

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 12 SECRETARÍA
N° 23
N., G. N. CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA
Número: EXP 35690/2018-0
CUIJ: EXP J-01-00057552-2/2018-0
Actuación Nro: 12263902/2018

"2018 - AÑO DE LOS JUEGOS OLÍMPICOS DE LA JUVENTUD"

Ciudad de Buenos Aires, de octubre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que mediante escrito de fs. 1/5, la Sra. G. M. N., solicita el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva con el objeto de que su empleador -el GCBA- le otorgue la licencia por maternidad prevista en el art. 70, inc. ch), de la Ordenanza N° 40.593.

Manifiesta que desde el año 2006 (conf. fs.10) se desempeña como docente de la materia "Lengua y Literatura" en la Escuela de Enseñanza Media N° 2, D.E 4 "Talleres Gráficos" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Relata que en el año 2011 contrajo matrimonio con A. L. C. y que en diciembre de 2017 gestaron a su hija A. A. N. C. quien nació el 13 de agosto de 2018.

Explica que realizó el pedido de la licencia por maternidad en el establecimiento mencionado, la cual le fue denegada verbalmente y que el día 21 de junio de 2018, previo a la fecha probable de nacimiento de su hija, presentó -en la mentada institución- una nota solicitando la licencia por maternidad en los términos del art. 70, inc. ch) de la Ordenanza N° 40.593, a lo que le contestaron que dicha solicitud fue enviada a la Dirección de Medicina Laboral, que luego informó que no estaría habilitada para evaluar dicho pedido.

En este contexto, destaca que la norma mencionada hace referencia a la licencia por maternidad y no realiza distinción alguna entre gestante y no gestante, y que 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. En este sentido, refiere que no reconocerle a ambas el carácter de madres, significaría otorgar un trato discriminatorio a una de ellas ya que ninguna se reconoce como una persona de género masculino.

Asimismo, indica que el art. 70 inc. d) otorga licencia por un plazo de 120 días a las mujeres que se hayan convertido en madres por adopción, por lo que 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.

Funda en derecho, ofrece prueba y acompaña documentación que avala sus dichos.

II.- Que a fs. 17 se libra un oficio al GCBA, cuya contestación obra a fs. 26/54.

III.- Que a fs. 55 se ordena una vista al Ministerio Público Tutelar, cuyo dictamen obra a fs. 60/68.

IV.- Que a fs. 73 se concede vista al Ministerio Público Fiscal, quien

se expide a fs. 76/77.

V.- Que a fs. 79 se corre traslado al GCBA, quien lo contesta a fs. 91/94, y manifiesta que la actora no impugnó la decisión de la Dirección General de Administración de Medicina del Trabajo, como así tampoco acreditó la tramitación del pedido de licencia ante la mentada Dirección.

Aduce que la actora no presentó el certificado de nacimiento de su hija ante la Gerencia Operativa de Recursos Humanos Docentes.

Por otro lado, indica que no existe la cuasi certeza del derecho requerido en atención a que la actora no resulta ser la gestante del bebé, y por ello no tendría derecho a la licencia que exige.

Acompaña documentación, funda en derecho y solicita el rechazo de la medida solicitada.

VI.- Que, es dable recordar que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud; aún más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CSJN doc. Fallos 396:2060 y causa O.148.XXV "Obra Social de Docentes Particulares c/ Provincia de Córdoba s/ Inconstitucionalidad", del 15/2/94).

VII.- Que, en punto a las medidas autosatisfactivas es dable indicar que si bien no existen normas que las disciplinen, pueden ser definidas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars*, y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, importando su decreto una satisfacción definitiva de los derechos de sus postulantes y constituyendo una especie de la tutela de urgencia que debe distinguirse de las otras (confr. Peyrano, Jorge W. "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas". J.A. 1997-II-926).

Al respecto cabe destacar, que en el marco del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (realizado en Corrientes en agosto de 1997) se concluyó que "...la medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una solución que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional. Posee la característica de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial." (confr. Peyrano, Jorge W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas". J.A. 1997-II-926).

Según la doctrina, sus principales caracteres son: a) no son instrumentales, b) no son provisorias, c) su dictado no debe realizarse necesariamente inaudita parte, d) debe acreditarse una fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de la atendibilidad del derecho invocado, e) no siempre se exige contracautela, especialmente si ha mediado substanciación (confr. De los

Santos, Mabel, "*Medida autosatisfactiva y medida cautelar*", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, T°1, p.31).

Para acordar una medida autosatisfactiva resulta imprescindible tanto demostrar la "fuerte probabilidad" de que le asista razón al ocurrente cuanto la "urgencia" que media en el caso. Se exige más que el peligro en la demora: el pedido debe ser so riesgo de sufrir un daño inminente e irreparable (confr. Vargas, Abraham, "*Tutela Judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general delas medidas autosatisfactivas*", J.A, 1998-IV-652.).

En este mismo orden de ideas, resulta pertinente subrayar que la doctrina ha definido a las medidas autosatisfactivas como un requerimiento jurisdiccional urgente, fundamentado en una verosimilitud calificada (es decir, signada por una fuerte probabilidad de su atendibilidad) del derecho material alegado, que se agota en su despacho favorable; despacho que viene a satisfacer ya mismo las necesidades del requirente, a quien no le es menester promover -concomitante o posteriormente- otra acción para conservar los efectos prácticos obtenidos con la autosatisfactiva. Su propia descripción revela que si bien se asemeja (así, puede llegar a dictarse *inaudita et aletera pars*), no es una medida cautelar (cfr. Peyrano, Jorge W., "*Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva*", J.A. n° 6152, pág. 2). No se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo (cfr. De los Santos, Mabel A., "*Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*", J.A. n° 6060, pág. 21). Debo decir que, aunque no esté regulada la medida autosatisfactiva, su petición es procedente, independientemente del carril procesal que se considere pertinente para su tramitación (cautelar genérica del art. 177 del CCAyT., amparo, proceso monitorio, etc.); pues ello sería poco menos que desoír el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional.

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

<https://www.cippec.org/publicacion/recomendaciones-para-una-nueva-leynacional-de-licencias-por-maternidad-paternidad-y-familiares/>)

Por otra parte y conforme fuera dictaminado por la Sra. Asesora

Tutelar, deberá tenerse en cuenta que se encuentran en juego tanto los citados derechos de la Sra. N. como -fundamentalmente- los de su hija.

En este contexto, es preciso indicar que la Carta Magna local tutela los derechos de los niños, garantizando su protección integral. Esta norma no es más que la recepción de lo que ya fuera establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), acogida por nuestra Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22, que jerarquiza constitucionalmente los denominados derechos del niño y del adolescente. Este instrumento internacional de jerarquía constitucional despliega su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico infra constitucional.

Los niños como sujetos inmersos dentro de un sistema de derechos humanos tienen para sí los mismos derechos y garantías de que gozan los adultos, pero además -por su condición de personas en desarrollo-, disfrutan de prerrogativas especiales normadas por la CIDN. En tal sentido, el derecho constitucional argentino se ha nutrido de un haz de garantías proveniente del “derecho internacional de derechos humanos”, incorporando un nuevo paradigma que implica consolidar la doctrina integral de protección de los más pequeños. Es así, que resulta un principio supremo velar por el interés superior del niño. Siguiendo este orden de ideas, es dable destacar que numerosos tratados internacionales se encargan de dar protección al vínculo familiar, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Vale señalar que la Organización Internacional del Trabajo en los Convenios N° 111 y N° 156, ha sostenido que el concepto de parentalidad en las políticas de protección social en el ámbito laboral responde a la necesidad de reconocer el cuidado compartido como un derecho garantizado por el Estado, a fin de lograr una mejor compatibilización entre el ámbito laboral y familiar para los progenitores.

Además, el art. 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que “[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Asimismo, en el art. 38, consagra que las responsabilidades familiares sean compartidas y fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad

productiva, la paridad en la relación con el trabajo remunerado y la eliminación de toda discriminación por estado civil y maternidad.

Del mismo modo, el artículo 39 de la CCABA dispone que “[l]a Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes. Se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar...”

Por último, corresponde mencionar que el art. 70 inc. ch) establece que “[l]a licencia por maternidad será de CUARENTA Y CINCO (45) días corridos antes del nacimiento, y CIENTO VEINTE (120) días corridos después del nacimiento, con percepción íntegra de haberes. Vencido este último plazo, el personal podrá optar por CIENTO VEINTE (120) días corridos más sin percepción de haberes. (...).”

IX.- Que a mayor abundamiento, cabe destacar una situación análoga a la circunstancia de autos se encuentra regulada en la ordenanza N° 40.593 en su art. 70 inc. d), en cuanto dispone que “[e]n caso de adopción, se otorgarán CIENTO VEINTE (120) días corridos, con percepción íntegra de haberes, a partir del momento en que la autoridad judicial o administrativa competente notifique a la docente la concesión de la guarda con vistas a la adopción. Vencido este último plazo, el personal podrá optar por CIENTO VEINTE (120) días corridos más sin percepción de haberes”.

De esta forma, es dable indicar que el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) se reconoce "(...) la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos (...)", por ello en el artículo 4 inciso 2do. del referido instrumento, se insta a los Estados a proteger la maternidad y en el artículo 11 inciso 2do. se regula la licencia por maternidad con goce de haberes y la protección contra el despido.

En la Recomendación General n°21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer referida a “La Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” se afirma que “La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención” y que “Los derechos y las obligaciones compartidos enunciados en la Convención deben poder imponerse conforme a la ley y, cuando proceda, mediante las instituciones de la tutela, curatela, la custodia y la adopción...”.

De lo expuesto surge que la decisión de formar una familia mediante el instituto de la adopción debe estar amparada con los mismos derechos que se encuentra la maternidad en los casos de madres biológicas, de lo contrario se estaría impidiendo el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención. Este cambio paradigmático también contempla el Interés Superior del Niño (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y Observación General N°16 del Comité para los Derechos del Niño).

En igual sentido, en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución n° 41/85, del 3/12/1986; se afirmó que "...en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental" y se proclamó como principio que "[t]odos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño" y que "[e]l bienestar del niño depende del bienestar de la familia".

Lo indicado me lleva a concluir que la licencia por maternidad no tiene en miras si la mujer a la cual se le otorga resulta ser la madre gestante o no, sino el interés superior del niño o niña y su derecho poder disfrutar de la familia los primeros meses de vida, sin importar si los une o no un vínculo biológico.

Va de suyo entonces, que la licencia por maternidad no se vincula solamente a la gestación, y que -además- debe ser interpretada armónicamente con los nuevos derechos de parentalidad, que no distinguen el género ya que el matrimonio igualitario fue reconocido por la ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 y por el art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nacional.

En este marco, y con fundamento en el principio *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*, habré de inclinarme por conceder la tutela peticionada.

X.- Que, frente a estas circunstancias, y una vez analizadas las normas que enmarcan este caso particular, considero que se encuentra demostrada una fuerte probabilidad -cercana a la certeza- de que le asista razón a la actora.

Ello, atento que las normas nacionales e internacionales citadas garantizan a la Sra. N. el derecho a gozar de la licencia solicitada, sin encontrar un impedimento normativo alguno que fundamente una solución diferente.

Máxime, considerando que negársela importaría desconocer el principio *pro homine* que con armonía con el principio de progresividad y no regresividad de los derechos, resultan los ejes rectores y principales puntos de partida de toda interpretación que debe efectuarse en materia de derechos humanos. Ello, es así debido a que la ausencia de normas que se presenta en esta acción, en lo que refiere a la licencia por co-maternidad, no puede impactar de forma negativa en los derechos de la actora (conf art. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).

Por su parte, la urgencia del daño inminente e irreparable del caso se

encuentra palmariamente manifiesta, dado que la hija de la Sra. N. nació el día 13 de agosto de 2018 (conf. fs. 14) y a la fecha aún no ha podido participar del cuidado de su hija en los primeros meses de vida, siendo éste el fundamento de la norma que otorga dicha licencia. A ello, cabe agregar que la demandada tampoco alega ni acredita que la actora hubiera gozado de algún tipo de licencia con motivo del nacimiento de la niña.

Como antecedentes -y toda vez que considero que en la especie se da lo que en la lógica jurídica se denomina “laguna del derecho” por cuanto la norma no prevé una solución a determinada situación fáctica a la luz del contexto de los nuevos derechos reconocidos por el sistema de protección de los derechos humanos- existen precedentes que si bien no resultan completamente análogos devienen referentes en cuanto al vacío legal respecto a la madre o padre “no gestante” (*B. Y A. I. O. S/ Materia A Categorizar (Declaración De Adoptabilidad del Juzgado de Familia N° 5, Mar del Plata de fecha 15 de julio de 2015 y la causa “M. M. C. C/ Gcba S/ Amparo” en trámite ante el Juzgado CCAyT N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 08 de agosto 2018. También, por caso en la Provincia de Río Negro fue otorgada mediante resolución del Ministerio de Educación y Derechos Humanos una licencia por maternidad a una docente no gestante, con fecha 2 de mayo de 2018).*

Por lo tanto, en atención los antecedentes de la causa, los derechos involucrados y al interés superior del niño, cabe conceder la licencia peticionada.

XI.- Que a modo de *obiter dictum* es dable señalar que en el ámbito del Poder legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Comisión de Legislación del Trabajo, ha aprobado un proyecto para modificar e introducir nuevas licencias para los trabajadores y trabajadoras comprendidos en las Ordenanzas N° 40.593 y N° 41.455 y las leyes N° 471 y N° 5.688 respectivamente, promoviendo la eliminación de las desigualdades que aún persisten, en relación a las licencias por razones de género u orientación sexual, incompatibles con los derechos reconocidos por las leyes de Matrimonio Igualitario y de Identidad de Género.

Por otro lado el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento indica que “los niños/as reciben, desde su primera infancia, un trato discriminatorio según la inserción de sus padres en el mercado laboral. Es crucial una nueva ley nacional de licencias que contribuya al desarrollo infantil, facilite la inserción de las mujeres en el mercado laboral y favorezca la construcción de una más justa división de roles intrahogar” y propone “... alcanzar los 98 días de licencia por maternidad, 30 por paternidad y 60 de licencia familiar de manera gradual desde 2018 hasta 2030. La gradualidad en la implementación obedece al costo fiscal que esta propuesta tiene para el Estado nacional”.

Por otro lado si bien es cierto que algunos proyectos de reforma aluden a la posibilidad de licencias parentales alternadas para uno de los progenitores, no lo es menor que aquí no se debate a cuál de ambas madres le

corresponde la licencia, así como tampoco el GCBA ha invocado tal situación y/o un costo fiscal por la eventual duplicidad de la licencia, por ende su negativa carece de tal sustento y no avanzaré en dicha línea argumental.

XII.- Asimismo, es dable señalar que para resolver la presente causa he tenido en cuenta los diversos protocolos para juzgar con perspectiva de género que pretenden ayudar a quienes juzgan a cumplir con su obligación constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, consagrados en los artículos 36, 37 y 38 de la Constitución local; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (vgr. Suprema Corte de Justicia de México, *Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2014; entre otros).

Por caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las obligaciones que surgen de la Convención Americana (“respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos ahí consagrados en toda circunstancia y respecto de todas las personas bajo su jurisdicción”); tienen carácter *erga omnes*. Además, considera que “De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. párr.s 80 y 81).

Por lo expuesto,

RESUELVO:

1) Conceder la medida autosatisfactiva peticionada en los términos dispuestos en el considerando VII, ordenando al GCBA -por intermedio del Organismo que corresponda- le otorgue a la actora la licencia de 120 días prevista en el art. 70, inc. ch) de la Ordenanza N° 40.593, haciéndole saber que deberá informar al Tribunal el cumplimiento de la manda en un plazo de dos (2) días.

2) Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaría, a la Sra. Asesora Tutelar y al Sr. Fiscal en sus públicos despachos.