búsqueda de lograr a través del derecho «la mayor felicidad para el mayor número» de seres humanos (como hoy entendemos la palabra «hombres»), y eso sólo podemos lograrlo con el dialogo fraterno, constante, en un debate constructivo de un derecho adaptado a una sociedad siempre cambiante.

(1) <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>

(2) <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/11/la-maternidad-subrogada-en-la-legislacionargentina-una-mirada-bioetica-2/>

(3) Título: Derecho del trabajo y economía de plataformas - Autor: Binstein, Gabriel - Anunziato, Luis Fecha: 27-oct-2021 Cita: MJ-DOC-16251-AR | MJD16251 - VER TAMBIEN SMART CONTRACTS: Una forma de sistematización para la eficaz registración laboral, Por Luis Anunziato Revista Derecho Laboral y Seguridad Social Número: 2019 (enero-julio)

(4) https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282006000200009v

(5) Biblioteca del Congreso de la Nación, <http://www.bcnbib.gov.ar>. Honorable Senado de la Nación Argentina, <http://www.senado.gov.ar/>.

(6) Ídem (1)

(7) <https://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>

(8) ¿Es posible el trabajo decente en el mundo digital? Por Luis Anunziato (2019) Congreso ARTRA - SADL <http://congresosartra.com/MDQ-2019/ANUNZIATOTRABAJO%20DECENTE%20EN%20EL%20MUNDO%20DIGITAL.pdf>

(*) Abogado (UBA) egresado con honores, Suma Cum Laude. Posgrado en Asesoría Legal de Empresas (Facultad de Derecho UBA). Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho UBA). Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Sub Director del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Autor de libros y de más de un centenar de artículos y publicaciones en revistas de especialidad.

(**) Abogado (UBA) Docente del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho UBA cátedra a cargo del Dr. Gabriel Binstein) y Filosofía del Derecho (UBA, UCES); Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales Empresariales UNTREF - SADL, autor y coautor de varias publicaciones doctrinarias. Funcionario Judicial en el Fuero del Trabajo de la Nación desde hace más de 28 años.