Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 82

70/2010

A M V C Y OTROS s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061

Buenos Aires, de septiembre de 2022.- MM

Proveyendo a la presentación de fs. 1388 y al dictamen a despacho de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces:

Autos y Vistos:

En miras a una correcta comprensión, resulta necesario efectuar en forma previa una breve reseña de los antecedentes del caso y luego tratar la procedencia del requerimiento efectuado en autos:

Las presentes tuvieron comienzo en fecha 4 de Enero de 2010 mediante la presentación de la Defensoría Zonal de Villa Lugano (N°8) dependiente del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA) respecto de la familia de origen de los niños A Y D A - nacido en fecha 29 de Enero de 2010 - y N A A – nacido en fecha 13 de Enero de 2012 –

Así las cosas, luego del transcurso de más de una década transitando la intervención judicial- administrativa a través de distintas instituciones (Órganos especializados en la protección de derechos, efectores de salud, instituciones educativas, hogares, Ministerio Público – Programas especializados) se abordó la compleja problemática del grupo familiar de origen, lo cual devino en el dictado de la resolución de situación de adoptabilidad de los nombrados en fecha 22 de Septiembre de 2020.

A partir de ello y luego de la confirmación de la Cámara Nacional de Apelaciones; en fecha 28/04/2021 se dio comienzo a otra compleja y relevante etapa judicial: el trazado de una estrategia tendiente a la búsqueda de legajos de adoptantes para los dos niños junto a sus hermanxs junto al Ministerio Público, profesionales del Hogar donde residían, Área de búsqueda de legajos del RUAGA, Equipo Técnico de la Defensoría Zonal interviniente y profesionales

del área de psicología del Hospital Penna en su calidad de equipo tratante.

Por consiguiente, el trabajo de múltiples efectores en forma sostenida y coordinada derivó en la dificultosa búsqueda y posterior elección de legajos a nivel local y Nacional, dando como resultado – en primer lugar – la elección de postulantes para dos hermanas de A Y D A y N A Avalos y recién en el mes de Abril de 2022 se procedió a la selección del legajo N° 0 del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Provincia de (gov.ar) perteneciente a lxs postulantes Sr. L H M (DNI N°:) y Sra. A J C (DNI N°) con la consecuente evaluación de compatibilidad en concreto entre los niños y lxs adultxs.

A partir de las vinculaciones efectuadas y positivas valoraciones de los órganos y profesionales intervinientes, a fs. 1376 se dictó resolución otorgando la guarda con fines de adopción de los citados niños a la Sra. C y al Sr. M .

Ahora bien, en lo relativo a la presentación efectuada a fs. 1388 por el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Provincia de , este ha puesto en conocimiento la consulta efectuada a personal idóneo del Sindicato de Empleados de Comercio, el cual, por intermedio de su representante letrado laboral, el mismo habría informado que en el convenio nacional vigente, no se encuentra legislada la licencia por el otorgamiento de Guarda Preadoptiva, por cuanto la Sra. C , regida laboralmente por dicho convenio no dispone a la fecha de licencia alguna.

Por esa razón, el mencionado Registro solicitó que se libre oficio a F C S.A., con domicilio en Calle Capital, CP , CUIT - empleador de la Sra. J C - a fin de que le conceda la licencia correspondiente por Guarda con Fines Adoptivos con la mayor premura posible, dado que el lunes 12/09/2022 la misma debía reintegrarse a su lugar de trabajo.

Considerando:

En ese contexto previamente descripto es que surge la necesidad de dirimir la procedencia de lo peticionado en base a las consideraciones de hecho y derecho que a continuación se abordarán:

I. Marco normativo.

En la Nación Argentina, lxs niñxs y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía constitucional conforme al Art. 75 inciso 22.

Por su parte el Art. 75 Inc. 23 de la Constitución Nacional estipula que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos por ella y por los tratados internacionales.

Por su especificidad en la materia, el instrumento internacional de mayor relevancia es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Esta ha resultado ser una herramienta normativa central en todo lo relativo a los derechos humanos de niñxs y adolescentes y una fuente de principios al sancionarse la Ley Nacional 26.061 y posteriormente el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como bien señala la Dra. Marisa Herrera; La CDN ha marcado un antes y un después en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas a nivel mundial, reconociendo derechos y principios propios de este grupo social que también se encuentra en situación de vulnerabilidad por su condición de personas en pleno desarrollo madurativo. A su vez, imprime un nuevo carácter al reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, significando un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejando atrás la concepción paternalista propia de la llamada doctrina de la situación irregular o modelo tutelar… este modelo se condice con el desarrollo democrático de la estructura comunicativo-decisional frente

al estado y los particulares en el seno de una sociedad que debe reconocer y respetar su autonomía (Herrera, Marisa "Manual de Derecho de las Familias" 1° edición, Cd. De Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot").

Debe señalarse que la cuestión aquí en análisis, se encuentra enmarcada dentro del derecho de familia, laboral y de la seguridad social y, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la toma de decisiones en cuestiones de esta naturaleza debe ser aplicando el Interés Superior del Niñx como principio rector.

En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación N° 14 se avocó a profundizar el concepto de "Interés Superior del Niñx" como un concepto triple:

- Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niñxs concreto o genérico o a los niñxs en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niñx. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niñxs concreto o a los niñxs en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niñx o los niñxs interesadxs. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán

explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niñx, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niñx frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En ese contexto, la guarda con fines de adopción resuelta a fs. 1376 se encuentra normada en el art. 614 del CCCN e importa el comienzo de una nueva etapa o proceso que inicia con la aceptación de cargo por parte de lxs guardadores y finaliza con el vencimiento del plazo por el que fue discernida, durante la cual se produce el ensamble adoptivo y que no puede ser mayor a los seis meses de duración.

"La ley se refiere a "proceso" con este alcance, y no como serie gradual, progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales cumplidos por órganos predispuestos por el Estado y por los participantes en él para la actuación del derecho sustantivo…

Aquella situación reconocida por el derecho donde los deberes y responsabilidades de los pretensos adoptantes consisten en el cuidado personal del infante, con facultades para tomar decisiones de la vida cotidiana y con miras a obtener la titularidad de la responsabilidad parental. Esta concatenación de vivencias se desarrolla como un proceso que va desde el conocimiento personal del adoptivo con sus guardadores hasta el vencimiento del plazo fijado por el juez.

Durante ese "proceso" —entendido como el conjunto de fases sucesivas de un fenómeno complejo— se evalúa el ensamble afectivo. En definitiva, el "proceso" es el que da comienzo al "ahijamiento", a la construcción de los vínculos que permitan ulteriormente la adopción." (Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera.- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015 recuperado desde: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Come)

En lo que respecta al empleo de la Sra. C ante F C S.A.; este se encuentra regido por la Ley de

Contratos de Trabajo 20.744/1974, en la cual no se encuentra legislada la licencia por el otorgamiento de Guarda Preadoptiva, como así tampoco en el marco de la Convención Colectiva de Trabajo Nº 130/75 de Empleados de Comercio.

Así, en su parte pertinente el Art. 177 de la ley 20744, dispone: "Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo: Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior. En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley." (conf. Modif. Introducida por art. 1 ° de la Ley N° 21.824 B.O. 30/6//1978).

Respecto del Art. 178. "Despido por causa del embarazo. Presunción: Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de

la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley."

Sumado a ello, a partir de la consulta efectuada a personal idóneo del Sindicato de Empleados de Comercio por parte del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Provincia de , surge que en el convenio nacional vigente tampoco se encuentra legislada la licencia por el otorgamiento de Guarda Preadoptiva.

Pese a la trascendencia de esta particular etapa de construcción del vínculo materno y paterno filial, la mayor parte de la legislación existente en Argentina sobre licencias laborales para trabajadorxs (sector público y privado) no ha brindado un marco protectorio en la etapa de vinculación ni en la de guarda con fines de adopción.

Ante dicha carencia, solo algunos Convenios Colectivos de Trabajo llegan a contemplar tal situación, citando a modo de ejemplo, la modificación introducida por el Convenio Colectivo de Trabajo Gral. Para la Administración Pública Nacional homologado Decreto Nacional 214/2006 y su modificación posterior: "ARTICULO N° 141 - LICENCIA PARA LA INTEGRACIÓN FAMILIAR. GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN Y ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN: Al agente que acredite que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción de uno o más niños se le concederá licencia especial con goce de haberes por un término de cien (100) días corridos. En caso de que la guarda fuese otorgada a un matrimonio o a quienes acrediten unión convivencial y los dos sean trabajadores comprendidos en el presente Convenio, podrán alternar la presente licencia de cien días entre ambos, de la forma que les sea más conveniente, a decisión de las partes. La presente licencia especial alcanzará a todo el personal bajo relación de dependencia laboral con las jurisdicciones u organismos comprendidos en el Convenio Colectivo de Trabajo

General". (Conf. Modificación de Clausula Quinta del Anexo del Decreto Nº 668/2020 B.O. 14/8/2020. Vigencia: a partir del 1° de junio de 2020).

También se encuentra previsto un régimen de licencias y de protección para postulantes en proceso de adopción en el estatuto docente (artículo 70 inciso 2do.), el Convenio Colectivo de Trabajo Nº 660/2013 que regula la actividad de los empleados de la industria de la construcción (artículo 15), el CCT 581/10 aplicable a trabajadores ocupados en la actividad de los clubes de campo, barrios cerrados y urbanizaciones especiales afines (artículo 14), el CCT 700/14 para trabajadores de Instituciones Deportivas y Asociaciones Civiles que pertenezcan a las ramas administrativas, de maestranza o cualquier otro servicio (artículo 15) y los CCT 619/2011 (artículo 14) y 635/2011 (artículo 15), aplicables a médicos de la actividad privada, y el CCT 614/2010 aplicable a los trabajadores de corte de la industria de la confección de indumentaria (artículo 21).

Nuestra Corte Suprema ha indicado reiteradamente que la igualdad ante la ley que la Constitución ampara comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, "siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones, lo que implica, el reconocimiento de un ámbito posible de discriminaciones razonables para el legislador." (Corte Suprema de Justicia de la Nación • 13/06/1995 • Bozzano, Edgardo O. c. Nación Argentina - Estado Mayor General de la Armada • ED 166, 34 - JA 1996-III, 153; Fallos: 318:1256; entre otros).

Se desprende de ello que existe una desigualdad -discriminanción- entre hijxs y familias adoptivxs de trabajadorxs según el lugar donde se desarrolle la relación laboral, dado que sin importar donde se desarrolle la actividad laboral, es menester que el sistema de seguridad social (ANSES), asegure por igual el beneficio a todxs lxs trabajadorxs, no siendo razonable distinguir el lugar donde la fuerza laboral se despliega.

II. Vinculación, guarda con fines de adopción y adopción:

La negación u omisión legislativa a nivel Nacional en el tópico abordado implica la vulneración de derechos de Niñxs y Adolescentes, como así también respecto del Principio de Igualdad ante la Ley consagrado en el Art. 16 de la Constitución Nacional.

La etapa de vinculación y la de guarda con fines de adopción son esenciales para que el/la/lxs adoptantes y lxs niñxs logren construir, desarrollar y consolidar un vínculo, siendo las mismas donde ocurren (y deben ocurrir) particulares y trascendentales situaciones que resultan propias del proceso y de las relaciones humanas, tanto de forma progresiva como regresiva, donde conjugan de manera fluctuante los recursos personales, las expectativas y los temores de lxs involucradxs durante el acompañamiento de órganos administrativos y judiciales.

Sin perjuicio de la estrecha relación existente entre el proceso de vinculación respecto del de guarda con fines de adopción, dado que en el presente caso ya han concluido las vinculaciones, no se abordará en profundidad.

Aun así, debe resaltarse la importancia de que la legislación también adopte un temperamento distinto y acompañe a lxs pretensxs adoptantes en dicha etapa, sobre todo en casos como el presente donde se presenta la necesidad de efectuar traslados periódicos interjurisdiccionales que no solo insumen dinero, sino también tiempo y energía, debiendo lxs postulantes utilizar sus vacaciones y/o anticipo de las mismas.

Así entonces, debe realizarse una distinción jurídico temporal entre la etapa de vinculación, la de otorgamiento de la guarda con fines de adopción y la de adopción propiamente dicha, estando cada una signada por distintas características, tiempos y previsiones legales.

Ahora bien, pese esas diferencias, debe repararse en que la sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (conf. Art. 618 CCCN) y es también por dicho motivo que el tratamiento legislativo del derecho laboral y de la seguridad social debiera

contemplar dicho extremo, el cual no resulta antojadizo ya que tuvo por finalidad configurar un marco protectorio de derechos del niñx.

El Dr. Hornos refiere que nuestra legislación civil regula la adopción "como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico de padres e hijos y, de allí, la igualdad de derechos y obligaciones" (cfr. arts. 620 y 638 y ss. Cód. Civ. y Com) y las disposiciones de la filiación por adopción están regidas por el principio constitucional del Interés Superior del Niñx y que, "bajo este paradigma, la omisión en la regulación de la licencia para padres adoptivos e, incluso, la reducción del tiempo de licencia, afectan directamente el Interés del menor que precisamente la legislación constitucional intenta proteger (…) el niño adoptado parte generalmente de una situación de vulnerabilidad que busca ser compensada mediante su incorporación a una familia. El tiempo que los padres tengan para dedicarle al niño al inicio del vínculo, repercute directamente sobre su posterior desarrollo y bienestar cimentando las bases de la relación parento-filial

Cabe recordar que: "los instrumentos internacionales que protegen a la mujer, contemplan el derecho a la maternidad sin efectuar distingo alguno respecto a la forma de inicio del vínculo filiatorio. De esta forma, en el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN) 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 art. 4 inc. 2do. del referido instrumento, se insta a los Estados a proteger la maternidad y en el art. 11 inc. 2do. se regula la licencia por maternidad con goce de haberes y la protección contra el despido. En la Recomendación General Nº 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. Cualquier 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..."

Por ello, "si una mujer decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención" (Hornos, Gustavo M. La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria, https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral--u)

En consecuencia la ausencia de licencias por maternidad/paternidad por adopción, resulta discriminatoria en relación a los beneficios que son concedidos a familias que alumbran hijxs en forma biológica.

Si bien las condiciones psicofísicas de las mujeres y familias que alumbran difieren de las adoptivas, no es menos cierto, que el complejo proceso de integración en las adopciones también requiere tiempos de vida familiar que deben ser reconocidos otorgando también espacios temporales de exclusividad para profundizar los ensambles, acoples que el dinamismo de este especial vinculo también demanda.

III. Principio de progresividad, no regresividad y equidad social.

La Constitución es la lex superior del ordenamiento jurídico al que otorga unidad y coherencia. De esta posición superior surge su condición de única norma primaria, directamente emanada del poder constituyente del que fluye su validez y su carácter imperativo. Tiene

fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicancias; como norma fundante del orden jurídico del estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político.(Gil Domínguez, Andrés; Fama María Victoria; Herrera Marisa; Derecho Constitucional de Familia; Ediar; Buenos Aires; 2006.)

Del análisis de los antecedentes relativos al proceso de guarda con fines de adopción en curso y la inexistencia de un marco legal adecuado en materia de licencias laborales, a la luz del derecho constitucional se advierte que dicha omisión legislativa genera efectos que colisionan y se contraponen a principios amparados por el bloque de constitucionalidad y su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente con los principios de progresividad y no regresividad y su consecuente operatividad dentro del esquema constitucional del derecho positivo.

Y ello es así, pues las normas jurídicas no se encuentra aisladas entre sí, sino que se interrelacionan en un sistema coherente y legitimado –interna y externamente- denominado ordenamiento jurídico, que contiene normas materiales sustantivas y normas destinadas a regular la producción de las normas.

Dicho ordenamiento está presidido por la Constitución que es la fuente básica o creadora; establece cuáles son los actos o hechos a los que atribuye la capacidad para producir normas jurídicas. La Constitución, como norma primaria de producción es la “fuente de las fuentes” –norma normarum- y, como tal, es la única que define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, una norma será válida y vinculante.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el ordenamiento jurídico se estructura a partir del principio de constitucionalidad que implica la existencia de una posición de supremacía de la Constitución. Es ella quien otorga a cada una de las fuentes del derecho una fuerza individualizadora para introducir normas nuevas en el ordenamiento

jurídico y para derogar las normas existentes. De tal manera, las normas se ordenan de acuerdo con un rango que determina la existencia de un orden jerárquico.

A partir de la reforma Constitucional operada en 1994 todos los Tratados internacionales y concordatos con la Santa Sede prevalecen sobre las leyes, y obviamente sobre sus decretos reglamentarios en la medida que cercenen sus contenidos. Pero, además, los tratados y declaraciones sobre derechos humanos que enumera el inciso 22 del art. 75 que tienen un régimen especial, una de cuyas características fundamentales es la de gozar de jerarquía constitucional, sin formar parte de la propia Constitución pero compartiendo su jerarquía; aún fuera de su texto integran el llamado bloque de constitucionalidad federal.

El inciso 22 atribuye jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales que cita taxativamente y añade: "*en las condiciones de su vigencia*". Debe entenderse que "*condiciones de su vigencia*" son las que al tiempo de entrar en vigor la reforma, surgían del previo reconocimiento o ratificación que les había deparado nuestro país. Por ende, "*en las condiciones de su vigencia*" es una pauta que indica que se deben tomar en cuenta las reservas y aclaraciones de todo tipo que Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación o adhesión internacional a cada uno de los textos. Además, dicha alusión de la norma se proyecta hacia el futuro, para apuntar a las condiciones en que subiste o no cada uno de esos instrumentos en el ámbito del derecho internacional.

Las declaraciones internacionales, deben tenerse en cuenta las interpretaciones que los organismos internacionales de control han realizado por vía jurisdiccional, política o consultiva en los distintos sistemas convencionales y no convencionales.

La mayoría de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pretenden convertirse en un piso para beneficiar a las personas y nunca un techo o limitación. A tal fin expresamente se ha señalado en el art. 29 b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): "artículo 29.- Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede

ser interpretada en el sentido de:..b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados“

Con la misma fórmula el artículo 5° apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

La mayoría de los autores coinciden en destacar como principios del derecho de los derechos humanos: a) principio de auto ejecutoriedad; b) principio de progresividad; c) principio de irreversibilidad; d) principio más favorable a la persona.

A.- El principio de auto ejecutoriedad consiste en el carácter autoaplicativo de los tratados o convenciones en general y sobre derechos humanos en particular. Esto implica la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo.(GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *En busca de una interpretación constitucional* ; Ediar; Buenos Aires; 1997).

La positivización de los derechos humanos fundamentales, entendidos como necesidades básicas o radicales de carácter social, mediante su incorporación constitucional, los erige en títulos de exigibilidad jurídica en tanto dispositivos equivalentes al derecho subjetivo en el ámbito privado, en los casos concretos sometidos a la decisión judicial excepto situaciones excepcionales, y sin que sea preciso su explicitación legislativa"(CHRISTE, Graciela Elena; "Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LA LEY, 2004-A, 626)

B.- El principio de progresividad sostiene que una vez ingresado un determinado derecho al sistema, esto significa alcanzar un estadio que no puede ser desconocido en un futuro y que debe ser respetado por el derecho internacional y el derecho interno. Ello

resulta reflejo del adagio “los derechos crecen por adición, pero nunca disminuyen por sustracción”. El sentido de la progresividad supone una tendencia hacia la extensión de los derechos humanos de modo continuo, tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos, asimismo como su vigencia sociológica.

C.- El principio de la irreversibilidad consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado así lo ha hecho en un instrumento internacional.

D.- El principio de la opción más favorable a la persona significa que frente a una colisión de derechos prevalecerá la fuente (interna o internacional) o la norma que mayor cobertura depare a la persona. La mayor protección, puede provenir de la misma norma o del sistema procesal (interno o transnacional) que garantice a los derechos en conflicto. Tanto el ordenamiento interno como el internacional no se relacionan como compartimientos estancos sino que interactúan en beneficio de las personas protegidas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1. establece dos deberes. En primer lugar, el Estado Argentino se encuentra obligado a aplicar “hasta el máximo de los recursos disponibles” para hacer efectivos estos derechos. Ello supone la existencia de un piso que asegure el acceso a un nivel de vida adecuado (art. 11 del PDES Y C). Así también el enunciado normativo sostiene la obligación de progresividad de los derechos económicos sociales y culturales: alcanzado un determinado grado de reconocimiento positivo y material el estado no puede adoptar medidas o incurrir en omisiones restrictivas.

Allí es donde nacen los conceptos de progresividad y no regresividad, centrales en materia de derechos sociales y que hacen a su reconocimiento y extensión o grado de exigibilidad. Estos principios han sido interpretados como una consecuencia directa e ineludible de los tres elementos centrales que presentan los derechos humanos: universalidad, interdependencia e indivisibilidad. Por ello, *alcanzado un determinado grado de desarrollo o protección de un derecho fundamental, un estado no puede adoptar medidas que*

impliquen un retroceso, disminución o eliminación del estadio adquirido. Si ello ocurriese, el Poder Judicial es el órgano encargado para corregir tales falencias. (GIL DOMÍNGUEZ-FAMÁ-HERRERA; *Derecho Constitucional*…)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que: "la protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del estado de derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Una garantía consagrada en la Constitución y una legislación que promete una atención integral y oportuna deben ser interpretadas de modo que el resultado promueva el goce efectivo por parte de los ciudadanos. Toda otra interpretación transformaría al derecho en una parodia y quebraría la confianza que ellos deben tener en las leyes". (CSJN, sent. del 28 de agosto de 2007, in re "Cambiasso Pérez Nealón vs. CEMIC", voto del Dr. Lorenzetti, LA LEY 05/09/2007.)

La progresividad tiende a ser superada a través de su interpretación conforme al principio de la irreversibilidad o no retroceso social, que en nuestro ordenamiento tiene rango constitucional, no sólo en virtud de su reconocimiento en tratados con jerarquía constitucional, sino también en cuanto el propio texto de la Constitución lo recoge a través de una particular manifestación del mismo en el art. 37 y la disposición transitoria segunda.

Por su parte, Walter Carnota ha dicho en su obra "Los derechos sociales como derechos exigibles", que la progresividad viene a ser un análisis ulterior que se viene a adicionar a la necesaria razonabilidad que debe mostrar toda reglamentación de un derecho subjetivo. Postulan que, en materia de derechos sociales, una normativa regresiva exigiría — tal como acontece en los Estados Unidos con las libertades preferidas — un escrutinio estricto más que una mera indagación de base racional. En definitiva, según estos autores, las regulaciones sociales regresivas tendrían un carácter sospechoso, una presunción de inconstitucionalidad, que debería ser levantada por una inversión de la carga probatoria que incumbiría al Estado. (CARNOTA, Walter F.; "El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Homenaje y balance"; LA LEY 2008-A, 810 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales 01/01/2008, 701).

Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Respecto al punto de alcance y grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un concepto sustentable de progresividad que no disuelva esta gradualidad en una latencia sine die, sino que refleje positivamente su ingrediente de "equidad social". **La progresividad debe ser efectiva y real.** En otras palabras, una progresiva efectividad de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y consistente con la encumbrada pauta axiológica pro homine; por cierto, sin preterir la correlativa vigencia de la prohibición de regresividad.

Incorporada como derecho de la seguridad social la licencia por maternidad y paternidad (biológica) corresponde también reconocer igual derecho a las parentalidades adoptivas, las que deben retrotraer sus efectos al momento del otorgamiento de guarda pre adoptiva; con mayor razón si se repara que ha sido ya consagrado como derecho laboral -de algunxs trabajadorxs- por convenios colectivos; siendo por ello que corresponde extender dicho beneficio en virtud de los principios de igualdad, progresividad, no regresividad y equidad social.

IV. Inconstitucionalidad por omisión legislativa: Fundamentos y procedencia.

En ese orden, siendo que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niñxs y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que les procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales - cuando éstos no puedan ser proporcionados por su familia de origen-, merecen igual trascendencia y protección las etapas de vinculaciones

y guarda con fines adoptivos, ya que el principio rector también es el Interés Superior del Niñx.

La sanción del CCCN mediante la ley 26. 994 ha receptado dicha postura, citando a modo de ejemplo la igualdad de efectos consignada en las distintas fuentes de filiación (Conf. Art. 558) y la regulación de la adopción como un instituto equiparable al que surge del vínculo biológico (cfr. arts. 620 y 638 y ss. CCCN) con la consecuente igualdad de derechos y obligaciones.

En contraposición a ello, en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social existe una omisión legislativa respecto de la licencia por maternidad y paternidad durante las etapas de vinculación y de guarda con fines de adopción que se sostiene argumentalmente a través de una distinción entre la filiación biológica y por adopción que el propio CCCN ha resuelto equiparar y no distinguir. Esto no solo colisiona con los principios constitucionales anteriormente descriptos, sino que a su vez importa una conducta regresiva por omisión en materia de Derechos Humanos.

Así, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires indicó que: "el Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar … por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico…" (Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 29/08/2007; "B., A. c. Ciudad de Buenos Aires "; La Ley Online)

Por estos motivos, realizando una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y consistente con la encumbrada pauta axiológica pro homine, con sustento en el principio de igualdad, de razonabilidad, el derecho de la mujer a la maternidad, el derecho del niño a disfrutar de su familia y el Interés Superior del Niñx; existen causales suficientes para proceder a una declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Conforme a lo oportunamente desarrollado por el suscripto enel marco de las actuaciones N° 99813/2013 que tramitaron por ante

este juzgado, es el propio Congreso quien dota al juez de la herramienta legal para impartir justicia, aún en contra de las propias normas legisladas o de aquellas que debió modificar y aún no lo ha hecho.

Es el propio sistema de declaración de inconstitucionalidad escogido por el legislador el que brinda esta potestad a cada Magistradx para sentenciar en el caso concreto, a diferencia de otros sistemas que crean órganos especialmente dotados de aquella función. Por propia decisión del Poder Legislativo el control de constitucionalidad en nuestro país es difuso.

En virtud de ello, no puede sostenerse que cuando un juez fundadamente declara la inconstitucionalidad sobreviniente de una norma se encuentra invadiendo la esfera de atribuciones de otro Poder; más bien señala como garantía constitucional, que el propio Legislativo se encuentra en mora al no producir en tiempo adecuado las modificaciones legales que resultan incompatibles con la vida social y los nuevos estándares constitucionales-convencionales.

Por el contrario, de no hacerlo, el/la Magistradx se encontraría renunciando a su función constitucional fallando *contra legem*, aplicando normas que por su contenido resultan inconstitucionales.

Sostiene Bidart Campos que el control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la Constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto.

Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento... (y)... que <u>cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido</u>…" (el subrayado me pertenece). (conf. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, t. IA, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Este control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso porque todos lxs Magistradxs, de cualquier instancia, pueden llevarlo a cabo realizando la declaración correspondiente cuando la restricción a un derecho constitucional ha dejado de ser razonable.

Siguiendo a prestigiosa línea doctrinal, podemos afirmar que " *cuando hablamos de legalidad constitucional, generalmente nos referimos a un sistema que contiene las formas de producción del derecho y sus contenidos constitucionales formulados por los derechos fundamentales de manera tal que, mediante determinados procedimientos, es posible reformar las formas de producción y los contenidos constitucionales. Y es desde dicho plano a partir del cual se estructura la validez del sistema jurídico subordinado.*

Desde el momento que a dicho orden jurídico, se incorpora un sistema jurídico externo que tiene sus propios parámetros de producción, de contenidos y de órganos de interpretación, el concepto de legalidad constitucional queda superado y es necesario encontrar un nuevo significante omnicomprensivo de las distintas fuentes que concurren y cohabitan. Cuando la Constitución remite desde su texto a un ordenamiento distinto lo hace en razón de la aplicabilidad, pero no de la validez. El fundamento de validez de cada norma habrá de buscarse en la norma constitutiva del correspondiente sistema normativo. La constitución solo resuelve su aplicabilidad y llegado el caso, el régimen concreto de aplicación.

El ordenamiento jurídico se estructura a partir del principio de constitucionalidad que implica la existencia de una posición de supremacía de la Constitución. Es ella quien otorga cada una de las fuentes del derecho una fuerza individualizadora para introducir normas nuevas en el ordenamiento jurídico y para derogar las normas existentes.

Las normas deben ser proyectadas a la vigencia sociológica para que la fuerza normativa alcance una real encarnadura social.

Aún antes de su recepción constitucional el rol que la jurisprudencia ha asignado (por ejemplo) *a la Convención de los Derechos del Niño ha sido dispar y múltiple. Al respecto se ha señalado que la Convención "quebranta la aplicación lógica formal*

del derecho", "provee principios interpretativos", "modifica la legislación interna", "cubre lagunas", "constituye una pauta de decisión en caso de conflicto de intereses, de valores", "complementa el derecho interno", etc.

Partiendo de la clasificación otrora elaborada por Augusto Belluscio ("Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de Familia", LL 1995-A-936) el ordenamiento jurídico argentino nos presenta un amplio abanico de relaciones entre nuestro Código Civil y demás leyes que regulan al menos incidentalmente, las relaciones de familia y a la cúspide normativa que constituye nuestra regla de reconocimiento constitucional. Existen en nuestra legislación interna ciertos preceptos que se ajustan al espíritu y contenido de dicha regla, otros tanto que se han adecuado a la misma mediante reformas introducidas… algunos que no resultan íntegramente congruentes con ésta y por fin, muchos otros cuya incompatibilidad o discordancia salta a la vista.

En este contexto, son los jueces, como depositarios de la última palabra en un estado constitucional de derecho, quienes se erigen como los principales garantes de los derechos humanos y ante ello están obligados a reconocer su preeminencia por sobre cualquier ordenamiento jurídico infraconstitucional que los altere sustancialmente. Es que "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. (GIL DOMINGUEZ, A.; FAMA, M.V., HERRERA, M.; *Derecho Constitucional de Familia* T 1, Bs. As., EDIAR, 2006).

"*…Frente al apartamiento del orden y la normativa constitucional, el Poder Judicial no puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden constitucional en la asignación de competencias. Podría definirse a la misma como la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del*

plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución. Implica un incumplimiento a la norma fundamental, que no sólo puede producirse por la falta total de desarrollo del mandato constitucional, sino también por el desarrollo parcial de lo que aquella dispone. Entonces, debe tratarse de la inobservancia de normas constitucionales no auto-aplicativas, operativas, y, dentro de ellas, las que tengan un carácter de imperativas o de cumplimiento obligatorio. En definitiva, un mandato concreto.

Se deben dar dos recaudos: en primer lugar, que la infracción constitucional sea producto de la inacción; y que esta inacción sea atribuible a cualquiera de los poderes constituidos o a cualquier funcionario público. Es decir, "la inconstitucionalidad por omisión es producida por la inactividad, quiescencia, ocio, abstención, inercia, apatía, paro, indolencia, desidia, desinterés, molicie, dejadez, incuria, inmovilidad, displicencia, dejación de los poderes constituidos o funcionarios públicos, que produce la pérdida de eficacia normativa de la Constitución." (Bidart Campos Germán J. "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en ED 78- 785)

Aún el seno de la escuela ius positivista, -que sostiene como máximo postulado que la validez de una norma se encuentra supeditada solamente a que su contenido y elaboración (procedimiento y órgano) haya sido elaborada de acuerdo a lo establecido por una norma superior, se abrió un debate interno acerca de su eficacia metodológica en virtud de encontrarse en la práctica cotidiana que el derecho no contempla todas las soluciones a los casos posibles; que existen ambigüedades, incompletitudes, vaguedades, vacíos, lagunas, habilitando el rol del juez para la adecuada integración del sistema normativo.

Así se llegó a la formación de otra escuela ius filosófica, la Realista. Ésta destaca como base de sus principios: a) que el derecho se encuentra cambiando constantemente; b) es un medio para fines sociales; c) la sociedad cambia, a su vez, aún más rápidamente de lo que lo hace el derecho; d) el jurista debe observar lo qué hacen los tribunales y ciudadanos con prescindencia de lo que debieran hacer; e)

el jurista debe recelar del supuesto o creencia de que las reglas jurídicas tal como aparecen en los libros, representan lo que los tribunales y la gente hace.

Dentro del realismo la escuela de Upsala de Alf Ross, propone la verificación sociológica de la eficacia de la norma; el comportamiento social a través de la atribución de conductas que evalúa el juez en el caso específico y lo toma como parámetro para identificar el carácter de la norma. (AFTALION, E; VILANOVA, J.; *Introducción al Derecho;* Bogotá; Abeledo Perrot / Editorial Presencia, 1994).

Aún sin identificarme con esta escuela ius filosófica, creo que ese aporte en presente análisis resulta relevante ya que "*el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera*" (Fallos 211:162 - Rev. LL 51-255).

Entonces, si en un marco del control constitucional difuso procede la declaración de inconstitucionalidad de manera oficiosa ante una norma que resulta contraria a los principios consagrados en el bloque de constitucionalidad federal; corresponderá proceder de igual manera si durante el ejercicio del control de la regularidad del orden jurídico se advierten incumplimientos de mandatos constitucionales para legislar y dichas omisiones legislativas (como las abordadas en estas actuaciones) se traducen en situaciones de desigualdad y discriminación para lxs adoptantes y lxs niñxs involucradxs a partir de una distinción entre filiación biológica y adoptiva.

V. Principio de Tutela Judicial Efectiva:

Al respecto se ha dicho "…Como garantía del ciudadano frente al Estado, la tutela judicial efectiva conlleva el indelegable deber de aquel de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real e

igualitario acceso de los ciudadanos a los tribunales, y el aseguramiento de la eficacia de éstos últimos a la hora de prestar el servicio de justicia que cumpla los presupuestos básicos que le son encomendados: remover el conflicto y mantener o restablecer la paz quebrantada o amenazada de quebrantarse … Pero esa protección debe cumplir un recaudo fundamental. La tutela ha de ser además, y muy especialmente, de tipo "efectiva", lo que significa que el proceso —o cualquiera de las otras herramientas de las que se valga el Estado — no debe reducirse a un moderno esquema normativo y un sólido sustento teórico que le de fundamento, sino que en la práctica —y a través de la aplicación diaria en los órganos jurisdiccionales— deben producir resultados útiles, concretos y perceptibles, que afecten la vida de los ciudadanos y satisfaga las legítimas expectativas que éstos tienen sobre su rendimiento (Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?, Rosales Cuello, Ramiro, Marino, Tomás, Publicado en: LA LEY 16/09/2014 , 1 • LA LEY 2014-E , 880).

El concepto de tutela judicial efectiva tiene raigambre constitucional y supranacional en virtud de los tratados suscriptos por el Estado forma parte derechos humanos internacionales por los cuales debe velarse.

Al respecto se ha expedido diversa doctrina. Así, "… Tutela judicial efectiva… Se trata de una directriz que está reconocida como derecho humano en los arts. 8° y 25 CADH, que involucra el derecho a la verdad y el indelegable deber de los jueces de remover obstáculos que impidan el acceso real e igualitario de los ciudadanos a los tribunales y la eficacia de la tarea jurisdiccional. Se plasma en la garantía de acceso a la justicia y el derecho a una sentencia eficaz y efectiva, dictada en tiempo útil, cuyos resultados sean concretos y satisfagan las expectativas sociales sobre el rendimiento del servicio de justicia…" (Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015).

También "…La noción de "tutela judicial efectiva" implica el derecho a ser escuchado por jueces independientes, imparciales y

preconstituidos por la ley (juez natural, art. 18 de la Constitución Nacional), en un proceso con posibilidades de intervención, defensa y prueba en igualdad de oportunidades respecto de la parte contraria (art. 16 de la Constitución Nacional), que culmine con una sentencia debidamente fundada en un plazo razonable. La consideración expresada encuentra reconocimiento en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)…" (Urbina, Paola Alejandra, Plazos del proceso de adopción e interés superior del niño, Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 107, Cita Online: AR/DOC/4270/2015).

En suma, la decisión que aquí se adopte, lo debe ser en un plazo razonable, de manera eficaz y efectiva.

VI. Dictado de medida cautelar como garantía del ejercicio de Derechos en plazo razonable:

La ley 26.854 regula el procedimiento y requisitos para el dictado de medidas cautelares contra el Estado Nacional, aun cuando pudiera ser el propio Estado, quien por acción u omisión vulnera estos derechos.

Así, su art. 1 dispone: "Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos, se rigen por las disposiciones de la presente ley."

Y en su artículo segundo: "Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente: 1. Al momento de resolver sobre la medida cautelar solicitada el juez deberá expedirse sobre su competencia, si no lo hubiere hecho antes. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas cautelares cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. 2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de

Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental. (…)

Aun en el entendimiento de que resulta redundante en esta instancia remarcarlo, debe recordarse que el temperamento procesal a seguir se encuentra signado por el principio de oficiosidad receptado en el artículo 706 del CCCN en salvaguarda de un sector especialmente vulnerable, tal como son los niños sujetos de medidas excepcionales (ley 26.061) respecto a quienes de declara la situación de adoptabilidad y a quienes se debió separar de sus hermanxs y alejarlos de su centro de vida para poder otorgarles una nueva familia.

En esa dirección, la finalidad perseguida en la presente resolución – luego de la declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa – radica esencialmente en disponer una medida que beneficie no solo a la Sra. C , sino también al Sr. M y por sobre todo a los niños los A y N

En el presente caso, dado que la Sra. C se encuentra laborando en relación de dependencia y detentando a su vez el carácter de guardadora de dos niños con fines de adopción, por lo que debiera poder gozar de una licencia en la misma forma que una trabajadora que sea biológicamente madre, es decir por el período de 90 días; ello con fundamento en la particular relevancia que marca ese lapso temporal en la construcción de los vínculos que se ven atravesados por los tiempos subjetivos propios del proceso.

Entonces, si toda trabajadora tiene derecho al goce de una asignación familiar por maternidad que consiste en una licencia paga por noventa (90) días por parte de la ANSES, por razones de equidad, justicia, principio de igualdad ante la ley, principio de no discriminación e Interés Superior del Niño, debiera ser procedente el otorgamiento de una licencia durante la etapa de guarda preadoptiva hasta 45 días después y a descontarse de los 90 días de licencia por maternidad adoptiva, de la misma forma en que suele procederse en la licencia por maternidad biológica, en la que se puede tomar hasta 45 días antes del parto, complementándose los 90 días después del mismo.

Por ello, dado que el requerimiento de otorgamiento de licencia en los términos aludidos se agotaría como medida a través de su efectivo acogimiento y sin que resulte necesaria la iniciación de una ulterior acción para evitar su caducidad o decaimiento, el encuadre procesal se encontrará contemplado a través de una medida autosatisfactiva.

Por sus especiales características, tales providencias son susceptibles de ser despachadas in extremis (XIX Congreso de Derecho Procesal, Corrientes, 1997). Su procedencia requiere no ya la verosimilitud del derecho sino la fuerte probabilidad de la existencia de aquél (conf. CNCiv., Sala E, c. 290.105 del 9500), por cuanto su acogimiento torna generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico de quien peticiona (conf. Galdós, Jorge M. “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, en L.L. 1997F, pág. 482 y ss.).

Y es que “Una solución urgente no cautelar cuya procedencia exige fuerte verosimilitud del derecho, una particular urgencia (muy diferente de la representada por el riesgo de insolvencia que habitualmente constituye el peligro en la demora propio de las cautelares) en cabeza del requirente y la prestación de contracautela. Suscita la formación de un proceso autónomo que puede culminar en una cosa juzgada; proceso cuya materia no debe requerir amplitud de debate ni complejidad de prueba ("cuestión líquida"). Su sustanciación previa (sea mediante la fijación de un traslado o la celebración de una audiencia) dependerá de las circunstancias del caso, aunque el hecho de no oír previamente a su destinatario será una solución excepcional justificada por situaciones de urgencia impostergable. Una vez decretada, debe ser ejecutada de inmediato y sin admitir interferencias, por lo que toda impugnación o cuestionamiento que merezca sólo puede poseer efecto devolutivo; es decir, que lo ordenado se cumplirá sin entorpecimientos o dilaciones.

(Peyrano, Jorge W. y Prada

Errecart, Agustín, “La trastienda de algunas instituciones procesales de origen pretoriano”, La Ley 8/08/2018, 1, LL 2018D, 1124, cita Online: AR/DOC/1707/2018).

Obligar a lxs adoptantes a litigar en otro Fuero para exigir las prestaciones debidas y verificada ante el juez natural de la causa, atenta contra todo principio de razonabilidad y agrede insalvablemente la garantía de remedio judicial, breve, expedito y en plazo razonable impuesto por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos e invariablemente sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por sobre todo, continúa fomentando una mirada biologicista en el marco de los derechos involucrados.

En consecuencia, habiendo examinando las circunstancias precedentemente expuestas, doctrina, normativa y jurisprudencia citada así como también lo requerido por el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Provincia de y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público; **Resuelvo:**

1.- Declarando para este caso la inconstitucionalidad e Inconvencionalidad por omisión del régimen de licencias de la ley de contratos de trabajo (Ley de Contratos de Trabajo 20.744/1974) por no contemplar la maternidad/paternidad durante la etapa de guarda con fines de adopción.

2.- Disponer con carácter de medida autosatisfactiva que la ANSES y F C S.A. Otorguen en forma urgente e inmediata a la Sra. A J C (DNI N°:) una licencia por maternidad durante la etapa de guarda preadoptiva de 45 días y a descontarse de los 90 días de licencia por maternidad adoptiva.

Dado que la guarda ha sido otorgada en fecha 01/09/2022 y aceptada en idéntica fecha, el cómputo de días se vería disminuido, contraríando los principios perseguidos en la presente. Por ello, la licencia deberá computarse a partir de la notificación de lo aquí resuelto.

Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 82

Notifíquese a la Sra. C y al Sr. M mediante cédulas, a F C S.A. Y al RUA Mediante oficios en los términos de la ley 22172 a diligenciarse en forma digital, a la ANSES mediante sistema DEOX y a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces.

Comentado [MM1]: Manuel Matteo. Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Justicia Nacional en lo Civil en el fuero especializado en familia y salud mental; estudiante de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia en la Universidad de Buenos Aires.-

Signature Not Verified
Digitally signed by ALEJANDRO SIDERIO
Date: 2022.09.20 20:44:12 ART