Mendoza Legal # Revista del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial – Mendoza
ISSN 2718-7667 / www.mendozalegal.com / contacto@mendozalegal.com

Doctrina

Julio de 2023

La licencia por maternidad de la madre no gestante. Otra respuesta pretoriana al vacío normativo

La jurisprudencia argentina está desarrollando una postura con bases sólidas que amplía derechos y da respuesta a las reclamantes, y que probablemente con el transcurso del tiempo llegue a tener consagración legislativa. El marco regulatorio sobre la concesión de licencia por maternidad a la madre no gestante, que demanda la realidad empírica, deberá estructurarse sobre parámetros o criterios que necesariamente deberán tenerse en cuenta. Superar las actuales carencias y vacíos legales que adolecen de toda precisión, reducirá las posibilidades de interpretaciones diversas, conflictos y problemas en la solución del caso concreto..

por María Paula Carril
Abogada (UCSE). Especialista en Derecho Procesal (UCSE–UNR). Posgrado en Derecho Laboral (con certificación de la Universidad de Buenos Aires). Posgrado en Derecho Penal y Diversidad Cultural (con certificación de la Universidad Nacional de Jujuy). Secretaria de Fiscalía General del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.

I. A modo de introducción

En el campo de la Biogenética, la reproducción humana asistida es uno de los mayores logros. En muchos casos, la ley intentar aggiornarse a los cambios que el camino de la ciencia médica va presentando. En muchos otros, a veces por una deliberada omisión y otras por la clara imposibilidad de brindar una respuesta actual a la problemática, la respuesta normativa no puede contemplar la consecuencia jurídica que demanda el presupuesto fáctico. Y, como sabido es que el juez no puede dejar de decir el derecho bajo el pretexto de que no hay norma en que el caso concreto pueda subsumirse; la construcción pretoriana se erige como el inexcusable e inevitable camino de abordar las lagunas del derecho.

El Código Civil y Comercial ha incorporado en su articulado, a la par de las ya conocidas formas de reconocer la filiación (por naturaleza y por adopción), la posibilidad de que la misma tenga origen en técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, el nuevo orden civil no logró incluir la figura de la maternidad subrogada por la existencia de dilemas éticos y jurídicos de paradigmas que se hallan en franca contradicción entre sí.

La voluntaria omisión del legislador –de la que se sigue una suerte de efectos colaterales como el vacío legal que abordaremos– resulta inconcebible y repara en la inevitable persistencia del vacío legal en el que entra en escena el inconmensurable valor doctrinario y la

fuerza del precedente jurisprudencial. La construcción del caso particular es necesariamente pretoriana y demanda a futuro, una necesaria respuesta del sistema normativo.

Es necesario reivindicar el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia para desentrañar las razones que sustentan la omisión legislativa, repensar cómo repercute en el plano de la realidad la laguna del derecho de la que hablamos, adoptar una postura crítica en torno a la forzada necesidad del intérprete judicial de crear derecho para juzgar el caso concreto, y matizar posturas para alcanzar un criterio que intentará ser respetuoso de la dignidad humana en el plano bioético, pero no desentendido de lo que acontece en la realidad en la que indudablemente existe una intensa necesidad en la generalidad de los seres humanos de experimentar la maternidad o paternidad; y cuando ello no es posible de alcanzar por vías naturales, la ciencia les permite explorar otras posibilidades.

El presente artículo pretende abordar una referencia a las previsiones normativas en torno a la licencia por maternidad, calificar a la licencia por maternidad de la madre no gestante como supuesto no previsto por la ley, contemplar el ensayo pretoriano de la laguna normativa como un inevitable rol del juez en el caso concreto, ensayar posibles criterios que la regulación específica debería tener en cuenta, para finalmente acercar al lector una breve reseña de algunos casos que ha ido delineando la jurisprudencia argentina acerca de la temática.

II. Las previsiones normativas en torno a la licencia por maternidad

El Código Civil y Comercial establece en materia de deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos en su artículo 656 que:

> ... cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

En relación con parejas casadas, a la licencia por maternidad se le aplica la norma de la Ley de Matrimonio Igualitario Nº 26.618, contenida en su art. 42:

> Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer protegen específicamente a la maternidad y a la infancia. A su vez, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del/a Niño/a, con jerarquía constitucional (conf. art 75, inc. 22 de la CN) establece que:

> Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental ser el interés superior del niño... .

Esa también es la orientación que ha seguido la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño.

El Convenio C 156 de la Organización Internacional del Trabajo, del año 1981 reconoce:

> ... la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores.

Por otro lado, el Convenio C111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación) de 1958, en su artículo 1º establece que:

> A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados... .

El derecho a la familia, como bien jurídico a proteger, luego de la reforma del año 1994, se encuentra consagrado en el art. 14 bis nuestra Constitución Nacional que establece: "En especial, la ley establecerá: la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna2, armonizándose así con la manda supranacional de diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país como la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su art. 16 contempla que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", y el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad". No indica la Convención a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender

que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en este instrumento internacional.

Este último instrumento fue ratificado por Argentina por ley N° 23.054 adquiriendo así jerarquía internacional. En su primer artículo establece la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; además consagra que deben, los Estados, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona

> ... sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Seguidamente, el art. 2 compromete a los Estados partes a adoptar disposiciones legislativas cuando los derechos y libertades estipulados en el art. 1 no estuviesen garantizados.

III. La licencia por maternidad de la madre no gestante como supuesto no previsto por la ley

Es posible afirmar que existen dos categorías diferenciadas que se relacionan entre sí de un modo pasivo: derecho y tiempo. Entre ambas, hay una pujante tensión: mientras el tiempo transcurre, el derecho intenta aprisionarlo en un orden formal. El tiempo es esencialmente mutable, y el orden jurídico se ve forzado a adaptarse a ese cambio que siempre se encuentra un paso más adelante.

Dice Alza Barco[1] que "el derecho es una ciencia de realidades valorativamente normadas, y normativamente no podemos contradecir dicha realidad, en tanto ésta no es otra que la vida humana social".

Sabemos que la existencia de lagunas del derecho es incuestionable, como lo es también la afirmación de que, constatada su existencia, no puede argüirse como excusa para justificar la ausencia de respuesta al caso concreto. Los supuestos no previstos por la norma se presentan ante el intérprete en busca de una respuesta que necesariamente deberá brindar. La respuesta no es sencilla y depende de una construcción cultural y socialmente determinada, normológicamente condicionada y axiológicamente plausible de ensayar.

De ese modo, la jurisprudencia comienza a desarrollar con bases sólidas una postura que probablemente con el transcurso del tiempo se transformará en consagración legislativa.

Es incuestionable el vacío legal existente, que además de discriminatorio, vulnera directamente los derechos reconocidos por la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, el derecho y

1 Alza Barco, Abelardo Carlos Alberto, *El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios*, publicado en Portal Jurídico Interdisciplinario Pólemos el 31/01/2021, disponible en https://polemos.pe/el-concebido-in-vitro-post-mortem-y-sus-derechos-sucesorios/

principio de igualdad, el principio de razonabilidad, el derecho a la maternidad, el derecho del niño a disfrutar de su familia y el interés superior del niño.

Lo que sucede en el supuesto que nos ocupa, no es la necesidad de crear nuevas licencias, sino de suplir un déficit interpretativo que hoy excluye a mujeres no gestantes y a sus hijos del efectivo ejercicio de la licencia que les corresponde, aumentando de esa manera la carga horaria de la madre gestante y disminuyendo la de la madre no gestante.

Con la consagración de la voluntad procreacional como fuente de la filiación y de la conformación familiar, las licencias por parentalidad exceden el ser hombre o mujer, padre o madre, gestante o no gestante.

IV. El ensayo pretoriano de la laguna normativa

Como lo venimos sosteniendo, la licencia por maternidad de la madre no gestante es un supuesto no previsto por la ley; no está expresamente permitida ni explícitamente prohibida. Lo que sucede es que la Justicia –y en su caso la Administración– debe inexorablemente expedirse a solicitud de parte cuando la cuestión se plantea, como en cualquier otro caso no legislado, en cumplimiento de la norma que subraya que todos los casos deben ser resueltos. En la práctica, los casos recorren sendas instancias administrativas e incluso se judicializan y las soluciones recorren diferentes matices que dependen del criterio del juez y de eventuales apelaciones.

En otras oportunidades, hemos sostenido que el vacío legal en torno a la maternidad subrogada resulta inconcebible. Sin realizar ningún juicio de valor sobre la realización de las prácticas, surge una primigenia afirmación: queramos o no la gestación por sustitución existe, se lleva a cabo en el país cada vez con mayor frecuencia nos guste o no, tengamos o no dilemas éticos o morales para aceptarla. Existe. Y como toda situación fáctica que existe en el plano de la realidad, demanda una respuesta normológica con su inescindible valoración dikelógica; jurística que encuentra su horizonte en la Filosofía Jurídica misma y que involucra al menos la circunstancia de pensar la problemática desde el trialismo jurídico[2] o la teoría egológica cossiana[3], ambos horizontes hermenéuticos a los que adherimos.

---

2 El Trialismo o Teoría trialista del mundo jurídico es una teoría jurídica elaborada por Werner Goldschmidt que sostiene que el fenómeno jurídico es una totalidad compleja y propone su estudio mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran: hechos, normas y valores. Las conductas son comportamientos humanos, las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas, y el valor justicia se realiza en el mundo jurídico a través de los hombres permitiéndonos valorar las conductas y las normas.

3 Desde el prisma iusfilosófico que aporta la teoría cossiana al campo de la hermenéutica jurídica, se extrae que a determinado antecedente de hecho, corresponde una determinada consecuencia jurídica. Sin ahondar demasiado en la tesis, se distinguen tres aspectos en la actividad interpretativa que inevitablemente queda subsumida en la teoría de la argumentación: aspecto sociológico, aspecto normológico y aspecto dikelógico.

Así es que, independientemente de su aspecto axiológico la realidad no puede resultarle ajena al legislador. Negar que deba regularse, es querer tapar con un dedo el sol.

La inevitable respuesta a lo que sucede en la realidad y que la norma no dice, se judicializa necesariamente y queda atrapada en un limbo jurídico que deja todo en manos del juez; y sabido es que los jueces no pueden excusarse para resolver situaciones concretas que arriban a los estrados judiciales con el pretexto de la existencia de lagunas en el derecho. Así, surge un inesquivable rol del juez que muchas veces legisla para el caso concreto, construyendo desde el precedente judicial, la solución para el problema que se le presenta a resolución. Ya no nos encontramos ante un juez que co-crea el derecho junto al legislador y para el caso concreto. El órgano jurisdiccional asume un rol netamente legislativo.

Si bien las leyes deben ser normas genéricas, abstractas y amplias para que de algún modo las situaciones particulares resulten permeables en sus previsiones y con ello lograr justicia y equidad para el caso concreto, hay un delgado límite en las funciones que asume el Poder Judicial en este tipo de casos que podría leerse como un cuestionamiento al sistema de división de poderes y de pesos y contrapesos –que hemos heredado de Montesquieu–, esencialmente propio de nuestro sistema republicano de gobierno.

Parafraseando a De Vita[4], el camino que se transita como consigna de que lo que no está prohibido sí está habilitado, no es tan simple porque al no haber un marco normativo, en definitiva, ello resta equidad y garantías.

No puede desconocerse la existencia de lagunas en el derecho, como tampoco su falta de plenitud y de coherencia. Lo que resulta un tanto inexcusable, inentendible e inconcebible es que pudiendo hacerlo, el legislador voluntariamente no lo previó. Algunas lagunas jurídicas responden a omisiones involuntarias o a situaciones sobrevinientes que no podían preverse y que, como tales, se presentan en la realidad ante un marco normativo que les resulta inasequible porque la realidad cambiante muta por naturaleza a una rapidez que normativamente resulta casi imposible adaptar instantáneamente. Sin embargo, la situación sub-exámine poco tiene que ver con esas particularidades. La omisión en que sigue incurriendo el legislador[5] resulta voluntaria y si bien pueden argüirse razones al respecto, lo cierto es que sigue aconteciendo en la realidad la situación fáctica que la norma no quiso consagrar normativamente.

Más allá de las tesis que puedan ensayarse, lo único cierto es que, la laguna jurídica, como

---

4 De Vita, Verónica. *Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor.* Diario Los Andes 28/11/2018; disponible en www.losandes.com.ar/sociedad.

5 Decimos que el legislador deliberadamente sigue incurriendo en la omisión de sancionar la norma porque el Código Civil y Comercial que recepta la voluntad procreacional ha sido sancionado en octubre de 2014 y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, lapso que hasta la actualidad, nos permite concluir que no estamos solo frente a una situación sobreviniente, sino que han transcurrido casi ocho años desde la entrada en vigencia del nuevo código de fondo sin que se haya querido consagrar una respuesta normativa que supere el vacío legal existente.

toda laguna –claro está–, lo único que ineludiblemente genera son los avatares propios de la inseguridad jurídica que habrá que sortear.

V. Posibles criterios que la regulación específica debería tener en cuenta

Las posturas que han ido delineando la creación pretoriana, han sustentado la necesidad de que la regulación específica necesariamente debe mirarse desde el matiz de las diferentes posturas y realidades socioculturales, que permita alcanzar un criterio respetuoso de la dignidad humana en el plano bioético, pero no desentendido de lo que acontece en la realidad.

Los diferentes supuestos de hecho interpelan al Derecho, pueden permitir adoptar diferentes posturas frente a la problemática: 1) su expresa concesión y la regulación de las condiciones de su realización y sus efectos; 2) su prohibición expresa, y 3) el silencio jurídico –éste es el caso que nos ocupa.

Superar las actuales carencias y vacíos legales que adolecen de toda precisión, reducirá las posibilidades de interpretaciones diversas, conflictos y problemas en la solución del caso concreto.

El marco regulatorio sobre la concesión de licencia por maternidad a la madre no gestante que demanda la realidad empírica deberá estructurarse sobre parámetros o criterios que necesariamente deberán tenerse en cuenta y que contemplan los siguientes puntos:

1. Considerar que el bien jurídico protegido es el legítimo derecho humano a fundar una familia, y el interés superior del niño y su derecho al disfrute en familia de sus primeros meses de vida, independientemente si lo une a su madre o no un vínculo biológico.

2. Tener presente que la regulación normativa deberá zanjar la desigualdad estructural que el origen de la incompatibilidad conlleva ínsita. Esto es, deberá superar el modelo heteropatriarcal –o heteronormativo– por el que siempre se consideró que la licencia por maternidad se concedía a la madre que cumplía el rol de crianza y cuidado de os hijos, y la licencia por paternidad al hombre que cumplía el rol de trabajador y proveedor del hogar .

3. Focalizar la respuesta normativa no solo en los derechos de la madre no gestante, sino en los del niño recién nacido; y también en el principio de corresponsabilidad que la legislación de fondo ha consagrado igualando la responsabilidad de ambos progenitores.

4. Cuidar especialmente la expresión literal que la norma utilizará en torno a la maternidad; esto implicará que el legislador deberá hacer un profundo análisis de la cuestión y sus implicancias para no traducir en la previsión normativa un criterio discriminatorio de distinción entre madre gestante y no gestante.

5. Asumir como premisa básica –al delimitar la línea temporal en la que la licencia se otorgará– que la norma no debe vincular el límite cuantitativo de días al estado físico de la madre que atravesó un parto, sino a los cuidados que el hijo demanda los primeros meses de vida.

6. Contemplar un tipo abierto, o al menos prever que la regulación positiva pueda abarcar o en ella puedan subsumirse los diversos supuestos de hecho derivados de la multiplicidad de modelos familiares posibles. Además del supuesto homoparental, la eventual norma también debería aplicar a otras estructuras familiares que no se autorperciben encasilladas en esa clasificación.

7. Proyectar supuestos de hecho complejos como lo son los casos de nacimiento múltiple.

VI. Breve reseña de algunos casos en la jurisprudencia argentina

En este apartado, nos limitaremos a referenciar brevemente algunos casos que llegaron a los estrados judiciales, que son una muestra clara y cabal de que la realidad empírica demanda una respuesta normativa, y que han ido delineando de manera inevitable criterios de la jurisprudencia reciente.

Río Negro: Presenta el primer caso en el país en donde una mamá no gestante de un matrimonio igualitario recibe licencia por maternidad. La pareja contrajo matrimonio en 2012 y en 2017 fueron madres, luego de un tratamiento in vitro exitoso. La embarazada era empleada frutícola y según lo dispone la normativa que rige en el ámbito privado, su licencia por maternidad sería de tres meses. La madre no gestante era docente de nivel secundario y presentó su licencia.

> Hacían mucho hincapié en que era algo nuevo, en que la licencia por maternidad no me correspondía porque no soy mamá gestante. Entiendo que ocurra antes del matrimonio igualitario, pero ahora no. No me correspondía que me traten como varón, ni una licencia sin goce de haberes. Después me dijeron que tome un artículo 9, que es el de mamá adoptante. ¿Por qué? Si yo no la adopté, soy su mamá (Lorena Jerez, Diario Río Negro[6]).

Finalmente, el Ministerio de Educación de la provincia emitió resolución por la que resolvió otorgar la primera licencia docente por maternidad a una mujer casada con otra compañera y no gestante de su hija recién nacida. A través de un dictamen especial de la Subsecretaría de Administración y Asuntos Legales del organismo provincial, se identificó la situación con un "vacío legal" y se resolvió contemplar el caso particular.

CABA: El Juzgado en lo Contencioso y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en "N. G. N. c/ GCBA sobre medida cautelar autónoma" (Expte. 35690/2018-0) consideró:

... la licencia por maternidad no tiene en miras si la mujer a la cual se la otorga resulta ser la madre gestante o no, sino el interés superior del niño o niña y sus derechos a poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico.

6 https://www.rionegro.com.ar/logro-la-licencia-por-maternidad-aunque-no-fue-la-mujer-gestante-FI4903421/

Agrega que la licencia por maternidad:

> ... no realiza distinción alguna entre gestante y no gestante, y en su caso nos encontramos ante un matrimonio entre dos mujeres que ha decidido la parentalidad a través de la técnica de reproducción humana asistida.

Por ende,

> ... no reconocerle a ambas el carácter de madres, significaría otorgar un trato discriminatorio a una de ellas [y concluye que] la cantidad de días otorgados no se vincula al estado físico de la madre por haber atravesado un parto, sino a los cuidados de su hijo o hija los primeros días de vida.

La Plata: El Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en el caso Díaz Reck c/ ARBA, reconoció que "el régimen jurídico local aplicable no se encuentra actualizado conforme a los derechos emergentes". A modo de ejemplo, citó a la Ley de Identidad de Género (Ley Nº 26.743), la Ley de "Matrimonio Igualitario" (Ley Nº 26.618), y las incorporaciones en el Código Civil y Comercial que hacen referencia a la diversidad familiar y las técnicas de reproducción humana asistida (artículos 401 y siguientes, 509 y siguientes, y 558 y siguientes del CCyCN). Concluyó que

> ... resultará necesario compatibilizar el régimen local a los estándares de protección que dimanan de las normas de la más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. La sentencia aborda interesantes consideraciones sobre el origen de esta incompatibilidad. [Refiere:] el modelo de familia patriarcal que refleja la ley 10.430, donde el rol de la mujer estaba destinado al cuidado y crianza de los hijos, mientras que el varón debía trabajar para proveer los alimentos, queda en evidencia al otorgar tan disímiles días de licencia a uno y otro caso es imperioso en este sentido que la legislatura local avance en el dictado de una normativa que contemple esta nueva realidad de conformación familiar y de parentesco de un modo inequívoco, con la finalidad de evitar la reiteración de conflictos de esta naturaleza.

Asimismo, la Sala I de la Cámara Federal de La Plata dictó el 28/06/19 un fallo en autos PASARIN, YANINA BEATRIZ c/ INSTITUTO NACIONAL de SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS y PENSIONADOS (INSSJP–PAMI) s/ Medida Autosatisfactiva, (Expediente 28.498/2019), en el que confirmó la decisión del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de La Plata que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenó a PAMI que le conceda setenta días de licencia por maternidad con goce de haberes, según lo previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo. El Juez de Primera Instancia reconoció la realidad actual de una sociedad que evoluciona constantemente e invocó diversas normas, entre ellas la ley 26.862 de reproducción humana asistida, la que posibilitó para las parejas conformadas por dos mujeres el proyecto de una familia con hijos/as. Agregó también que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación significó un gran avance ampliar las concepciones en torno a la familia, la filiación y el parentesco. Asimismo, incorporó la noción de corresponsabilidad

parental igualando a ambos/as progenitores/as gestantes y no gestantes e invocando el interés superior del/a niño/a.

La Cámara Federal fundó su resolución en el artículo 10 de la Constitución local que prevé que "los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, y no puede cercenarlos".

VII. Colofón

En la República Argentina, no existe ley que consagre expresamente la posibilidad de llevar a cabo la técnica de subrogación de vientre. No obstante, la técnica se viene desarrollando cada vez con mayor número y frecuencia. Cuando la misma es exitosa, y nace un niño a través de ella, se presenta el dilema –ante la ausencia de previsión normativa que lo contemple– de si corresponde conceder licencia por maternidad a la madre no gestante.

Si bien la subrogación de vientre no está legislada, ello no es óbice para afirmar su existencia, sus implicancias y consecuencias que impactan en la realidad. Normativamente no está prevista la técnica ni tampoco la figura de la licencia por maternidad de la madre no gestante, pero en el plano fáctico existen con la inevitable consecuencia de judicialización del caso. Las soluciones para el caso concreto se ensayan en los estrados judiciales. De tal modo, los hechos y las pretensiones argumentales plantean grandes novedades y desafíos judiciales.

La construcción del caso particular es necesariamente pretoriana y demanda a futuro, una necesaria respuesta del sistema normativo.

Es imperioso que la legislación argentina avance en el reconocimiento pleno de todo tipo de conformación familiar y de parentesco de un modo inequívoco, con la finalidad de dar solución a casos que, al necesitar judicializarse siempre, consagran un trato desigual respecto de otras conformaciones familiares.

El régimen de licencias está íntimamente vinculado con las tareas de cuidado. Y es claro que ambos/as progenitores/as ineludiblemente tienen el derecho y la obligación de ejercer concurrentemente la función de coparentalidad. No obstante, estas tareas quedan, en la enorme mayoría de los casos de parejas de distinto sexo, en cabeza de las mujeres madres de las familias, quienes gestan a los niños. En el caso de las parejas comaternales, dicha inequidad se manifiesta en que la gestante es la que tiene mayor carga de cuidado al tener mayor tiempo de licencia. Si bien la solución de fondo es la equiparación absoluta en las licencias de parentalidad entre gestantes y no gestantes, varones y mujeres, este artículo apunta a un primer paso: solucionar un debate interpretativo en relación con las familias conformadas por dos madres, en línea con avances legislativos y judiciales.

La problemática seguirá despertando debates éticos y morales y demandará una discusión abierta y plural, que necesariamente requerirá de inusitada prudencia para construir un orden

normativo adecuado, que recepte la cuestión fáctica insoslayable en un marco bioético de respeto por la vida y la dignidad humana.

Por lo pronto y ante el vacío, es necesario interpretar los hechos y las normas desde una perspectiva de derechos humanos, de infancia y de género. Que no todas las situaciones están reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación o en normas laborales no significa que estén prohibidas ni, mucho menos, puede conducir a limitar derechos adquiridos.

¿Cuánto tiempo más es posible mantener el silencio de la norma frente a esta insistente realidad? •

VII. Bibliografía

Alza Barco, Abelardo Carlos Alberto, *"El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios"*, publicado en Portal Jurídico Interdisciplinario Pólemos el 31/01/2021, disponible enhttps://polemos.pe/el-concebido-in-vitro-post-mortem-y-sus-derechos-sucesorios/

Cám. Fed. La Plata–Sala I "PASARIN, YANINA BEATRIZ c/ INSTITUTO NACIONAL de SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS y PENSIONADOS (INSSJP–PAMI) s/ Medida Autosatisfactiva" (Expediente 28.498/2019), de fecha 28/06/19.

De Vita, Verónica,*"Sustitución de vientres: vacío legal y cinco fallos a favor"*. Diario Los Andes 28/11/2018; disponible en www.losandes.com.ar/sociedad.

Diario Río Negro, edición digital del 28/04/2018, disponible en https://www.rionegro.com.ar/logro-la-licencia-por-maternidad-aunque-no-fue-la-mujer-gestante-FI4903421/

Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1–La Plata "Díaz Reck c/ ARBA".

Juzgado en lo Contencioso y Tributario N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en "N. G. N. c/ GCBA sobre medida cautelar autónoma" (Expte. 35690/2018–0).