

Nº45

P. R., E. M. CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA

Número: EXP 4013/2020-0

CUIJ: EXP J-01-00026002-5/2020-0

Actuación Nro: 14717256/2020

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de junio de 2020.-

VISTOS: estos autos para resolver la medida cautelar solicitada.

RESULTA:

I.- La Sra., por derecho propio, conjuntamente

con sus letrados patrocinantes ELIANA ELIZABETH BAGNERA (T°116 F°583 C.P.A.C.F.), MATÍAS FRANCISCO LANCHINI (T°116 F°594 C.P.A.C.F), EMILIANO BLANCO (T°131 F°756 C.P.A.C.F.), MARÍA CELESTE CATTANEO (T°130 F°733 C.P.A.C.F.), MARÍA SUYAI LUTZ (T°132 F°298 C.P.A.C.F.) y LUCAS ADRIÁN ARAKAKI, (T°95 F°155 del C.P.A.C.F) solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa –en los términos del art 177 y ss. del CCAyT- contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (en adelante, GCBA), con el objeto de que “cautelar y provisoriamente mientras dure la emergencia sanitaria y/o hasta el dictado de una sentencia en un juicio de fondo, se ordene al GCBA reconozca el uso y goce de la licencia prevista en el art. 6 del Decreto Nro. 147-AJG/20” (conf. punto I del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Asimismo, solicitó que “para el incumplimiento de la medida cautelar (...) se fijen sanciones conminatorias de carácter pecuniario para cada día de mora (art. 804 bis del CCCN), de una magnitud tal que desaliente cualquier resistencia de las partes” y que la resolución a adoptarse “se notifique a las partes con habilitación de días y horas inhábiles” (conf. punto I del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Indicó que la acción principal que iniciará perseguirá se reconozca el goce de la licencia prevista en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020 y se ordene la reparación de los daños y perjuicios sufridos por ella y su hijo discapacitado.

Por su parte, en atención a la suspensión de plazos que se encuentra vigente para el trámite de procesos no urgentes, manifestó que, en su caso, la demora en el tratamiento de la acción pondría en riesgo la vida de su hijo. Ello, en la medida en que el suyo es un hogar monoparental y que su hijo padece una discapacidad que requiere su presencia y atención. Actividades que no serían compatibles con la pretensión del GCBA de que se reintegre a prestar tareas en su lugar de trabajo.

En función de tales circunstancias, requirió que se habilite el trámite incluso en días y horas inhábiles.

A continuación, expuso sus antecedentes laborales. Explicó que se desempeña en el HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS BERNARDINO RIVADAVIA de esta Ciudad y que ingresó a prestar tareas como enfermera el 01/VIII/2009.

Actualmente, según dijo, presta servicios en la Unidad de Cuidados Intensivos de adultos, en el horario de 12 a 18 horas, en tareas de asistencia directa a pacientes.

Específicamente, adujo que ello incluye desde el suministro de medicamentos hasta el cuidado e higienización de los pacientes.

Explicó que el suyo es un hogar monoparental, compuesto por ella y su hijo A.A.S., de 15 años de edad.

Al respecto, destacó que, de acuerdo con el certificado acompañado como prueba documental, su hijo “presenta diagnóstico de Esquizofrenia tipo paranoide (F 20.1), siendo por ello una persona discapacitada” (conf. punto VI.c, del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

En ese sentido, describió las características de comportamiento que genera dicha patología e indicó que A.A.S. actualmente se encuentra medicado. En particular, destacó que hasta que se inició el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, A.A.S. concurría a un centro terapéutico (SIAPRIC) en el que recibía tratamiento psicológico y realizaba actividades recreativas que apuntaban a reestablecer su socialización fuera del hogar. Aclaró que mientras se encontraba allí no requería su compañía.

Manifestó que en las actuales circunstancias, vedada la posibilidad de que A.A.S. concurra al centro terapéutico y careciendo de otra persona que se ocupe de atenderlo en su ausencia, “dada la gravedad de la discapacidad que posee el menor es

imprescindible que quede en su casa al cuidado de su madre”. Por tal motivo, adujo, que resulta imprescindible que se le confiera la licencia excepcional establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020 (conf. punto VI.c del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Para dar cuenta de sus dichos, transcribió el certificado expedido por la médica tratante de su hijo, la Dra. LUCIANA OCCHIPINTI (Médica Psiquiatra M.N 122.709) quién señaló que: “... la Sra. Estela Maria Perez Ramirez DNI: 17. 658.244 debe cuidar a su hijo (A.S.S.) las 24 horas dado que el paciente se encuentra en tratamiento psiquiátrico y no puede quedar sólo debido a la gravedad del caso” (conf. punto VI.c, del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

En ese sentido, afirmó que A.S.S. “el 21 de mayo de 2020 tuvo una crisis muy fuerte por lo que la actora procedió a llevarlo al Hospital Tobar García, en donde le hicieron un chequeo general e indicaron a la actora que debía quedarse al cuidado de su hijo prestándole la mayor de las atenciones dada la gravedad de su enfermedad” (conf. punto VI.c del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

En este contexto, explicó que requirió hacer uso de la licencia prevista en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020 y que ello fue debidamente comunicado al GCBA mediante nota cuyo texto reprodujo.

Adujo que, sin embargo, la demandada guardó silencio hasta el día 2/VI/2020, fecha en que le envió la CD066724795, que también transcribió parcialmente. En esta última pieza la intimó a que cumpliera con la prestación de tareas que tiene encomendada.

Destacó que rechazó la intimación del GCBA mediante CD067181097, en fecha 4/VI/2020, por los fundamentos ya explicitados.

En atención a las circunstancias descriptas, requirió el dictado de una medida cautelar autónoma a efectos de garantizar que el ejercicio de su derecho no resulte frustrado con anterioridad a que promueva el respectivo proceso en que cuestionara el comportamiento desarrollado por la demandada. En ese sentido, en cuanto a la verosimilitud de su derecho, afirmó que “se encuentra altamente vulnerado y afectado

tanto el derecho a la vida como el derecho a la salud” dada la patología que padece su hijo (conf. punto VII del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Al respecto, con cita y parcial transcripción de numerosos instrumentos internacionales y normas constitucionales, expuso la amplitud, consideración y cuidado que merecen los derechos involucrados.

Particularmente, expresó que “[l]a salud laboral es un derecho humano fundamental. Es un medio destinado a promover y resguardar el bienestar físico y psíquico de los trabajadores y para prevenir que ocurran daños a la salud de los mismos” (conf. punto VII del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Por otra parte, hizo hincapié en que la propia Constitución local determina que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental, razón por la cual se garantiza a su respecto una inversión social prioritaria.

En ese orden de ideas, recordó que el decreto 147-GCBA-2020 estableció la licencia especial que necesita. Adujo que al desempeñarse en un servicio reputado esencial podría, en principio, considerarse excluida de su alcance. Sin embargo, destacó que en su caso debía valorarse que “las licencias especiales constituyen un instrumento fundamental para garantizar, no sólo los derechos de los trabajadores y trabajadoras, sino también la protección integral de la familia y particularmente la salud y protección del hijo discapacitado, como es el presente caso” (conf. punto VII.a.2 del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

A efectos de fundar su postura, recordó la normativa internacional, constitucional y local que da amparo a los derechos de las personas con discapacidad y también la relativa a derechos de los niños; destacando que su hijo ostenta ambas calidades.

Por otra parte, puso de manifiesto que, en su caso, la Administración incurrió en vía de hecho, puesto que no emitió acto administrativo para desestimar el derecho de la actora a gozar de la licencia prevista en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020.

Señaló que si el GCBA tenía motivos para rechazar su licencia, debería haber

dictado el correspondiente acto administrativo expresando sus motivos y haberla citado para que pudiera ejercer su derecho de defensa, con todas las garantías del debido proceso.

En ese sentido, afirmó que “la obligación de la Administración de expresar la causa y los fundamentos de hecho y de derecho de su obrar, de cumplir con los procedimientos, como es el de requerir el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos, implica la posibilidad real de garantizar el derecho constitucional de defensa de los afectados, además de que la ciudadanía pueda controlar la actividad de la Administración” (conf. punto VII.a.4 del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Concluyó sus dichos relativos a la verosimilitud del derecho expresando que “[r]esulta evidente que, ante la inexistencia de acto de rechazo de la licencia solicitada, y por lo tanto de expresión de voluntad que cumpliera con los requisitos legales y dictamen jurídico previo, [el GCBA] afectó por una vía de hecho el derecho a protección a los trabajadores como el derecho a la salud del hijo” (conf. punto VII.a.4 del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Prosiguió su argumentación indicando que el peligro en la demora de otorgar la tutela cautelar se encuentra suficientemente acreditado. Adujo que atento a la intimación cursada, se constata el inminente el daño y el peligro en la demora que afecta la vida y la salud de su hijo discapacitado (conf. punto VII.b del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Destacó que la intimación que recibiera del GCBA en fecha 2/VI/2020 estableció el término de cuarenta y ocho (48) horas para que se reintegrara a prestar tareas. Señaló que la coloca frente a una aciaga alternativa: Cumplir la intimación dejando a su hijo sin atención o permanecer a su lado exponiéndose a descuentos salariales o al despido.

Por otra parte, en lo atinente a la no afectación del interés público, sostuvo que “de otorgarse la cautela peticionada, no se afectaría el eventual interés público comprometido. Ya que es una obligación para el GCBA proteger la salud de sus

habitantes, particularmente de sus trabajadores y familiares, y en este caso el de la actora teniendo en cuenta el grave riesgo que conlleva que se presente a prestar tareas. En efecto, de no otorgar la medida cautelar se estaría causando un daño superior” (conf. punto VIII del escrito de inicio presentado en fecha 5/VI/2020 – actuación n° 14716686/2020).

Ofreció caución juratoria, detalló la prueba documental acompañada, formuló reserva de caso federal, detalló sucintamente el derecho en el que se ampara y solicitó se hiciera lugar a la medida en todas sus partes.

Finalmente, en fecha 05/VI/2020, pasaron los autos a resolver la medida cautelar requerida.

Y CONSIDERANDO:

I.- La petición cautelar deducida encuentra su fundamento normativo en lo dispuesto por el artículo 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, CCAyT).

La norma citada establece que las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos del proceso. Entre ellas, pone énfasis en las de carácter positivo, vinculadas con la pretensión de la actora, quien requiere que el GCBA le otorgue la licencia prevista en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020. Ello, en forma previa a iniciar la acción principal en la que perseguirá no solo que se reconozca el goce de dicha licencia sino también la reparación de los daños y perjuicios sufridos por ella y su hijo discapacitado.

El requerimiento efectuado se encuentra específicamente identificado en el artículo 178 del CCAyT, en cuanto admite que las medidas cautelares sean solicitadas antes de deducida la demanda. En este sentido, la actora pretende que la medida protectoria se adopte en forma previa al inicio del proceso principal.

Ello impone que, en caso de admitirse, deba explicitarse también el plazo en que se produce la caducidad de la medida si la demanda posterior no es articulada, conforme lo dispone el artículo 179 del CCAyT.

Dicho esto, cabe recordar que los recaudos necesarios para acceder a la tutela identificada han sido establecidos por el art. 177 del CCAyT. Se requiere la acreditación

de un perjuicio inminente o irreparable, que el cumplimiento de la medida no genere grave perjuicio al interés público y que la decisión u omisión de la autoridad administrativa ostente una ilegalidad manifiesta.

Puede afirmarse que el legislador local ha mantenido los recaudos de admisibilidad tradicionalmente exigidos en el ámbito de la justicia administrativa para la concesión de una medida cautelar. En primer lugar, la verosimilitud del derecho, calificada aquí por la ilegitimidad manifiesta de la conducta estatal. Luego, el peligro en la demora, identificado con los graves daños que pudieran causarse de no accederse a la tutela y cuya producción resulte inminente o irreparable. Finalmente, la no afectación al interés público, aunque advirtiendo que no basta una simple interferencia con dicho interés para negar la medida sino que dicha perturbación debe ser grave.

A su vez, cabe tener presente que es un principio sentado por la jurisprudencia del fuero que para hacer lugar a una medida cautelar, a mayor verosimilitud del derecho, menor necesidad de peligro en la demora; y a mayor peligro en la demora, menor necesidad de verosimilitud en el derecho (vgr., CCAyT, Sala II, 21/XI/2000, "Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA)."

Finalmente, es necesario destacar que el ordenamiento procesal confiere a los jueces la facultad de disponer medidas cautelares distintas de las solicitadas o limitarlas, a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los derechos o intereses y teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intenta proteger (cfr. artículo 184 del CCAyT).

II.- En consecuencia, se analizará el cumplimiento de los extremos necesarios para el otorgamiento de la medida cautelar dirigida a garantizar un umbral mínimo de efectividad del derecho a la salud y a la vida de A.A.S., quién además merece especial protección por su edad y discapacidad. Ello, en directa vinculación con el ejercicio por la Sra. ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ de sus derechos como mujer trabajadora que integra una familia monoparental y su pretensión de gozar de la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020.

Resulta, entonces, ineludible determinar los alcances de los derechos

involucrados en nuestro ordenamiento jurídico. Ellos son, el derecho a la salud y a la vida de una persona menor de edad discapacitada y el derecho de gozar de una licencia y percibir la remuneración correspondiente de una mujer a cargo de una familia monoparental mientras se mantengan las circunstancias que la determinaron.

III. En relación con la verosimilitud del derecho, resulta, entonces, ineludible determinar el alcance de los derechos invocados en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. En primer orden, corresponde referirse al derecho a la salud.

IV.1. Sentado ello, toda vez que la acción persigue la protección del derecho a la salud del menor A.A.S. con el consiguiente derecho de asistencia por parte de su madre, debe tenerse presente que estos derechos han sido reconocidos y protegidos en numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Así, conforme la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (art. XI). Por otro lado, entre los deberes que establece, dispone que toda persona tiene el deber de asistir y amparar a sus hijos menores de edad (art. XXX).

Con similar orientación, la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3).

Asimismo, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25.1).

Por su parte, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1). En este sentido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó este artículo mediante la Observación General 14 y refirió que debe asegurarse el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, poniendo la obligación de su garantía en cabeza de los Estados Parte, como asimismo, en la de los demás actores que prestan servicios de salud.

Por otro lado, la CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO prevé que los estados

partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (art. 3).

Por otra parte, prevé que los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6, incisos 1 y 2).

En consonancia con ello, dispone que los estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23).

Como corolario de ello, también establece que los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24.1).

Finalmente, se dispone que los estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27, inciso 1).

IV.1.1. Ahora bien, a efectos de terminar de circunscribir los márgenes del derecho a la salud en el vértice de nuestro ordenamiento, resulta necesario detenerse en su regulación constitucional local.

A su turno, la CCABA establece en su artículo 10 que rigen en el ámbito local “todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

En particular, el derecho a la salud integral ha sido reconocido en su artículo 20.

Allí se determina que: “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y

rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad”.

IV.1.2. Resulta necesario ahora examinar la reglamentación del derecho a la salud que, en el ámbito de la Ciudad, ha realizado la Legislatura local.

La legislatura local ha reglamentado el derecho con la sanción de la ley 153, denominada Ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires. En ella garantiza el derecho a la salud integral (art. 1°) y establece que esta garantía se sustenta –entre otros principios– en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (art. 3°, inc. “d” y “e”).

A su vez, la legislatura local también ha reglamentado dicho derecho en lo que respecta a los Niños, Niñas y Adolescentes con el dictado de la ley 114 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Allí se estableció que “Los derechos y garantías enumerados en la presente ley deben entenderse complementarios de otros reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

Así dicho cuerpo normativo dispone que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud” (art. 22).

Por otro lado, dicha norma establece que: “Las niñas, niños y adolescentes con necesidades especiales de cualquier índole tienen derecho a disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad e integración igualitaria” (art. 21).

Por su parte, en lo que aquí interesa resaltar, se dispuso que “[i]ncumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo de sus hijos/as para su protección y formación integral. La Ciudad de Buenos Aires respeta los derechos y deberes de los padres y les presta la ayuda necesaria para su ejercicio con plenitud y responsabilidad” (art. 34).

IV.2. Teniendo en cuenta el caso que nos ocupa, particularmente la condición de salud del menor A.A.S., corresponde examinar también el marco de protección que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las personas con discapacidad.

IV.2.1. La CONSTITUCIÓN NACIONAL ha enfatizado la particular protección de la

que resulta merecedor todo aquel que enfrenta discapacidad. En ese sentido, no considera suficiente garantizar la mera igualdad formal (conf. art. 16, CN), sino que impone asegurar una igualdad a la que podríamos denominar inclusiva. Así debe interpretarse el deber del Congreso de la Nación de “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños... y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN).

IV.2.2. Por otro lado, el derecho en análisis es caracterizado, en particular por un tratado internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En este sentido, es necesario detenerse en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ratificada por el Congreso de la Nación a través de ley 26.378, publicada en el BO 31422 del 09/VI/2008, y elevada a jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75 inciso 22 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, en el año 2014, por la ley 27.044, publicada en el BO 33035 del 22/XII/2014.

El mentado instrumento internacional, en su artículo 1º, dispone: “[e]l propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Entre sus principios, en lo que aquí interesa, se destacan el respeto de la dignidad inherente, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (conf. art. 3º, CDPD).

Los Estados Partes asumen por ello el compromiso de “[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”, en particular las que resulten necesarias para “para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y

prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (conf. art. 4º, inc. 1, aps. a y b, CDPD). Como corolario deberán también “[a]bstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella” (conf. art. 4º, inc. 1, ap. d, CDPD).

En esa trama, se reconoce entre los derechos “que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna” (conf. art. 5º, inc. 1, CDPD). Como consecuencia de ello, los Estados parte asumen la obligación de prohibir “toda discriminación por motivos de discapacidad” y se comprometen a garantizar “a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo” (conf. art. 5º, inc. 2, CDPD). Además, a efectos de “promover la igualdad y eliminar la discriminación”, deben adoptar “todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables” (conf. art. 5º, inc. 3, CDPD).

Adquiere particular desarrollo aquí el reconocimiento por los Estados Partes del derecho a “gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad” (conf. art. 25, CDPD).

En definitiva, todo el marco protectorio establecido en el instrumento se dirige a garantizar la equiparación de oportunidades, la igual dignidad y valor de las personas con discapacidad. Ello se traduce en la obligación de asegurarles un nivel de vida adecuado. En concreto, los Estados Partes reconocen este derecho, que “incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida”, comprometiéndose a adoptar “las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad” (conf. art. 28, inc. 1, CDPD).

IV.2.3. Una vez que se ha concluido el análisis de la Convención, resulta necesario detenerse en las decisiones y recomendaciones del Comité de Seguimiento, a las que se reputa integrantes de las condiciones de vigencia del instrumento (en los términos del artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

IV.2.3.1. En este sentido, el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD se ha pronunciado sobre la situación de las personas que enfrentan discapacidad en Argentina en sus Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012).

En aquella oportunidad señaló que “en la armonización de la Convención con el ordenamiento jurídico nacional persisten importantes inconsistencias con los principios y mandatos de este tratado; especialmente, en lo relativo al igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley”. Mostró a la vez preocupación porque “no toda la legislación provincial del Estado parte esté armonizada con la Convención,” situación que “genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y a su efectiva implementación” (párr. 5).

Por ello, instó a Argentina a que “tome las medidas necesarias para armonizar toda su legislación a nivel federal, provincial y local con los preceptos de la Convención, contando para ello con la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el párrafo 3 del artículo 4 de la Convención” (párr. 6) y a que “promueva una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención, teniendo debidamente en cuenta el modelo de derechos humanos de la discapacidad” (párr. 8).

IV.2.3.2. Continuando con el análisis de lo actuado por el COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, es necesario detenerse en su OBSERVACIÓN GENERAL N° 6, DEL 26/IV/2018, tendiente a aclarar el alcance de las obligaciones de los Estados partes en relación con la igualdad y la no discriminación, consagradas en el artículo 5 ° de la Convención.

El Comité comienza destacando su preocupación por “el hecho de que las leyes y políticas de los Estados partes sigan considerando la discapacidad desde la perspectiva del modelo médico o de beneficencia, a pesar de que esos modelos son incompatibles con la Convención. El uso persistente de esos paradigmas impide reconocer a las personas con discapacidad como plenos sujetos de derecho y titulares

de derechos” (párr. 2, Observación General 6, CsDPD).

En ese sentido, luego de destacar que “[l]a ampliación de las leyes contra la discriminación y los marcos de derechos humanos ha permitido mejorar la protección de los derechos de las personas con discapacidad en muchos Estados partes,” advierte que “las leyes y los marcos regulatorios siguen siendo a menudo imperfectos e incompletos o ineficaces, o bien reflejan un conocimiento insuficiente del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. Muchas leyes y políticas nacionales perpetúan la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, así como la discriminación y la violencia contra ellas. No suelen reconocer la discriminación múltiple e interseccional ni la discriminación por asociación; no reconocen que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación; y carecen de mecanismos eficaces de reparación jurídica y resarcimiento. Para muchos, esas leyes y políticas no entrañan discriminación por motivos de discapacidad, ya que están justificadas porque su propósito es proteger o atender a las personas con discapacidad o velar por su interés superior” (párr. 3, Observación General 6, CsDPD).

En dicho contexto, el Comité destaca que “[l]a igualdad y la no discriminación son dos de los principios y derechos más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Dado que están intrínsecamente conectados con la dignidad humana, son la piedra angular de todos los derechos humanos” (párr. 4, Observación General 6, CsDPD). Por ello, hace notar que “[e]l término “dignidad” aparece en la Convención con más frecuencia que en ninguna otra convención de derechos humanos de las Naciones Unidas” y que “[l]a igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención” (párrs. 6 y 7, Observación General 6, CsDPD).

El Comité interpreta que la Convención debe ser analizada bajo la óptica del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos. En ese sentido, señala que “[l]os modelos médico o individual de la discapacidad impiden que se aplique el principio de igualdad a las personas con discapacidad. En el modelo médico de la discapacidad no se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que estas quedan “reducidas” a sus deficiencias. En estos modelos se considera la norma dispensar un trato diferencial o discriminatorio a las personas con

discapacidad y excluirlas, y esa actitud se legitima mediante un enfoque de la discapacidad basado en la perspectiva médica”. Destaca que las interpretaciones y aún instrumentos internacionales que se basan en el modelo médico de la discapacidad conducen a que las “deficiencias” sean consideradas “motivo legítimo para restringir o denegar derechos” (párr. 8, Observación General 6, CsDPD).

Como contrapartida, el Comité destaca que “[e]l modelo de discapacidad basado en los derechos humanos reconoce que la discapacidad es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los derechos humanos. Según ese modelo, la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad. Ese modelo también reconoce que los derechos humanos son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí” (párr. 9, Observación General 6, CsDPD).

En ese punto, se advierten las consecuencias más notorias del cambio de paradigma. El Comité afirma que “[l]a igualdad de oportunidades, como principio general de la Convención en virtud del artículo 3, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva. La igualdad formal lucha contra la discriminación directa tratando de manera similar a las personas que están en situación similar. Puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones al “dilema de la diferencia”, ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos.

La igualdad sustantiva, en cambio, aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder. Admite que el “dilema de la diferencia” entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad” (párr. 10, Observación General 6, CsDPD).

En consecuencia, la igualdad reconocida por la Convención y exigible a los Estados partes es una igualdad inclusiva. Para el Comité “[l]a igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención. Abarca un modelo de igualdad sustantiva, al tiempo que amplía y detalla el contenido de la igualdad en las dimensiones siguientes: a) una dimensión redistributiva justa para

afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. La Convención se basa en la igualdad inclusiva” (párr. 11, Observación General 6, CsDPD).

En el párrafo titulado “[e]l carácter jurídico de la no discriminación y la igualdad,” el Comité sostiene que “[l]a igualdad y la no discriminación son tanto principios como derechos. En la Convención se hace referencia a ambas, en el artículo 3 como principios y en el artículo 5 como derechos. También son un instrumento interpretativo de todos los demás principios y derechos consagrados en la Convención. Los principios y derechos de igualdad y no discriminación son una piedra angular de la protección internacional garantizada por la Convención. Promover la igualdad y luchar contra la discriminación son obligaciones transversales de cumplimiento inmediato, no están sujetas a un cumplimiento progresivo” (párr. 12, Observación General 6, CsDPD). En ese sentido, sostiene que “[e]l artículo 5 de la Convención... establece de por sí un derecho autónomo independiente de otras disposiciones. Prohíbe la discriminación de iure o de facto en cualquier ámbito regulado y protegido por las autoridades públicas” (párr. 13, Observación General 6, CsDPD).

Una vez establecidas las bases a través de las cuales el Comité aclara las obligaciones de los Estados partes respecto de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, se determina su contenido específico. En primer lugar, el Comité analiza el alcance del artículo 5, párrafo 1 de la Convención sobre la igualdad ante la ley y en virtud de ella. Señala que la expresión “igualdad ante la ley” describe el derecho de las personas “a la igualdad de trato por ley y también en la aplicación de la ley, como ámbito”. Ahora bien, la “igualdad en virtud de la ley,” sostiene, “es un concepto exclusivo de la Convención”. Dicha expresión “[h]ace referencia a la posibilidad de entablar relaciones jurídicas. Si bien la

igualdad ante la ley se refiere al derecho a recibir protección de la ley, la igualdad en virtud de la ley se refiere al derecho a utilizar la ley en beneficio personal. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir protección de manera efectiva y a intervenir de manera positiva. La propia ley garantizará la igualdad sustantiva de todas las personas de una jurisdicción determinada. Por lo tanto, el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad son iguales en virtud de la ley significa que no deben existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y que deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas” (párr. 14, Observación General 6, CsDPD).

El Comité advierte que tal hermenéutica de los términos “igualdad ante la ley” e “igualdad en virtud de la ley” está en consonancia con el artículo 4, inciso 1, apartados b) y c) de la Convención. Atento a ello, “los Estados partes deben velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en la Convención; se modifiquen o deroguen las leyes, los reglamentos, las costumbres y las prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y se tengan en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad” (párr. 15, Observación General 6, CsDPD).

En segundo lugar, el Comité determina el alcance del artículo 5, párrafo 1, del Convenio, sobre el derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida. Aduce que la expresión “igual protección legal” es utilizada “para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas”. A idéntico tiempo señala que al leer el artículo 5 en conjunción con los artículos 1, 3 y 4 de la Convención “resulta evidente que los Estados partes deben adoptar medidas positivas para facilitar que las personas con discapacidad disfruten en igualdad de condiciones de los derechos garantizados en la legislación. Con frecuencia deben proporcionar accesibilidad, ajustes razonables y apoyos individuales. A fin de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, se

emplea la expresión “beneficiarse de la ley en igual medida”, lo que significa que los Estados partes deben eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos” (párr. 16, Observación General 6, CsDPD).

En tercer lugar, el Comité analiza el alcance del artículo 5, párrafo 2, de la Convención sobre la prohibición de la discriminación y la protección legal igual y efectiva.

El Comité señala que “[e]l artículo 5, párrafo 2, contiene los requisitos jurídicos para el logro de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y las personas asociadas a ellas.” En efecto, para el Comité “[l]a obligación de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo tiene un gran alcance e impone a los Estados partes obligaciones positivas de protección. La protección contra la discriminación por motivos de discapacidad comprende todas “las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. Para el Comité una de las innovaciones que en esta materia establece la Convención es justamente la de incluir “la “denegación de ajustes razonables” como forma de discriminación por motivos de discapacidad;” la restante, la de incorporar la expresión “en igualdad de condiciones”. Ello “significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población en general. Por otra, exige que los Estados partes adopten medidas específicas concretas para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad a fin de que puedan disfrutar realmente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párr. 17, Observación General 6, CsDPD).

Entre las formas de discriminación que el Comité destaca y que resultan atinentes al conflicto que motiva los presentes actuados, cabe destacar:

a) La “discriminación indirecta,” en cuanto significa que “las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. Se produce cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad excluye a ciertas personas debido a que su condición no les permite beneficiarse de ella;”

b) La “denegación de ajustes razonables”, en cuanto constituye discriminación que se denieguen “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (que no impongan una “carga desproporcionada o indebida”) cuando se requieran para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos o libertades fundamentales” (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

Esto último conduce a la interpretación que, en cuarto lugar, el Comité efectúa sobre el artículo 5, párrafo 3, de la Convención sobre el alcance de la obligación de adoptar ajustes razonables.

El Comité afirma que “ [l]os ajustes razonables son una parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad” (párr. 23, Observación General 6, CsDPD).

Establece que “ [a] ser una obligación ex nunc, los ajustes razonables, deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos. Los ajustes razonables son solicitados a menudo, aunque no necesariamente, por la persona que requiere el acceso o los representantes de una persona o un grupo de personas facultados para hacerlo. Los ajustes razonables deben negociarse con el solicitante o los solicitantes. En determinadas circunstancias, los ajustes razonables realizados pasan a ser un bien público o colectivo. En otros casos, solo beneficiarán a quienes los solicitan. La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación reactiva individualizada, que debe atenderse desde el momento en que se recibe una solicitud de ajustes. Los ajustes razonables exigen que el garante de los derechos entable un diálogo con la persona con discapacidad. Es importante señalar que la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

Para el Comité la expresión “ajustes razonables” es un único término y la razonabilidad del ajuste “hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad” (párr. 25, Observación General 6, CsDPD).

IV.2.4. Una vez que se ha analizado lo actuado por el Comité resulta necesario destacar también que la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sostuvo que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” (Corte IDH, “Caso Furlán y familiares vs. Argentina”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/VIII/2012, párr. 134).

Concretamente, en cuanto a la obligación que pesa en cabeza de los Estados, el citado TRIBUNAL afirmó que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad [por lo que deben] propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad.”

IV.2.5. Finalmente, cabe destacar que la Constitución local se ha ocupado también de garantizar los derechos de las personas con discapacidad al establecer que “[l]a Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades”. Para cumplir tan alto propósito “[e]jecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral.” El sistema de protección se complementa con la decisión de organizar “...el desarrollo del hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes” (conf. art. 42, CCABA).

Siguiendo la mejor tradición protectoria, también se ocupa por asegurar un

nuevo paradigma de igualdad. Afirma que “[t]odas 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. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11, CCABA)”

En ese sentido, el constituyente dirigió a la Legislatura de la Ciudad (artículo 80, inciso 7, CCABA) mandato idéntico al establecido en el artículo 75 inciso 23 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, anteriormente citado.

Resulta relevante destacar que el generoso reconocimiento que la Constitución de la Ciudad confiere al derecho a la salud, ya analizado, sufre una caracterización especial cuando se trata de personas con discapacidad. Así, cabe reiterar que en su artículo 20 “garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.” En función de ello, “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad”.

La Constitución impone a la Legislatura el deber de sancionar una ley Básica de Salud. Entre otros lineamientos, dicho instrumento debe, en lo que aquí importa, garantizar “la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales” (conf. art. 21, inc. 7, CCABA).

En lo que al caso refiere, debe considerarse también el lineamiento a través del cual la ley debe desarrollar “una política de medicamentos que garanti[ce] eficacia, seguridad y acceso a toda la población. Promueve el suministro gratuito de medicamentos básicos” (conf. art. 21, inc. 10, CCABA).

En dicho contexto, la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria (conf. art. 22, CCABA).

IV.2.6. Reseñado el marco constitucional local en lo que hace al derecho de las personas con discapacidad, corresponde ahora examinar su reglamentación.

La Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 447, publicada en el BOCBA 1022 del 07/IX/2000, denominada “Ley Marco de las Políticas para la Plena Participación e Integración de las Personas con Necesidades Especiales”.

A su vez, en lo que al caso refiere, se dictó la ley 448 de salud mental, publicada en el BOCBA 1022 del 07/IX/2000.

El objeto de ella fue “garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. art. 1º).

Asimismo, se establecieron los siguientes principios: “a) Lo establecido por la Ley Básica de Salud N° 153 en el Artículo 3º y en el Artículo 48 Inc. c);

b) El reconocimiento de la salud mental como un proceso determinado histórica y culturalmente en la sociedad, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social, y está vinculada a la concreción de los derechos al trabajo, al bienestar, a la vivienda, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, a la capacitación y a un medio ambiente saludable.

La salud mental es inescindible de la salud integral, y parte del reconocimiento de la persona en su integridad bio-psico-sociocultural y de la necesidad del logro de las mejores condiciones posibles para su desarrollo físico, intelectual y afectivo;

c) El desarrollo con enfoque de redes de la promoción, prevención, asistencia, rehabilitación, reinserción social y comunitaria, y la articulación efectiva de los recursos de los tres subsectores;

d) La intersectorialidad y el abordaje interdisciplinario en el desarrollo del Sistema de Salud Mental;

e) La articulación operativa con las instituciones, las organizaciones no gubernamentales, la familia y otros recursos existentes en la comunidad, a fin de multiplicar las acciones de salud y facilitar la resolución de los problemas en el ámbito comunitario;

[...]

h) La función del Estado como garante y responsable del derecho a la salud mental individual, familiar, grupal y comunitaria. Evitando políticas, técnicas y prácticas que tengan como fin el control social” (conf. art. 2, ley 448).

En otro orden de ideas, cabe destacar que mediante la ley 4036, publicada en el BOCBA 3851 del 09/II/2012, se estableció que “[e]l Gobierno de la Ciudad tendrá a su cargo la implementación de políticas sociales para garantizar el desarrollo progresivo integral de las personas con discapacidad, su cuidado y rehabilitación” (conf. art. 24).

IV.3.- Finalmente, resta referirse al derecho de la actora, mujer a cargo de una familia monoparental, a gozar de una licencia en su trabajo fundada en el cuidado que requiere su hijo menor y el deber de asistencia.

Al respecto, cabe adelantar que dicho derecho integra el plexo de los derechos sociales. Nuestra Constitución Nacional garantiza expresamente el derecho a trabajar en su artículo 14, y, en particular, en su artículo 14 bis, al derecho a “condiciones dignas y equitativas de labor”.

Cabe recordar que resulta particularmente aplicable lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que los derechos reconocidos “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Ello, en un contexto en el que por las personas involucradas, es exigible al Poder Legislativo cumplir con su deber de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres... y las personas con discapacidad” (conf. art. 75 inc. 23, CN).

Ahora bien, la caracterización del derecho en análisis se perfecciona a partir de la constitucionalización de una serie de tratados de derechos humanos que lo contienen (conf. art. 75 inc. 22, CN)

En particular, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (en adelante, PIDESC) reconoce en su artículo 7, punto 1, “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas”, las que deben asegurar

en otros, “condiciones de existencia digna” y “la seguridad en el trabajo”. A su vez, destaca también en su artículo 3 el compromiso de “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados.”

Cabe destacar ahora lo actuado por el COMITÉ DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (en adelante, CPIDESC). En su Observación General 16, destaca que “La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres” (párr. 8, Observación General 16, PIDESC).

El CPIDESC señala luego que el “principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad,” para luego señalar que constituye discriminación contra la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera” (párrs. 10 y 11, Observación General 16, PIDESC).

Nos interesa aquí particularmente lo que el CPIDESC reputa discriminación indirecta. Entiende que ella se produce “cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla” (párr. 13, Observación General 16, PIDESC).

Resulta oportuno detenerse ahora en la Observación General 18 del CPIDESC,

relativa al derecho al trabajo. El instrumento parte de reconocer que “el Pacto proscribiera toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de ... sexo...” (párr. 12, Observación General 18, PIDESC). A continuación, subraya “la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y garantizar igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en relación con su derecho al trabajo...” (párr. 13, Observación General 18, PIDESC).

En el ámbito local, el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad dispone que “[l]a ciudad protege al trabajo en todas sus formas.” A idéntico tiempo, “garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes.” Dicha protección debe ser comprendida a la luz de lo dispuesto en su artículo 38, conforme al cual “La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres.” La perspectiva supone el fomento de “la plena integración de las mujeres a la actividad productiva” y la adopción de “acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado.” En lo que al caso refiere, impone “la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad” a la vez que incorpora el deber de “facilita(r) a las mujeres único sostén de hogar, el acceso ... al empleo... y a los sistemas de cobertura social.”

También la legislatura, en ejercicio de sus atribuciones, ha establecido el régimen de empleo público. La ley 471 en lo que aquí interesa, en su artículo 9, garantiza condiciones dignas y equitativas de labor, un régimen de licencias y la no discriminación por razones de sexo, (conf. art. 9, incs. a), d) y g), ley 471, texto consolidado 2018).

Resulta necesario detenerse también en el derecho a la estabilidad, atento a la intimación que la actora recibiera. La ley garantiza “la estabilidad en el empleo, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por la presente Ley para su reconocimiento y conservación” (conf. art. 9, inc. ñ), ley 471, texto consolidado 2018). Se encuentra prevista la grave sanción de cesantía, entre otras, para casos de “inasistencias

injustificadas que excedan los 15 días en el lapso de los 12 meses inmediatos anteriores” (conf. art. 54, inc. b), ley 471, texto consolidado 2018. Corresponde destacar que la intimación dirigida a la actora fue bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 53 inc. b) de la ley, pero, en el texto ordenado 2016. La norma citada se corresponde al actual 54 inc. b) al que se hiciera mención).

IV.4.- Por otro lado, estimo oportuno describir el contexto específico en el que se inscribe la pretensión cautelar, esto es: la emergencia sanitaria con motivo de la propagación del COVID-19.

A nivel global, cabe recordar que el brote del COVID-19 fue declarado como pandemia por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (en adelante, OMS), el 11/III/2020 (v. cronología elaborada por la propia OMS, <https://www.who.int/es/newsroom/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19> [fecha de consulta: 04/V/2020]).

A raíz de ello, tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales -en concertación con aquel-, fueron adoptando medidas excepcionales de emergencia para preservar la salud de la comunidad en general.

En efecto, a través del decreto de necesidad y urgencia 260/PEN/2020, publicado en el BO 34.327 del 12/III/2020, se amplió la emergencia pública declarada en materia sanitaria por la ley 27.541 de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública (publicada en el BO 34.268 del 23/XII/2019) “en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto” (conf. art. 1º).

Luego, mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/PEN/2020, publicado en el BO 34.334 del 20/III/2020, considerando “la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional” con motivo de la propagación del coronavirus COVID-19, advirtiendo que “no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus” y que “las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19”, se decretó en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y

obligatorio" (conf. art 1°).

Asimismo, se establecieron distintos tipos de restricciones a fin de garantizar el cumplimiento del aislamiento social preventivo (conf. arts. 2º, 4º y 5º), en cuyo marco se encomendó a diferentes reparticiones la fiscalización y de policía (conf. arts. 3º y 4º), al tiempo que se establecieron excepciones a las referidas restricciones (conf. arts. 6º).

Si bien el art. 1º de dicho decreto estableció que su alcance temporal sería hasta el 31/III/2020, dicho plazo fue sucesivamente prorrogado mediante los decretos 325/PEN/2020 (publicado en el BO 34344 del 31/III/2020), 355/PEN/2020 (publicado en el BO 34353 del 11/IV/2020), 408/PEN/2020 (publicado en el BO 34365 del 26/IV/2020), 459/ PEN/2020 (publicado en el BO 34777 del 11/V/2020) y 493/PEN/2020 (publicado en el BO 34388 del 25/V/2020) y una nueva prórroga dispuesta hasta el día 28 de junio del corriente año, con las modificaciones previstas en cada una de las normas citadas.

En lo que refiere al ámbito de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, mediante el DNU 1/GCBA/2020, publicado en el BOCBA 5823 del 17/III/2020, fue declarada la "Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del coronavirus (COVID-19)" (conf. art. 1º).

Como consecuencia de ello, la administración adoptó diversas medidas para un mejor desenvolvimiento de las actividades a llevarse a cabo.

En lo que al caso refiere, dictó la resolución 180-GCABAMHFGC-20 publicada en el BOCBA 5822 del 16/III/2020, mediante la cual se suspendió temporalmente, para algunos organismos, a partir del 1º de abril de 2020 el otorgamiento de licencias y permisos especiales y de autorizaciones excepcionales por ausencia sin goce de haberes.

Así, ha dispuesto "suspender temporalmente, a partir del 1º de abril de 2020, el otorgamiento de las licencias y permisos establecidos en los artículos 24, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60 y 63 inciso c) de la Ley N° 6.035; en los artículos 18, 29, 35, 36, 36 quater y 48 de la Ley N° 471 (texto consolidado según Ley N° 6.017 y modificado por Ley N° 6.147); en el artículo 67 inciso d) del Convenio Colectivo de

Trabajo, instrumentado mediante Resolución N° 2778/MHGC/10; y en los artículos 30, 31 y 32 del Acta de Negociación Colectiva N° 16/19, instrumentada mediante Resolución N° 2675/GCABA-MEFGC/19; en el Punto 2 del Acta de Negociación Colectiva N° 3/19, instrumentada mediante Resolución N° 1970/GCABA MEFGC/19, modificada por la ya citada Acta N° 16/19, para todo el personal dependiente del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su escalafón, en el marco de la pandemia del Coronavirus (CODVID-19”) (art. 1).

En relación con ello, estableció que “la suspensión contemplada en el artículo 1° se extiende también a aquellas licencias que, habiendo sido solicitadas y concedidas, aún no estén iniciadas el 1° de abril de 2020” (art. 2).

Y, finalmente, dispuso “suspender temporalmente, a partir del 1° de abril de 2020, la autorización excepcional por ausencia sin goce de haberes contemplada en el Decreto N° 1550/08” (art. 3).

Finalmente en lo que aquí interesa, el decreto 147-GCBA-2020, publicado en el BOCBA 5824 del 17/III/2020 estableció que “el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todas los organismos bajo su órbita, el Ministerio de Justicia y Seguridad y todas sus dependencias, la Policía de la Ciudad, la Secretaría de Integración Social para Personas Mayores del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat y reparticiones que le dependan a dicha Secretaría, y la Secretaría de Medios y las reparticiones que dependen de la misma, son áreas de máxima esencialidad e imprescindibles durante la vigencia de la pandemia COVID-19 (Coronavirus)” (conf. artículo 1).

En ese contexto, se facultó a las autoridades superiores con rango no inferior a Director General o equivalente de las áreas consignadas en el artículo 1° en relación al personal a su cargo a:

- a) Modificar el lugar y/o repartición laboral y las tareas que realiza en el marco del perfil laboral de cada empleado, para hacer frente a la atención de la situación epidemiológica mencionada.
- b) Disponer la suspensión temporal del otorgamiento de las licencias y permisos contempladas en la Resolución N° 180-GCABA-MHFGC-20 y las que en un futuro se

dicten.

Cuando la máxima autoridad de la jurisdicción lo considere pertinente y por las características de las tareas las mismas puedan ser realizadas de forma remota, podrá disponer la prestación del servicio de forma no presencial.

Sin perjuicio de ello, dispuso que “las autoridades superiores con rango no inferior de rector/a General o equivalente, se encuentran facultadas, de forma excepcional y durante la vigencia de la suspensión de clases dispuesta por la autoridad competente, a autorizar – a solicitud del trabajador -- la justificación de las inasistencias al lugar de trabajo de los progenitores o tutores a cargo de menores hasta catorce (14) años de edad, o hijo/a con discapacidad, que concurren a dichos establecimientos educativos, mediante la debida certificación de tales circunstancias, sin perjuicio del cumplimiento de sus tareas conforme se establezca en la repartición.

En el supuesto que ambos progenitores trabajen en el Sector Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Provincia de Buenos Aires y/o Nacional, la justificación se otorgará sólo a uno/a de ellos/as.

La presente medida no es aplicación para el personal comprendido en las áreas consignadas en el artículo 1° del presente, con excepción de aquellos casos que el Jefe de la Policía de la Ciudad, el titular del Ministerio de Justicia y Seguridad y el titular de la Secretaría de Medios así lo dispongan en el marco de sus competencias.

Asimismo, la presente medida es de aplicación para las áreas comprendidas en el artículo 3° siempre que no afecte la prestación de servicios que se deban asegurar” (art. 6).

V.- Examinado el bloque de juridicidad, resta determinar si, prima facie, el comportamiento adoptado por el GCBA, al negar a la Sra. ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ la licencia que pretende, intimándola a reincorporarse a sus tareas bajo apercibimiento de cesantía, puede ser considerado razonable a la luz de los derechos involucrados y los deberes que constitucionalmente tiene a cargo. O sí, por el contrario, importa un comportamiento manifiestamente ilegítimo con capacidad de afectar gravemente el derecho a la salud y a la vida de A.A.S., menor discapacitado. Ello, a la vez que supone una prohibida discriminación por género que impide a la Sra. ESTELA

MARÍA PÉREZ RAMÍREZ gozar de sus derechos como mujer trabajadora que integra una familia monoparental.

Así, en el acotado margen de análisis que caracteriza a la protección cautelar, cabe señalar que de los elementos acompañados en autos se desprende que la actora es una persona de 54 años que se encuentra a cargo de su hijo de 15 años de edad, quien padece de esquizofrenia paranoide y cuenta con certificado de discapacidad. Ello conforme la documental acompañada (copia del D.N.I de ambos, certificado de nacimiento y certificado de discapacidad).

Asimismo, tal como se ha adelantado, el grupo familiar se caracteriza por ser de tipo monoparental.

Por otro lado, con respecto a la situación laboral de la actora, de las constancias acompañadas surge que es dependiente del GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES conforme se desprende de sus recibos de haberes con fecha de ingreso en el cargo desde el 01/I/2012, mientras que del escrito de inicio se desprende que habría ingresado a laborar el 01/VIII/2009.

Por otro lado, conforme surge de la nota –de fecha 27/IV/2020- remitida a la Jefa de Departamento a/c de Recursos Humanos del Hospital General de Agudos Bernardino (que fuere acompañada como prueba documental) se encuentra acreditado que la actora se desempeña en dicho nosocomio como enfermera en la Unidad de Cuidados Intensivos de Adultos en el horario de 12 a 18 horas diarias de lunes a viernes.

Asimismo, surge que la actora habría solicitado verbalmente licencia a los fines de poder cuidar a su hijo y que una vez que agotó las vías administrativas en forma verbal y escrita, y sin haber logrado una respuesta favorable, solicitó mediante la nota presentada a la jefa de Departamento antes referida que se le conceda licencia extraordinaria a fin de poder dedicarse íntegramente al cuidado de su hijo menor A.A.S.

Así, se desprende que en dicha nota solicitó se le otorgue una licencia extraordinaria a los fines del cuidado de mi hijo, hasta que el mismo pueda retomar sus actividades rutinarias. La actora transcribió en dicho instrumento “Adviértase que la presente licencia no la efectuó en mi interés directo, sino el de mi hijo menor. La licencia especial que solicito constituye el instrumento fundamental para garantizar la

protección integral de la familia, y se enmarca en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Convenio 156 de la O.I.T. y la Ley N°114 de protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”.

Asimismo, en dicha nota, dejó constancia que he remitido una nota de igual tenor al Lic. LUCIO LUNA, al Mg. CARLOS FIDEL TORRES, a la Sra. MARCELA BUSCOVICH y al Sr. Director Dr. EDUARDO ALBERTO FERNÁNDEZ ROSTELLO.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto, resulta necesario referirse a la conducta llevada a cabo por el GCBA con motivo del pedido de licencia efectuado por la parte actora.

Así, se encuentra acreditado que con fecha 2 del corriente mes y año, luego de haber guardado silencio, según manifestó la actora, desde la nota de fecha 27/IV/2020, el GCBA habría remitido carta documento CD066724795, mediante la cual la intimó a que cumpliera con la prestación de sus tareas.

Así, según se desprende de la prueba documental acompañada, se le dio como respuesta, suscripta por EDUARDO ALBERTO FERNÁNDEZ ROSTELLO, que “dicho requerimiento no se encuentra contemplado en la normativa vigente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, fundada en el marco del Decreto 147/GCABA-AJG/2020 - Art. 1o "Establécese que el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todos los organismos bajo su órbita..., son áreas de máxima esencialidad e imprescindibles durante la vigencia de la pandemia COVID 19 (Coronavirus), y en su Art. 2o inc. b) "Disponer la suspensión temporal del otorgamiento de las licencias y permisos contempladas en la Resolución N° 180-GCABA-MFGC-20 y las que en un futuro se dicten". Por lo expresado anteriormente se solicita se reintegre a sus funciones según designación que operó mediante RESFC No 67-MMGC-2013 en el término de 48 hs. de recepcionada la presente, señalándose que de no concurrir se dará cumplimiento a lo establecido en el Art. 53-inc. b) de la Ley N° 471 (Texto Consolidado - Ley N° 5666/16)”.

En respuesta a dicha misiva, se encuentra acreditado que la actora remitió telegrama en el que rechazó “en todos sus términos la CD066724795 recepcionada por esta parte el día 02.06.2020, por ser la misma manifiestamente ilegítima. Esta parte

oportunamente solicitó a ud, la licencia prevista en el art. 6 del Decreto 147/GCABAAJG/2020 en virtud de que como es de su conocimiento con mi hijo constituyo un núcleo familiar monoparental, con residencia en el domicilio arriba indicado. El menor presenta diagnóstico de Esquizofrenia tipo paranoide (F 20.1), encontrándose medicado y, hasta el inicio del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, concurría al centro terapéutico donde realizaba tratamiento psicológico y actividades recreativas en el marco de restablecer la socialización fuera del hogar, no requiriendo de mi presencia permanente. A partir del inicio del aislamiento referido, mi hijo permanece solo en nuestro hogar con sus actividades suspendidas, producto de las medidas de público conocimiento, necesitando el mismo estar acompañado todo el tiempo para evitar que su salud desmejore en su perjuicio. La licencia especial solicitada constituye el instrumento fundamental para garantizar la protección integral de la familia, y se enmarca en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Convenio 156 de la O.I.T. y la Ley N°114 de protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En efecto, debe contemplarse la situación particular del caso exceptuándose la aplicación del Art. 1 del Decreto 147/GCABA AJG/2020 en virtud de que se encuentra en riesgo la vida de un niño, siendo la misma un derecho protegido constitucionalmente. Por lo expuesto, rechazo en todos sus términos la intimación cursada en su misiva, rechazando expresamente la solicitud de reintegrarme a mis funciones como así también rechazo incurrir en incumplimientos conforme el Art. 53 inc b) de la Ley N° 471 en virtud de lo expuesto con anterior. Finalmente, lo intimo a que respete el uso de la licencia prevista en el art. 6 del Decreto 147/GCABAAJG/2020 ya que de no hacerlo pone en serio riesgo la salud del niño viéndome en la obligación de iniciar las acciones legales pertinentes a los fines de proteger sus derechos. Queda Ud. debidamente notificado. Reservo derechos”.

Es necesario ahora detenerse en los términos en que se encuentra regulada la licencia pretendida. El decreto 147-GCBA-2020, estableció que, entre otros, “el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todas los organismos bajo su órbita.. son áreas de máxima esencialidad e imprescindibles durante la vigencia de la pandemia COVID-19 (Coronavirus)” (conf. artículo 1).

Luego, dispuso que “las autoridades superiores con rango no inferior de rector/a General o equivalente, se encuentran facultadas, de forma excepcional y durante la vigencia de la suspensión de clases dispuesta por la autoridad competente, a autorizar – a solicitud del trabajador -- la justificación de las inasistencias al lugar de trabajo de los progenitores o tutores a cargo de menores hasta catorce (14) años de edad, o hijo/a con discapacidad, que concurran a dichos establecimientos educativos, mediante la debida certificación de tales circunstancias, sin perjuicio del cumplimiento de sus tareas conforme se establezca en la repartición...” Ahora bien, en forma expresa se estableció que dicha medida “no es aplicación para el personal comprendido en las áreas consignadas en el artículo 1° del presente, con excepción de aquellos casos que el Jefe de la Policía de la Ciudad, el titular del Ministerio de Justicia y Seguridad y el titular de la Secretaría de Medios así lo dispongan en el marco de sus competencias”.

Es decir que para acceder a la licencia, existían dos condiciones que la interesada debía acreditar (vigencia de la suspensión de clases y encontrarse a cargo de un hijo con discapacidad) y un tercer requisito que no dependía de sus circunstancias personales sino del lugar en el que cumplía tareas. Dado que ella se desempeña en el Hospital General de Agudos Bernardino Rivadavia, dependiente del Ministerio de Salud, la norma la excluía de la licencia.

El alcance de la norma resulta claro, resta establecer si además de dicha virtud puede ser reputado compatible con el sistema internacional y local de derechos humanos, tarea que se efectúa a continuación.

V.1. En primer lugar, es necesario establecer si al negarse la licencia a la Sra.

ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ sin considerar que se trata de una mujer trabajadora que integra una familia monoparental y que se encuentra a cargo de un hijo discapacitado el GCBA ha incurrido en una discriminación prohibida.

Cabe recordar que pesan sobre el GCBA el deber de “asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados” (art. 3, PIDESC). Y que debe reputarse discriminación indirecta contra la mujer aquella que se produce “cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación”. En

este sentido “La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla” (párr. 13, Observación General 16, PIDESC).

Dado que el GCBA intimó a la actora a reincorporarse bajo apercibimiento de cesantía, también hay que recordar que nunca podría considerarse legítima esa decisión si se reputara una discriminación en la conservación del empleo por motivos de sexo (párr. 12, Observación General 18, PIDESC). Por otra parte, el GCBA tiene la obligación de incorporar “la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas,” eliminando “toda forma de discriminación por maternidad” y facilitando “a las mujeres único sostén de hogar” no solo el acceso al empleo sino también a los sistemas de cobertura social (conf. art. 38, CCABA). Naturalmente, el decreto 147-GCBA-2020, debe ser conteste con tales exigencias.

En consecuencia, las características particulares del caso exigen que su abordaje y resolución se efectúen desde la perspectiva de género que incorpora la Constitución de la Ciudad. Ello, en tanto, como se dijo, se trata de una mujer trabajadora, a cargo de un hogar monoparental.

Cabe recordar que la monoparentalidad es un fenómeno creciente, que presenta diversas dificultades para quien debe estar al frente del hogar, ya sea en materia de cuidado de los niños, niñas y adolescentes a cargo; sostenimiento económico, barreras laborales, sociales y culturales, entre otras.

Según datos recientes, el 11% de las familias en la Argentina son hogares monoparentales y de ellos, el 84% están a cargo de mujeres (PIOVANI, Juan Ignacio y SALVIA, Agustín (Coord.), La Argentina en el siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual. Encuesta Nacional sobre la Estructura Social, Siglo XXI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018). Al respecto, se ha dicho: “[I]a gran mayoría de hogares monoparentales a cargo de una mujer explica que la monoparentalidad sea considerada un problema de género” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, Revista Jurídica, La Ley, 2014).

Cabe considerar, asimismo, que las mujeres en nuestro país vienen padeciendo discriminación y una postergación histórica de sus derechos en múltiples planos, lo que

las coloca en una situación de vulnerabilidad que debe ser adecuadamente entendida y atendida.

De lo dicho hasta aquí, cabe concluir que los casos en que dicho hogar monoparental está a cargo de una mujer, las dificultades y obstáculos necesariamente aumentan, y en consecuencia, el Estado debe adoptar medidas especiales de protección.

En tal sentido, cabe recordar las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir que “la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas así como la obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación y, en su caso, sancionarla, según se sigue de las consideraciones que anteceden, deben reflejarse en dos aspectos: la legislación, por un lado, y la interpretación que de esta hagan los tribunales, por el otro” (CSJN, “Varela, José Gilberto c/Disco S.A. s/amparo sindical”, 04/XII/2018, Fallos: 341:1106).

En otro caso, se señaló que “[e]l compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación -correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones- de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cf. Owen M. Fiss, ‘Groups and the Equal Protection Clause’, *Philosophy & Public Affairs*, vol 5 [1976], págs. 107 ss.; también, *A Community of Equals*, Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas’, OEA/Ser.L/V /II, Doc. 68,20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 Y 77, y sus citas)”. Además, remarcó que “[e]n su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado -entre ellos, los responsables por las contrataciones- el deber correlativo de modificarlo” lo que “reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican” (dictamen de la PGN in re: “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo”, 20/05/2014, Fallos: 337:611).

Cabe agregar, en tal sentido, que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha tenido oportunidad de expedirse sobre aquellas medidas especiales en el ámbito laboral, diciendo que “[e]l término ‘medidas’ abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria...” (Comité CEDAW, Recomendación general 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 30º período de sesiones -2004-, párr. 22).

A partir de lo expuesto, es posible afirmar, con el grado de provisoriedad propio de una cautelar, que la decisión de negar la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020, atendiendo únicamente al lugar en que la actora presta tareas sin considerar que se trata de una mujer trabajadora a cargo de un hijo discapacitado en una familia monoparental, es digno de reproche en tanto importa un caso de discriminación indirecta por causa de género. En efecto, el decreto “no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación,” razón por la cual para la actora tiene potencialidad para perpetuar la desigualdad existente o agravarla” (párr. 13, Observación General 16, PIDESC).

En dicho contexto, también resulta a priori reprochable la intimación que el GCBA le cursara bajo apercibimiento de cesantía, en tanto debe ser considerada por las consideraciones que anteceden una discriminación en la conservación del empleo por motivos de sexo (párr. 12, Observación General 18, PIDESC). Conducta agravada, ya que la Constitución local impone al GCBA facilitar “a las mujeres único sostén de hogar” no solo el acceso al empleo sino también a los sistemas de cobertura social (conf. art. 38, CCABA).

V.2. En segundo lugar, es necesario establecer si al negarse la licencia a su madre, única persona que puede atender a A.A.S. en las actuales circunstancias, la conducta del GCBA no puede ser reputada discriminatoria por motivos de discapacidad. En este caso por negarse a practicar ajustes razonables de modo de asegurar que el menor discapacitado reciba atención y cuidado, evitando que sean afectados sus derechos a la salud y a la vida.

En este sentido, cabe recordar que el GCBA debe garantizar a las personas que enfrentan discapacidad el más desarrollado ejercicio del derecho a la igualdad y la no discriminación (art. 16, CN; art. 11, CCABA). Es necesario destacar una vez más que la obligación impuesta por nuestro ordenamiento supone no ya una mera igualdad formal sino una de naturaleza inclusiva (conf. art. 75 inc. 22, CN; arts. 3 y 5, CDPD, párr. 10, Obs. Gral. 6, CsDPD).

Para lograr tal fin, el Estado local demandado en estos actuados debe adoptar las medidas necesarias para darle plena efectividad (conf. art. 75, inc. 23 CN; art. 80, inc. 7, CCABA; conf. art. 4º, inc. 1, ap. a, CDPD). En lo que al caso refiere, tiene la obligación de “[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos”. En particular, debe lograr que las autoridades públicas modifiquen o deroguen “las costumbres y las prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y se tengan en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad” (conf. art. 4º, inc. 1, ap. d, CDPD; párr. 15, Observación General 6, CsDPD).

Resulta importante destacar en este punto que la obligación del Gobierno de la Ciudad de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, supone el deber de permitirles “beneficiarse de la ley en igual medida.” Ello significa que debe eliminar “las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley” (párr. 16, Observación General 6, CsDPD).

Asimismo, la obligación que pesa sobre el Gobierno de la Ciudad a la luz de la cual debe brindar protección contra la discriminación por motivos de discapacidad comprende todas “las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (conf. art. 5, párr. 2 CDPD; párr. 17, Observación General 6, CsDPD).

En este punto, deviene una “denegación de ajustes razonables”, que configura una discriminación prohibida, la negativa a practicar “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas” cuando se requieran para garantizar el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos o libertades fundamentales (párr. 18,

Observación General 6, CsDPD). Corresponde destacar que la obligación de practicar ajustes razonables que son exigibles al Gobierno de la Ciudad “[t]ambién se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

Por otra parte, el Gobierno de la Ciudad nunca podría incurrir en la denominada “discriminación indirecta,” que refiere, entre otras, a prácticas que son neutras en apariencia, “pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad” (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

En este punto, cabe referirse al estado de salud del menor A.A.S. Se encuentra acreditado que presenta diagnóstico de Esquizofrenia tipo paranoide (F 20.1) y que se encuentra medicado. Con motivo de su cuadro de salud, hasta el inicio del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, concurría al centro terapéutico (SIAPRIC) donde realizaba tratamiento psicológico y actividades recreativas a efectos de restablecer la socialización fuera del hogar, no requiriendo de la presencia permanente de su madre (conforme se desprende de la documental acompañada: informe de musicoterapia y psicoterapia individual).

No obstante ello, una vez iniciado tal aislamiento las actividades del centro terapéutico fueron suspendidas. En dicho contexto, el menor A.A.S. debe permanecer en su hogar.

Es así como, atendiendo al cuadro de salud del menor, quien se encuentra bajo tratamiento psiquiátrico y no puede quedar solo, su madre debe cuidarlo durante las veinticuatro horas del día. Ello se desprende del certificado médico, de fecha 27/IV/2020, expedido por la Dra. LUCIANA OCCHIPINTI, médica psiquiátrica. Particularmente, en lo que a su cuadro de salud respecta, ello también se encuentra verificado por el informe expedido en fecha 14/XI/2018, por personal del HOSPITAL TOBAR GARCÍA, dependiente del GCBA, del que se desprende que luego de haber sido evaluado por el servicio de internación, el menor presentó ideación y planificación homicidas y suicidas, conductas impulsivas y heteroagresivas y afecto

discordante con la situación; sin conciencia de enfermedad ni de situación.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar, con el grado de provisoriedad propio de una cautelar, que la decisión de negar a la madre de A.A.S. la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020, atendiendo únicamente al lugar en que la actora presta tareas sin considerar que se trata de una mujer trabajadora a cargo de un hijo discapacitado en una familia monoparental, es digno de reproche en tanto importa un caso de discriminación por motivo de discapacidad.

En primer lugar, adviértase que la limitación de la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020 en función del lugar en el que su madre presta servicios, se presenta como barrera que obstaculiza a A.A.S. el ejercicio de su derecho a la salud, en tanto impide que le sean prestados la atención y cuidado que merece. Por ello se erige como un supuesto de discriminación indirecta ya que en función de una práctica en apariencia neutra se lo perjudica de manera notablemente desproporcionada en su calidad de discapacitado (párr. 18, Observación General 6, CsDPD).

Resta destacar que las autoridades locales debieron practicar ajustes razonables para evitar que tan nociva barrera se concretara y que la negativa a efectuarlos en tiempo oportuno es también una forma de discriminación prohibida (conf. art. 5, párr. 2 CDPD; párr. 17, Observación General 6, CsDPD).

En el caso, los ajustes debieron practicarse en oportunidad en que la Sra. ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ requirió el otorgamiento de la licencia. Sin embargo, la autoridad administrativa mantuvo la decisión y hasta la intimó a reincorporarse bajo apercibimiento de cesantía.

Resulta importante destacar aquí que la obligación de practicar ajustes razonables se aplica también cuando quién debe garantizar el derecho, en el caso el Gobierno de la Ciudad, “debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad” (párr. 24, Observación General 6, CsDPD).

A partir de lo expuesto, es posible afirmar, con el grado de provisoriedad propio de una cautelar, que la decisión de negar a la madre de A.A.S. la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020, atendiendo únicamente al lugar en que la actora presta tareas sin considerar que se trata de una mujer trabajadora a cargo de un

hijo discapacitado en una familia monoparental, es digno de reproche en tanto importa un caso de discriminación por motivos de discapacidad (conf. Observación General 6º COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD; art. 12, PIDESC; art. xxx de la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE arts. 14 bis, 75 incs. 22 y 23, CN; arts. 10, 20 y 31, CCABA).

VI. Teniendo por acreditada la verosimilitud del derecho invocada respecto de los derechos en juego, corresponde analizar si existe peligro en la demora.

La afectación actual del derecho surge, prima facie, de la delicada situación de salud en la que se encuentra el menor A.A.S. y de la imperiosa necesidad de que su madre cuide de él durante las 24 horas del día, razón que impone el goce de la licencia establecida en el artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020 .

Asimismo, el peligro en la demora se verifica también en el hecho de que la actora fue intimada a reincorporarse a su lugar de trabajo en el plazo de 48 horas desde el momento en que quedó notificada la carta documento que le remitiera el GCBA.

Dicho evento se concretó el día 2 del corriente mes y año.

De acuerdo a lo expuesto, en atención a la situación de salud acreditada con los informes acompañados, resulta prudente tener por configurado el peligro en la demora.

VII. Continuando con el análisis de los recaudos exigibles para conceder la medida cautelar, corresponde analizar si su concesión podría importar una afectación del interés público.

En concreto, debe analizarse si la prestación de un servicio esencial en el marco de la pandemia podría sufrir una grave afectación por la decisión que aquí se adopta. A idéntico tiempo, si podría privilegiarse la prestación de dicho servicio a expensas de los derechos de una persona discapacitada y su madre, mujer trabajadora a cargo de una familia monoparental.

En ese sentido, la concesión de una licencia a una enfermera a efectos que pueda brindar adecuada atención y cuidado a su hijo discapacitado no tiene idoneidad para poner en riesgo la prestación del servicio esencial que tiene a cargo el GCBA.

Respecto a si podría privilegiarse la prestación del servicio respecto de los derechos de A.A.S. y su madre, cabe recordar que en nuestro diseño constitucional, el

interés público persigue en forma prioritaria garantizar el goce de los derechos fundamentales. Por ello puede ser calificado como un Estado de Derecho. En este sentido, una medida cautelar que persigue asegurar el derecho a la salud de una persona que padece discapacidad y de su madre, mujer trabajadora a cargo de un hogar monoparental, no puede considerarse contraria a dicho interés. Bajo esta perspectiva, nunca podría alegarse un interés público que permitiera al Estado local justificar las discriminaciones con motivos de género y discapacidad que fueron anteriormente identificadas y que condujeron al rechazo de la licencia.

En este sentido, sobre las concepciones distorsionadas que se erigen alrededor del concepto de interés público, señala D'Argenio: "La mayoría de las veces, se confunde con el interés de la Administración cuya diferenciación ha ocupado especialmente a Renato Alessi -seguido en este aspecto en nuestro país por Bartolomé Fiorini- quien considera la existencia de un "interés colectivo primario" como único legitimador de la actividad administrativa, y descarta expresamente la posibilidad de fundar el ejercicio de esa actividad en la satisfacción de intereses secundarios de los particulares o de la propia Administración" (D'Argenio, Inés A., "El interés público y su proyección en el proceso administrativo," *El Derecho*, 01/02-596).

El peligro de estas concepciones ha sido señalado también por Nieto: "lo más urgente es, por una parte, romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos, y no a la inversa.

Mientras se considere que éstos son meros destinatarios del mismo, obligados sólo a tolerarlo (cuando no a padecerlo), será ilusorio pensar que pueden identificarse con el mismo" (Nieto, Alejandro, "La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo," *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, N° 76, 1975, pp. 9-30.

Puede consultarse online en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098664>.

Última visita 7/VI/2020).

VIII. Finalmente, dada la naturaleza del derecho afectado y la situación que

atraviesa el grupo actor, la contracautela exigible deberá ser la juratoria, y se la tiene por prestada de conformidad a lo manifestado en el escrito de inicio.

IX. Así, una vez acreditados los extremos que permiten acceder a la pretensión cautelar dirigida a garantizar los derechos a la salud y a la vida del menor A.A.S. y los derechos laborales de su madre, mujer trabajadora a cargo de una familia monoparental, resta establecer su alcance.

Consecuentemente, se ordenará al GCBA que confiera a la Sra. ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ una licencia extraordinaria en los términos del artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020. La medida dispuesta conservará su vigencia en la medida que: (i).- subsistan las condiciones que originaron el presente conflicto; (ii) se dicte sentencia definitiva en la acción a iniciarse por la actora vinculada a la pretensión aquí en curso; (iii) caduque el plazo para iniciar la demanda (conf. art. 187, CCAyT); lo que ocurra primero.

Por todo ello RESUELVO:

1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándose al GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES que confiera a Sra. ESTELA MARÍA PÉREZ RAMÍREZ una licencia extraordinaria en los términos del artículo 6 del decreto 147-GCBA-2020. La medida dispuesta conservará su vigencia en la medida que: (i).- subsistan las condiciones que originaron el presente conflicto; (ii) se dicte sentencia definitiva en la acción a iniciarse por la actora vinculada a la pretensión aquí en curso; (iii) caduque el plazo para iniciar la demanda (conf. art. 187, CCAyT); lo que ocurra primero.

2.- La medida identificada en el punto 1 deberá ser cumplida en forma inmediata, debiendo la demandada acreditarlo en la causa dentro de los dos días subsiguientes.

3.- Regístrese y notifíquese al GCBA, junto con la providencia dictada el día 05/VI/2020, mediante correo electrónico a notificacionesjudicialespg@buenosaires.gob.ar por Secretaría en el día con habilitación de días y horas inhábiles y a la actora a los domicilios electrónicos constituidos, por Secretaría en el día con habilitación de días y horas inhábiles. Fecho, remítanse las presentes al Ministerio Público Tutelar.

Francisco J. Ferrer

Juez

REGISTRADA AL TOMO ____ FOLIO _____

DEL LIBRO DE REGISTRO DE SENTENCIAS

INTERLOCUTORIAS DEL JUZGADO Nº 23

SECRETARÍA Nº 45. AÑO 2020. CONSTE

JUZGADO Nº23 | EXP:4013/2020-0 CUIJ J-01-00026002-5/2020-0 | ACT 14717256/2020

FIRMADO DIGITALMENTE 07/06/2020 19:09

Francisco Javier Ferrer

JUEZ/A

JUZGADO DE 1RA

INSTANCIA EN LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO Y

TRIBUTARIO Nº 23