



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 1 SECRETARÍA
N°1

E , B . Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - IMPUGNACIÓN-
INCONSTITUCIONALIDAD

Número: EXP 481/2019-0

CUIJ: EXP J-01-00004906-5/2019-0

Actuación Nro: 12835841/2019

Ciudad de Buenos Aires, de marzo de 2019.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de marzo de 2019.

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. B.A.E. y V.N.C. inician acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del acto administrativo emanado del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 7 de Diciembre de 2018, que denegara a B.A.E. la licencia por maternidad de 135 días solicitada en los términos del artículo 23 de la ley 6025/18 que modificó la ley 5688 que estatuye el Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad.

Aducen que la negativa de la Administración constituye un acto que lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la de la Ciudad, en particular, a la igualdad y a la no discriminación. Asimismo, postulan que adolece de incongruencia e irrazonabilidad manifiesta, a la vez que trasgrede las directivas contenidas en la Convención de los Derechos del Niño.

En la exposición de los hechos, relatan que ambas trabajan para la Policía de la Ciudad y que desde julio de 2013 se encuentran unidas por una relación sentimental.

Luego de detallar diversos acontecimientos de su vida en conjunto, narran que –dado el deseo compartido de ser madres- en el año 2017 decidieron someterse a un tratamiento de fertilización asistida que resultó infructuoso. Refieren que en 2018 iniciaron un nuevo procedimiento médico, que tuvo éxito y en

agosto produjo un embarazo gemelar en V.N.C., gestación que evolucionó favorablemente. Indican que la fecha aproximada de parto es el 24 de abril de 2019.

Ponen de relieve que –oportunamente- firmaron la documentación correspondiente al consentimiento informado para el tratamiento mediante inseminación artificial y manifestaron expresamente su voluntad procreacional.

Añaden que el 17 de enero de 2019 contrajeron matrimonio civil ante el Registro Provincial de Avellaneda.

Exponen que, más allá de que V.N.C. sea la gestante del embarazo, B.A.E. desea amamantar a su hija e hijo, no sólo para compartir las tareas de crianza sino porque –lo que considera de mayor importancia- pretende desarrollar un mayor vínculo con la niña y el niño.

Afirman que –con tales miras-, el 9 de noviembre de 2018, B.A.E. presentó una nota ante el Jefe de la Comisaría Vecinal 13 A peticionando que se le conceda una licencia acorde a su carácter de madre lactante o adoptante, dado que en el sistema de empleo que rige a la fuerza policial existe un vacío legal con respecto a la figura que contemple una licencia a la “madre no gestante”.

Consignan que el 7 de diciembre de 2018 se le notificó el rechazo a su solicitud de licencia por maternidad como madre no gestante, por no encontrarse prevista en el ordenamiento. (fs.2)

Sostienen que la respuesta brindada por el órgano resulta injusta, incorrecta y discriminatoria, pues constituye una interpretación de la ley en desmedro de sus derechos. Enfatizan que –frente al aducido vacío legal sobre la posibilidad de conceder licencia a la madre no gestante- se ha adoptado una postura contraria a su parte cuando –de acuerdo con los principios del derecho laboral- debió haberse brindado una respuesta en favor de la trabajadora, máxime si también se tiene en cuenta que se encuentra comprometido el interés y derechos de los/as niños/as en lo que respecta a su crianza durante sus primeros días de vida. (fs. 2vta./3).

Dicen que transcriben el artículo 23 de la ley 6025 que estatuye la “licencia por embarazo y alumbramiento” (aunque cabe aclarar aquí que, en realidad, el texto invocado es el correspondiente al artículo 23 de la ley 471) e invocan diversas disposiciones constitucionales (fs.3). Añaden citas de instrumentos internacionales enumerados en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Reiteran que –en función de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo- debe

prevalecer la interpretación más favorable a los/as trabajadores/as. Además, reproducen las pautas contenidas en la Ley Nacional de Actos Discriminatorios (23.592), los artículos 11, 36, 37 y 38 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 3°, inc. a), de la ley local antidiscriminatoria (5261), los principios de Yogyakarta relativos a la aplicabilidad de legislación internacional de derechos humanos en cuestiones de orientación sexual e identidad de género, así como diferentes resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

A continuación, efectúan un análisis del caso de acuerdo con la normativa reseñada y aducen que la decisión de órgano policial implica un acto discriminatorio.

A fin de fundar su postura, explican que la legislación referida a las licencias debe *“modificarse desde una doble perspectiva igualitaria”*; por un lado, equiparando los derechos parentales de las madres y padres entre sí y, por el otro, igualando el acceso a los derechos de todas las familias, sin distinciones basadas en el género, orientación sexual o la identidad de género de sus integrantes, de modo tal de erradicar la discriminación basada en tales pretextos. (fs. 6 vta.)

Sostienen que las licencias parentales cumplen un rol fundamental social al promover el desarrollo infantil, permiten a madres y padres participar en la estimulación temprana de sus hijos/as y favorecen sus aspectos físicos, psicológicos y emocionales. Afirman que existe un consenso generalizado en torno a que el primer año de vida de una persona es crucial en su desarrollo, de allí que es claro que la licencia que se concede a sus progenitores atiende primordialmente al interés superior de los niños y las niñas.

Aducen que las diferencias de duración entre las licencias por “maternidad” y “paternidad” –basadas en el género para su determinación– resultan regresivas ya que generan una condición de discriminación indirecta. Puntualmente, advierten que el otorgamiento de una licencia más prolongada a uno/a de ellos/as generan derechos de distinta extensión y goce pese a la igualdad de deberes de cuidado.

Ponen de relieve que el modo en el que se encuentra regulado el sistema de licencias implica: a) discriminación para las mujeres miembros de parejas heterosexuales en tanto afecta la contratación laboral, refuerza el estereotipo de que los varones no son capaces o no desean cumplir con las tareas de

cuidados con relación a los/as hijos/as y alimenta el mito de la existencia del instinto materno; b) discriminación para las familias formadas por parejas del mismo sexo, que comparten por igual tareas maternas y que no responden al estereotipo de género sobre el cual se sancionó la ley; c) no contempla la posibilidad de que sean los varones trans quienes gesten, más si se encontraran en pareja con una mujer trans.

Con respecto a su caso, aducen que la Sra. B.A.E convive con su pareja mujer, que juntas han efectuado el tratamiento de reproducción asistida y manifestado de manera indubitada su voluntad procreacional y, por ende, ambas resultan madres del niño y la niña por nacer. Aseveran que las dos desean amamantarlos, de modo tal que el rechazo de la licencia provocaría el cercenamiento de su vinculación con los bebés. Especifican que sería imposible que B.A.E. amamantara si tuviese que concurrir al trabajo, que ello además traería aparejada la alteración del funcionamiento familiar, que la Sra. V. quedaría sola a cargo de las tareas de crianza y quehaceres domésticos y peligraría –por stress- también su posibilidad de cumplir con la lactancia materna. (fs. 7)

Coligen que no caben dudas de que B.A.E será madre de la niña y niño que esperan juntas y, por lo tanto, tiene derecho al goce de la licencia por maternidad solicitada, ya sea que se considere que la letra de la ley expresa el término “madre” o porque se reconozca que existe un vacío legal con respecto a su situación. Consignan que –de encontrarse frente al último supuesto- la ausencia de previsión jurídica expresa no puede ser invocada para perjudicarla en tanto el criterio para decidir su pedido consiste en otorgar la respuesta más favorable a la trabajadora. Paralelamente, aducen que el rechazo de su licencia por parte de la autoridad administrativa incurre en una violación al artículo 3 de la Ley contra la Discriminación, N° 5261.

Con el objeto de fundamentar su petición, invocan jurisprudencia en apoyo a su postura (fs. 8/9 vta.).

En el marco de la acción entablada, peticionan el dictado de una medida cautelar mediante la cual se disponga *“la revocación del acto administrativo, aplicando el art. 23 de la Ley 6025/18 el cual otorga 45 días antes del nacimiento del bebé, 75 días después del nacimiento y 15 días por ser gemelar de licencia por maternidad, dándole la posibilidad a la madre que en caso de que se adelante la fecha de parto los días faltantes de preparto se acumulen a los 75”* (fs. 9 vta.)

Sustentan la procedencia de la tutela requerida en la concurrencia de los requisitos establecidos para su dictado. Explican que –dado que la fecha probable de parto es el 24/4/19- se encuentra configurado el peligro en la demora, puesto que, de no accederse a la solicitud, la posibilidad de daño a sus derechos es inminente e irreparable por la sentencia definitiva. Efectúan diversas consideraciones con respecto a la presunción de legitimidad de los actos administrativos y afirman que dicha presunción debe ser desplazada frente a la verosimilitud del derecho –que también afirman que ostentan- y al vacío legal con relación al tema en cuestión. Finalmente, dejan prestada como contracautela la caución juratoria. (fs. 10 vta.).

II. A fs. 27, como medida para mejor proveer, se intima a la Policía de la Ciudad a acompañar las actuaciones administrativas generadas a raíz de la petición de licencia por maternidad efectuada por la coactora B.A.E.

A fs. 29, frente a la falta de remisión de la documental requerida, pasan los autos a resolver.

III. Efectuada la reseña que antecede, corresponde ingresar en el análisis de la cuestión planteada.

En primer término, corresponde precisar que el artículo 15 de la ley 2145, establece: *“En la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva”*. Son requisitos necesarios para su otorgamiento *“la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela (...)”*.

Conforme lo establece el artículo 177 del CCAyT -de aplicación supletoria en virtud de lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Amparo- las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Expresamente la norma dispone que *“[q]uien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las*

circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (2do. párr.)...aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)”

IV. Con relación a las exigencias legales para el otorgamiento de la tutela precautoria cabe efectuar las siguientes consideraciones. En lo que respecta a la verosimilitud del derecho, el primero de los expresamente mencionados en el art. 15 de la Ley N° 2145, corresponde señalar que este recaudo es materia susceptible de grados, está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculado, y supone la manifestación de conductas tendientes a crear convicción en el juzgador sobre la plausibilidad jurídica del planteo (arts. 178, 2do. párr. y 180 del CCAyT).

El segundo presupuesto contemplado en la Ley N° 2145 es el peligro en la demora, que consiste en la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Palacio Lino “Derecho Procesal Civil”, T° IV-B, pág. 34 y ss.).

Finalmente, el último requisito enumerado en la Ley de Amparo (además de la contracautela), es la no frustración del interés público. En este sentido, el artículo 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario exige que se efectúe un balance entre las consecuencias que se seguirían de acceder a la medida reclamada y las que derivarían de denegarla, teniendo en cuenta tanto el interés de las partes como el interés público que pueda resultar comprometido.

V. Con el objeto de determinar si en el caso se encuentran reunidos los requisitos legales enumerados, corresponde relevar la normativa aplicable al caso.

La Constitución Nacional consagra la garantía de igualdad ante la ley en su artículo 16, derecho que se encuentra además reconocido en los instrumentos internacionales receptados en el artículo 75, inciso 22, que gozan de igual jerarquía. Así, dicho principio se estatuye en el art. II la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 2.1

y 2.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 2 a 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los arts. 2, 3 y 5 a 16 de Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer y el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en reciente jurisprudencia que *“En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”*. Así, el máximo tribunal de la Nación ha ido avanzado más allá del análisis generalmente utilizado para evaluar los casos de afectación al principio de igualdad y ha postulado un criterio más riguroso para determinar la justificación de distinciones entre las personas o grupos de personas. En tal sentido, ha indicado que *“cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos 327:3677, 322:433, considerando 6 y sus citas)”* (CSJN *in re* “Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta –Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo”, sentencia del 12 de diciembre de 2017, el destacado es propio).

En lo que atañe a la consagración del principio de igualdad en el ámbito local, cabe destacar que el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estipula que *“Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier*

circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo” (el destacado no pertenece al original).

Asimismo, dado que el litigio planteado en autos involucra el estudio de la igualdad y su proyección frente a la llegada de los/as hijos/as, es preciso destacar que el artículo 38 dispone que *“la Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas (...) estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas (...) la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por el estado civil o maternidad...”* (El énfasis es agregado).

De especial relevancia, en cuanto al marco constitucional, es tener en cuenta que el artículo 10 de la Carta Magna local prevé que *“los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”*.

Finalmente, corresponde poner de relieve que – dado que las coactoras constituyen un matrimonio integrado por personas del mismo sexo- resultan plenamente aplicables las disposiciones de la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618), norma que en conjunción con las disposiciones del Título V -Filiación- del Código Civil y Comercial de la Nación impide efectuar distinciones basadas en tal condición y llevan a concluir que B.A.E. resulta madre de los/as hijos/as que su cónyuge V.N.C. se encuentra gestando (cf. arts. 402, 558, 562, 566 del CCyCN).

Dicha afirmación –al menos en este estado larval del proceso- se encuentra someramente acreditada mediante las constancias documentales aportadas con el escrito de inicio, de las que se desprende la existencia del matrimonio, el embarazo de la cónyuge V.N.C. y la manifestación de voluntad procreacional de B.A.E.

VI. Paralelamente, en lo que hace al punto de controversia en el caso, *i.e.* la negativa de la autoridad administrativa a que B.A.E. en su carácter de madre no gestante goce de una licencia por maternidad frente a la llegada de su hijo e hija, cabe ponderar cuáles son las normas en juego.

Como medida previa, cabe aclarar que si bien las amparistas invocan como fundamento de su petición administrativa la licencia prevista por el artículo 23 de la ley 471, dicho plexo normativo no les resulta aplicable.

El régimen particular que regula el desempeño laboral de las demandantes se encuentra normado por el Capítulo XVI de la ley 5688, que estatuye el Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad, con las modificaciones establecidas por la ley 6025.

El artículo 160 de la ley 5688, que no fue modificado por la ley 6025, consagra que *“El personal de la Policía de la Ciudad tiene derecho al uso de las siguientes licencias: (...) 5. **Licencia por maternidad...**”*.

La extensión y condiciones para el goce de la **licencia por maternidad** se encontraban previstas en el artículo 165, que establecía – en lo que aquí interesa– *“La licencia por maternidad se concede por ciento cinco (105) días corridos, quedando prohibido el trabajo del personal durante los treinta y cinco (35) días anteriores al parto y hasta setenta (70) días corridos después del mismo, con goce de haberes....”*; seguidamente la disposición efectuaba una serie más de especificaciones en cuanto a su posibilidad de duración, modo de usufructo y prórroga.

Es preciso advertir en este punto que –más allá de especificar un momento temporal a partir del cual se otorgaba y debía computarse el plazo de la licencia, el correspondiente al parto–, en principio, la norma simplemente consagraba y regulaba el derecho a su goce en función de la situación de *“maternidad”* en concordancia con la previsión y términos del artículo 160, inciso 5°.

Ahora bien, la ley 6025 modificó la disposición anteriormente transcrita y –sin perjuicio de haber mantenido el derecho laboral contenido en el artículo 160 inciso 5), el correspondiente a la “licencia por maternidad”– estipuló en la nueva redacción del artículo 169 que la licencia se concede *“a la persona gestante”*, *“por embarazo y alumbramiento”*, por ciento veinte (120) días corridos con las demás las particularidades allí indicadas en torno a los plazos y modo de cómputo de su duración (cf. art. 31 ley 6025). Tal disposición tiene el mismo alcance que el artículo 23 de la ley 471 que citan las actoras y que establece 15 días adicionales para los supuestos de nacimientos múltiples, por cada hijo/a nacido/a después del primero.

Paralelamente, es preciso destacar que el cambio legislativo no trajo aparejado regulación alguna adicional con relación a la licencia por maternidad establecida en el artículo 160, de modo tal que –con el grado provisional característico del análisis cautelar- es posible colegir que sólo se ha reglado y limitado la licencia por maternidad correspondiente a los/as hijos/as biológicos en función del ser *persona gestante*.

Cabe dejar sentado aquí que las licencias concedidas por adopción no distinguen entre el carácter de madre o padre de los adoptantes ni limitan su concesión a alguno/a de ellos/as si ambos/as se desempeñaran para el GCBA, la pauta tampoco establece distinciones para su goce ya sea de que se trate de personas de igual o distinto género (cf. arts. 169 y 169 bis de la ley 5688, con las modificaciones de la ley 6025). Es decir que –frente a la incorporación a una familia de hijos/as sin lazo biológico - la ley no efectúa distinciones en los roles de sus integrantes y otorga licencia por adopción con idénticos a la totalidad de los/as trabajadores/as.

VII. Consignado el marco regulatorio que antecede, en primer lugar, cabe poner de resalto que –en principio, de acuerdo con el análisis preliminar aquí desarrollado- en el mentado régimen no se encontraría regulada de modo preciso ni particular la licencia por maternidad para la madre no gestante, tal como lo postulan las amparistas. La licencia por maternidad (cuando la maternidad tiene lugar sin gestación ni es consecuencia de una adopción) ha quedado sin previsión jurídica específica en el régimen instituido mediante la ley 6025 con respecto a la Policía de la Ciudad.

En tal sentido, cabe señalar que –en principio- de acuerdo con el sistema jurídica derivado de la sanción de la ley 6025, la madre no gestante tendría un derecho genérico a la licencia por “maternidad” (el contenido en el artículo 160, inciso 5 de la ley 5688) que no se encontraría específicamente delineado en torno a su extensión y condiciones de goce y se hallaría excluido de la regulación dispuesta en el artículo 165 que sólo receptaría a quien gesta y alumbra, lo que no parece razonable ni consistente con el marco constitucional vigente y se presenta –*prima facie*- manifiestamente ilegítimo.

Ahora bien, vale reiterar que –de acuerdo con las constancias obrantes hasta el momento en el expediente- es posible tener liminarmente probado que B.A.E. será madre no gestante.

Así, en este estado liminar de análisis y sin perjuicio de lo que corresponda decidir al momento de dictar sentencia definitiva, es dable advertir que la modificación del sistema jurídico reseñada implicó para la coactora B.A.E. una restricción de derechos, al tiempo que trazó una distinción *prima facie* ilegítima entre madres gestantes y no gestantes, que proyecta una afectación particular sobre las prerrogativas de un grupo de personas.

La redacción actual del artículo 165 (probablemente inspirada en fines igualitarios y con miras de neutralizar el contenido de género que implica el término “madre”, palabra que se eliminó del texto de la norma, permitiendo el usufructo de la licencia a cualquier persona gestante, más allá de cuál fuese su identidad de género) implicaría en los hechos que B.A.E. se vea imposibilitada de gozar del derecho a una licencia por el nacimiento de su hijo e hija. En efecto, dada la falta de previsión con relación a la licencia de la madre no gestante, la Administración ha denegado su pedido de licencia por maternidad.

VIII. Ello así, se verifica *prima facie* que -si bien en abstracto la norma, en su nueva redacción, no parecería contener una disposición arbitraria, ilegítima ni discriminatoria en tanto no supedita el otorgamiento de la licencia a determinado género- la modificación del sistema y el modo en que tal cambio normativo ha sido implementado e interpretado por la autoridad habría aparejado en los hechos una restricción y afectación a los derechos constitucionales de B.A.E. al impedir el goce de una licencia laboral con motivo de su maternidad, que importaría una lesión a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

En principio, el modo en que la Administración ha interpretado el cambio en el sistema implicó para B.A.E. una regresión en sus prerrogativas jurídicas puesto que cercenó derechos que bajo el artículo 160, inciso 5, son de su titularidad (la licencia por maternidad) que bajo la legislación anterior tenía (o podría entenderse razonablemente que tenía) y que en la actualidad se regularían sólo con relación a las personas gestantes.

IX. Ahora bien, tal exclusión acredita –*prima facie*- un supuesto de trato discriminatorio. A fin de sustentar tal afirmación, es preciso

señalar que la modificación normativa descrita impactaría de modo esencial y mayoritariamente sobre aquellas parejas de mujeres lesbianas o en las que alguno de sus miembros es una persona trans y, por ende, cuenta con una “*madre no gestante*”, quien bajo la interpretación del órgano administrativo y dada la falta de regulación no tendría derecho de goce de la licencia por maternidad (sin perjuicio de señalar que tal consideración también afectaría a parejas heterosexuales que recurran a la denominada “maternidad subrogada”).

Así, dada la clara clasificación de categoría sospechosa que contienen las diferenciaciones basadas (o que de hecho impactan) en función de la orientación sexual o cuestión de género de las personas, cabe considerar *presuntamente discriminatoria* y, por ende, inconstitucional la limitación o restricción de derechos que de tal distinción se deriva.

De modo tal que, aun cuando en apariencia el artículo 165 no contendría una disposición o referencia discriminatoria, y en apariencia tendería a efectivizar fines igualitarios lo cierto es que –en los hechos- su sanción, aplicación y modo en que la Administración interpretaría que quedó configurado el sistema de licencias conllevaría un trato discriminatorio con relación a los grupos de personas enumerados precedentemente (*i.e.* las madres no gestantes).

X. Con relación a esta clase de conflictos jurídicos, en los que las normas son aparentemente inocuas pero en los hechos consagran una distinción perniciosa, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que “*hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia – que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad-, puede ocurrir, sin embargo, que prima facie la norma –aplicada en un contexto social- produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado*”. Asimismo, señaló que “*en los casos en los cuales existe una norma neutral que prima facie genere un impacto desmedido en los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad –ante el riesgo de discriminación de ese grupo- comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia prima facie de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad*” (CSJN *in re*

“Castillo, Carina Viviana y Otros c/Provincia de Salta –Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo”, sentencia del 12 de diciembre de 2017, el destacado no pertenece al original).

XI. Ahora bien, en este estadio procesal –de acotado marco de conocimiento y prueba-, vale destacar que la demandada no ha acompañado las actuaciones administrativas requeridas por el Tribunal como medida previa a resolver la tutelar peticionada por las amparistas. Ello así, por la propia conducta asumida por la accionada, no existe, por el momento, constancia alguna de cómo ha implementado el tratamiento de los pedidos de licencia de madres no gestantes, más allá de aquella aportada por las amparistas a fs. 20.

De acuerdo con lo que surge de dicho documento (y sin perjuicio de lo que corresponda decidir luego de sustanciado el proceso y producida la totalidad de la prueba) la autoridad policial se habría limitado a denegar la petición por la falta de previsión normativa en el capítulo que regula las licencias del personal policial, sin explicar qué modo –si es que en alguno- concede la *licencia por maternidad* estipulada en el artículo 160 de la ley 5688 que, vale reiterar, no ha sido derogado.

Vale destacar aquí que de acuerdo con las directivas del artículo 10 de la CCABA la omisión o insuficiencia de regulación no puede conducir a negar o limitar derechos.

Así, el rechazo a la solicitud de licencia por maternidad de B.A.E., fundado en la ausencia de regulación –cuando el artículo 160 la prevé, sin perjuicio de que el artículo 165 sólo la otorga a la persona gestante- se presenta como una respuesta arbitraria que implica el desplazamiento de los derechos de B.A.E. (y de quienes integran la categoría de “madre no gestante”) que resulta *prima facie* discriminatorio y, por ende, inconstitucional.

En función de ello, cabe tener por configurada la verosimilitud del derecho invocado en la demanda.

XII. En cuanto al peligro en la demora, es claro que cabe tener por acreditada su existencia. En efecto, toda vez que el nacimiento de la hija e hijo de las actoras se encuentra previsto para el 24/04/19, la tutela preventiva se presenta como necesaria a fin de asegurar los efectos de la sentencia y de evitar el daño de imposible reparación ulterior que generaría su falta de concesión en tanto se

impediría la presencia en el hogar de B.A.E. durante los primeros meses de vida de sus hijos/as.

XIII. En lo que se refiere a la consideración del interés público, cabe señalar que no se advierte que la concesión de la medida importe una afectación negativa a los intereses generales de la sociedad, ni lo comprometa de modo perjudicial.

En tal orden de ideas, cabe memorar que en el caso corresponde efectuar una consideración especial del interés superior del niño, en tanto es claro que el goce de la licencia por maternidad se encuentra regulada también en beneficio de los niños y niñas (más allá de que constituya un derecho laboral), máxime si se tiene en cuenta que la coactora B.A.E. ha indicado que una de las finalidades de la licencia solicitada es la de poder amamantar a su hijo e hija. Desde tal perspectiva, es claro que –en principio y en este estado liminar de la cuestión- la medida requerida se presenta como una que otorgaría adecuada respuesta a los derechos y necesidades de ambos.

A ello cabe añadir que la medida se presenta liminarmente conteste con los intereses generales de la sociedad –de acuerdo con los lineamientos constitucionales que la rigen (cf. art. 38 de la CCABA)- en tanto también propende a efectivizar la igualdad de los miembros de la familia (con independencia de su género) en el cuidado y asistencia de los hijos e hijas y su equidad en las funciones, coadyuvando a desarmar estereotipos sociales en cuanto a la preeminencia de cualquier progenitor/a frente a otro/a.

XIV. En consecuencia, cabe concluir que los argumentos brindados resultan, *prima facie*, suficientes para generar una clara convicción tanto de la verosimilitud del derecho, como del peligro en la demora invocados, y tener por configurada la falta de perjuicio al interés público, encontrándose, por tanto, cumplidos los recaudos para el otorgamiento de la tutela provisional solicitada.

XV. Finalmente, en atención a los derechos involucrados en el caso y las características de la acción entablada, corresponde fijar como contracautela la caución juratoria, que se tiene por prestada mediante la suscripción del escrito de inicio.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenar al GCBA (Ministerio de Justicia y Seguridad - Policía de la Ciudad de Buenos Aires) que –en el plazo de tres (3) días de notificada- conceda a B.A.E. la licencia por maternidad oportunamente solicitada, cuya extensión deberá regirse por los plazos estipulados en el artículo 165 de la ley 5688 (cf. ley 6025).

Regístrese y notifíquese a las actoras por Secretaría. Hágase saber que la notificación de la medida a la parte demandada se encuentra a cargo de las interesadas.

iJudicial