

EXpte N° MP-11121-2020 "A. F. C/ MINISTERIO DE SEGURIDAD PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO" Mar del Plata. Sin perjuicio de la suspensión de los plazos procesales como consecuencia del asueto judicial dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, mediante las resoluciones 149/20, 386/2020, 14/2020, 18/2020, 480 /2020 , 535/20 , SPL 03/20, 31/20 y concordantes de la SCJBA, se procede a suscribir la presente resolución, habilitándose al efecto días y horas inhábiles (art. 34, 36, 153 CPCC). Téngase presente lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces. AUTOS Y VISTOS: I) Que se presenta el Sr. F. A., DNI., por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. MARIA FERNANDA PARADELA, a los fines de promover acción de amparo contra el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires con domicilio en calle 2 (Avenida 51 y 53) de La Plata. La acción de amparo es iniciada con el objeto que se le conceda la licencia especial por paternidad, en los mismos plazos y formas que conforme a las reglamentaciones y normativas de fondo vigentes se otorgan a las madres agentes dependientes del Ministerio de Seguridad. II) Que de acuerdo a lo manifestado y la documentación acompañada, el Sr. F. A. y su esposo, el Sr G. C. son policías dependientes del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Que conforme surge de la copia simple de la sentencia adjuntada y de los autos que tengo a la vista, caratulados M. N. A. S/GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN" Expte. Nro. 34744-2019,, con fecha 12 de febrero de 2020., se les ha otorgado a los Sres. A. F. y C. G., la guarda con fines preadoptivos de N. M., como así también en los autos caratulados "M. R. S/Decl. de adoptabilidad" Expte. Nro. 29191-2019, la guarda simple de R. M. - hermana de N.- con fecha 24 de Abril de 2020, encontrándose pendiente de adquirir firmeza la resolución que declara su adoptabilidad, a los fines de solicitar la guarda preadoptiva de la niña R.. III) Que el Sr. A. ante el hecho de que la licencia por paternidad, conforme las leyes la regulan en el ámbito del Ministerio en el que se desempeña -para el hombre- es de 5 días, presentó una nota ante su superior el Sr. Comisario Gastón Lespada del Comando de Prevención Rural Balcarce, con fecha 21/02/2020, en cuanto se les otorgó la guarda preadoptiva de la niña N. , solicitando licencia especial por la guarda preadoptiva por el plazo previsto de 90 días. Ello en forma idéntica a la que se le otorga a las mujeres por guarda preadoptiva, en los mismos términos y formas que conforme a las reglamentaciones y normativas de fondo vigentes se otorgan a las madres. 19/10/2020 2/4 Que se transcribe a continuación parte de la nota presentada : "... en consonancia con lo dispuesto en la ley 13982 y su decreto que la reglamenta 1050/09., que en su art. 50 dice: "En los casos de guarda con fines de adopción se concederá una licencia especial con goce íntegro de haberes por un lapso de noventa (90) días corridos, siempre que haya sido otorgada por autoridad judicial competente", es que vengo a solicitar se me conceda dicha licencia en los términos expresados precedentemente. Tal y como obra en mi legajo, he contraído nupcias con G. C., y como matrimonio igualitario se nos ha otorgado la guarda preadoptiva de N. A. M., resultando acreedor al derecho de licencia por guarda preadoptiva por 90 días, su negativa al otorgamiento implicaría de su parte desconocer realidades distintas a la heterosexual y conculcaría flagrantemente el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional y Provincial y demás pactos y Tratados internacionales incorporados en nuestra Carta Magna resultando así su accionar discriminatorio e inconstitucional. Por ello, solicito se me conceda la licencia con basamento en el reconocimiento igualitario de derechos para todas las parejas y familias, y se expida en un perentorio plazo de 72 hs., a fin de que, en caso de silencio o negativa de vuestra parte, pueda formular la correspondiente petición judicial de amparo para salvaguardar mis derechos y los de mi familia." Que al día de la fecha manifiesta que no ha habido respuesta alguna en forma escrita ante dicha presentación, aunque de manera verbal se le

ha informado al Sr. A.s su rechazo "...atento la imposibilidad de cargar en el sistema el rubro licencia por paternidad por guarda preadoptiva, ya que no se contempla para hombres más que 5 días de licencia...", lo que motiva el inicio de la presente acción. Acompaña documental, ofrece prueba y funda en derecho. IV) Solicita asimismo, se dicte medida cautelar innovativa y se ordene al Ministerio de Seguridad de la Provincia se le otorgue la licencia extendida por paternidad en semejanza con la licencia por maternidad, en los mismos plazos y formas que conforme las reglamentaciones y normativas de fondo vigentes que se otorgan a las madres. Mas adelante manifiesta que por tratarse su unión de un matrimonio igualitario, y resultar hoy padres adoptivos, la dificultad que se les impone en caso de que pudiera hacerse efectiva la licencia es que ambos somos varones, y la ley establece que no pueden gozar de la licencia extensa por el solo hecho que no revisten el género mujer/madre, tipificado en la ley antes mencionada. Que las diferencias de duración entre licencias por maternidad y paternidad , basadas en el género para su determinación, resultan regresivas ya que generan una condición de discriminación indirecta. V) De lo peticionado - al igual que del inicio de la presente acción-, se confiere vista a la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernández en su carácter de representante de las niñas N. y R. M.. La misma dictamina en fecha 20 de julio del corriente que se haga lugar a la medida cautelar peticionada por los fundamentos expuestos en su dictamen. CONSIDERANDO: I.- MEDIDA CAUTELAR: Que se encuentran en el presente cumplidos los presupuestos para el dictado de la medida cautelar solicitada, de verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela (Arts. 195, 198, 232 del CPCC) Que para el presente caso y a los fines de brindar tutela judicial efectiva, estimo necesario el dictado de una medida cautelar innovativa. Ellas "requieren que el juez al ordenarlas modifique una situación de hecho existente en forma previa al requerimiento cautelar. Generalmente, al tratarse de pedidos de modificación de hechos concretos, las medidas innovativas requeridas no se encuentran nominadas en el código, por lo tanto, son genéricas o innominadas" Cassagne Ezequiel. On line. Si bien al día de hoy dichas medidas no han sido expresamente previstas en nuestro ordenamiento procesal local, es abundante la doctrina y jurisprudencia que reconocen esta solución jurisdiccional. La situación planteada en autos por el Sr. F. A. en cuanto a la afectación de sus derechos de raigambre constitucional, pero especialmente el interés superior de N. y su derecho fundamental requiere del dictado de una medida como la presente, la cual se sustenta en el derecho vigente de tutela judicial efectiva e inmediata a la pretensión efectuada. II) REGIMEN DE LICENCIA POR GUARDA PRE-ADOPTIVA APLICABLE: La Ley 13.982 de aplicación a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario, establece en su Capítulo III artículo 50: Licencias especiales: c.-) Nacimiento de hijo: se concederán al personal masculino cinco días de licencia por vez. El mismo derecho tendrá quien adopte un niño,... f) Licencia por maternidad: El personal femenino tendrá derecho a una licencia con goce de haberes de ciento treinta y cinco (135) días corridos, pudiendo comenzar ésta cuarenta y cinco (45) días antes de la fecha probable de parto. Este plazo no podrá ser inferior a treinta (30) días. En los casos de nacimientos múltiples o niños prematuros la licencia se extenderá a ciento noventa y cinco (150) días corridos. ... En los casos de guarda con fines de adopción se concederá una licencia especial con goce íntegro de haberes por un lapso de noventa (90) días corridos, siempre que haya sido otorgada por autoridad judicial competente. La reforma constitucional de 1994, con el agregado del capítulo Nuevos Derechos y Garantías, extendió el contenido social de nuestra Ley fundamental con la Incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional (art. 75. Inc 22). Por este motivo los derechos sociales plasmados en el Art. 14 Bis de la Constitución Nacional no

solamente no fueron derogados ni dejados de lado, sino potenciados. (Art. 19, 22 y concordantes de la Constitución Nacional). Es importante destacar que en el ámbito de la protección de los derechos en juego en la presente acción se transita un camino diferente entre los cambios receptados por la normativa nacional y la provincial. Nuestro país ha evolucionado en la sanción de leyes progresistas en materia de reconocimiento de derechos para grupos minoritarios e históricamente relegados. Tales como la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618); La Ley de Identidad de Género (Ley 26.743); la importante sanción de Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994); la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido "los estereotipos de género se refieren a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente". CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº 4. Esta concepción ha sido plenamente aplicada en el ya conocido precedente " Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.CIDH. Sin embargo y no obstante estos avances en la Jurisprudencia y la normativa nacional e internacional, como hemos citado ut-supra, la Ley 13.982 y su decreto reglamentario de la Provincia de Buenos Aires sigue reflejando el modelo de la familia tradicional que refuerza una división de roles clásica, basada en estereotipos anacrónicos y superados hoy por la realidad social y las nuevas conformaciones familiares. En las normas que regulan la materia en el ámbito del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires se persiste en una línea legislativa que incumple estándares nacionales e internacionales en materia de género, manteniendo modelos y roles anticuados con relación a conceptos de trabajo doméstico y cuidado de la prole, cuando organiza los diferentes tipos de licencias para maternidad paternidad biológica o adoptiva, basado exclusivamente en lo biológico. A más abundamiento el argumento esgrimido por el empleador, que no es posible introducir en el sistema la situación particular de la familia A. - Carlevari, resulta incomprensible e inconsistente, dado que se trata de una situación especial que debió requerir una respuesta fundamentada para el caso de la negativa. Asimismo es de destacar que no nos encontramos ante un vacío legal - dado que la licencia para guarda pre-adoptiva se encuentra contemplada en la Ley 13.982 - para las mujeres- , sino ante un caso de falta de adecuación de la norma a los varones en la misma situación, para sortear una patente discriminación en materia de género. III) EL BIEN JURIDICAMENTE PROTEGIDO. INTERES SUPERIOR DE LA NIÑA: Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, entiendo que debo detenerme un momento a analizar que en la situación presente el sujeto de derechos que debemos proteger explícitamente es la niña N.. La niña tiene derecho a gozar de los mismos cuidados familiares que tienen todos los niños en su idéntica situación, independientemente del género del progenitor pre-adoptivo. El hecho que la norma que regula las licencias de sus progenitores pre-adoptivos se enrola en un modelo exclusivamente maternalista que debería ser adaptado a las nuevas realidades familiares no debería vulnerar sus derechos, teniendo especialmente en cuenta que el Código Civil y Comercial de la Nación ha visibilizado y legislado las "Relaciones de Familia" de manera plural e inclusiva. La niña cuya guarda pre-adoptiva ha sido otorgada al matrimonio A.- C., merece en la contemplación de su superior interés, que sean abordadas en forma integral todas las cuestiones jurídicas que la involucran (Art. 3,5 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño). N. goza de todos los derechos inherentes a vivir en familia, a que sus progenitores le dediquen el tiempo necesario para adaptarse a su nueva realidad, a conocerse y reconocerse como padres e hija, respetando sus elecciones de vida, sin discriminación ni diferencias. Los derechos de N y sus

progenitores gozan de Jerarquía Constitucional. Tal como lo señalaba Germán Bidart Campos "un derecho Constitucional humanitario es el que no discrimina entre varones y mujeres en violación de la igualdad, y que recíprocamente atiende a las diferencias cuando la igualdad real de trato y oportunidades lo requiere a los fines del acceso y participación en el bienestar general". Germán Bidart Campos. El Derecho constitucional humanitario. Bs As. Ediar. 1996. Pag 93. El principio general es que las garantías constitucionales son directamente operativas y que el juzgador debe suplir las eventuales omisiones del legislador. Todas y cada una de las normas constitucionales pueden y deben ser aplicadas, no tratándose solamente de consagrar los derechos sino de protegerlos y garantizarlos. Por esto, atento que la realidad reclama soluciones que la norma no ha contemplado expresamente, estimo que el ordenamiento provincial aplicable al caso (Art. 50 inc f Licencia por guarda pre- adoptiva aplicable a las mujeres), debe ser interpretado a la luz de la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618), la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743), el Art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, la Convención de los Derechos del Niño, el Convenio 156 de la OIT (Para Trabajadores con Responsabilidades Familiares. 1981. Ratificado por Argentina 17/03/1988. Vigente), la Opinión Consultiva 24/17 y jurisprudencia de la CIDH referida, armonizando e integrando de esta manera la regulación propia aplicable con los estándares de protección que surgen del nuevo Derecho de las Familias, considerando los principios por homine, de no discriminación y progresividad de los derechos humanos, priorizando la perspectiva de genero y el interés superior de la niña. POR ELLO: Conforme los fundamentos expuestos, lo pedido y lo dispuesto en los artículos 14 bis, 19, 41, 43, 75 inc 22 y concordantes de la Constitución Nacional; Arts. 11, 20 inc 2, 36 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Arts. 3, 5, 21 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño; Arts. 1, 2, 3 inc a y b de Convenio 154 de la OIT; Arts. 2, 3 y concordantes del CCyC, Art. 1, 9 y concordantes de la Ley 13.928, Art. 50 inc f de la Ley 13.982 y Arts. 34, 36, 161, 232 y concordantes del CPCC, opinión favorable de la Asesora de Incapaces, citas doctrinarias y jurisprudenciales , teniendo en cuenta la especial naturaleza de la acción promovida, RESUELVO: 1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires le otorgue al actor F. A., la licencia especial con goce íntegro de haberes por un lapso de noventa (90) días corridos, prevista para guarda con fines de adopción en el Art. 50 inc f de la Ley 13.982 y su decreto reglamentario , informando a este Juzgado en cumplimiento de lo ordenado en un plazo de tres (3) días. 2.- Regístrese y notifíquese a las partes y Asesoría de Incapaces por Secretaría. MARIA SILVINA LAZCANO. JUEZA.

JUZGADO DE FAMILIA N2 MAR DEL PLATA