



Expediente Número: CAF - XXXXX/2019 **Autos:**
M., M. E. c/ EN-M SEGURIDAD-PFA s/PERSONAL
MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG
Tribunal: JUZGADO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL 8
/ SECRETARIA N° 16

V.S. me corre vista, a fin de que me expida sobre la inconstitucionalidad planteada en la demanda del Anexo II, Punto IX de la Resolución N° 427/11 dictada por el Ministerio de Seguridad de la Nación, y del Inciso I del art. 187 bis, Título VI, Inciso I (Licencia Extraordinaria para cadetes Embarazadas en periodo de Lactancia).-

I.- La actora relata, que el 22 de junio de 2017 ingresó como aspirante a agente a la Escuela Federal de Suboficiales y Agentes “Don Enrique O’Gorman” integrando el Curso Preparatorio de Agentes.-

Refiere que posteriormente se resolvió su baja, por encontrarse encuadrada en la causal tipificada en el Anexo II, Punto IX de la Resolución del Ministerio de Seguridad N° 472/2011 que considera injusta, discriminatoria, inconstitucional y violatoria de los arts. 16 y 75 inc. 22 CN y de los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional, por discriminar a la mujer embarazada.-

Afirma que la citada resolución, cuya declaración de inconstitucionalidad pretende, dispone: “*La cadete / aspirante / cursante / alumna / estudiante o candidata podrá acceder a esta licencia por única vez*” ídem





art. 187 bis inc. I Título VI, Inciso I) (Licencia Extraordinaria para Cadetes Embarazadas en período de Lactancia) contemplado en —Normas de Funcionamiento Interno de la Escuela de Cadetes de la Policía Federal.-

Asevera que del modo en que ha sido redactada dicha norma, no es compatible con la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad, y contraría los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación.-

Aduce que la norma atacada contiene una discriminación contra la mujer, violatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” y de lo dispuesto por los arts. 10 y 11 inc. 2º de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.-

Alega que la resolución cuestionada, no acreditó de manera alguna ni mencionó que existían fines sustanciales que obstaculizaban o impedían la formación profesional durante un embarazo, y que no existirían medidas alternativas a la baja de la aspirante embarazada, que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.-

Solicita que, una vez resuelta la inconstitucionalidad peticionada, se decrete la nulidad de las resoluciones dictadas por el Jefe de la Policía Federal por estar viciadas de nulidad absoluta al disponer su baja con fundamento en una resolución contraria a la Constitución Nacional, y se disponga su reincorporación.-

II.- Por su parte la demandada describe, que la actora ingresó como Aspirante a Agente - Escalafón





SEGURIDAD - L.P. XX.XXX y fue dada de alta por la División SUBOFICIALES Y AGENTES el día 22/06/2017, para integrar el Curso Preparatorio de Agentes de la Promoción 231º.-

Con fecha 27/06/2017, mediante acto resolutorio en el marco del expediente XXX-XX-XXX.XXX-2017 fue licenciada de dicho curso, por hallarse cursando la semana 8.3 de embarazo, produciéndose el parto con fecha 06/02/2018.-

El día 1/11/2018 la División JUNTA PERMANENTE DE RECONOCIMIENTOS MEDICOS, informó a través de telegrama el cese de servicio especial por lactancia solicitado por la causante, encontrándose en condiciones psicofísicas de reintegrarse al Curso Preparatorio de Agentes, por lo que con fecha 23/01/2019 se recepciona ME-2019-XXXXXXXX-APN-DSYAG#PFA designando a la nombrada para integrar la Promoción 233º.-

Con fecha 2-03-2019, se toma conocimiento que el Aspirante a Agente M. M., se hallaba cursando la semana 9 de embarazo, con fecha probable de parto el día 2/10/2019.-

De conformidad con lo expuesto, y encontrándose la actora cursando su segundo embarazo, resulta de aplicación las Resoluciones Ministeriales N° 469/2011 y 472/2011 del Ministerio de SEGURIDAD de la NACION, disposiciones publicadas en la Orden del Día Interna N° 92 de fecha 13/07/11 en concordancia con "Normas para el Funcionamiento Interno de la Escuela Federal de Suboficiales y Agentes, Titulo IV de la Sección





CUERPO DE ASPIRANTES”, Capítulo I “De la Licencia Extraordinaria para embarazadas y en periodo de Lactancia”, Artículo 124.-

En este orden de ideas, cabe destacar que el Anexo II, Punto IX de la Resolución 472/2011 del Ministerio de Seguridad de la Nación establece: “La cadete/aspirante/ cursante/alumna/estudiante o candidata podrá acceder a ésta licencia por única vez”, y que la mencionada se encontraba cursando su segundo embarazo desde su fecha de alta en ésta POLICIA FEDERAL ARGENTINA.-

En virtud de lo reseñado, el Sr. Jefe del Departamento ESCUELA FEDERAL DE SUBOFICIALES Y AGENTES, en uso de las facultades que le son inherentes, resolvió en fecha 6 de marzo de 2019: “...PROCEDER a la EXCLUSION del 17 Aspirante a Agente- L.P. XX.XXX (D.N.I. XX.XXX.XXX) M. E. M., integrante del Curso Preparatorio de Agentes de la Promoción 231º; PROPONER al Señor Jefe de la POLICIA FEDERAL ARGENTINA la BAJA del causante, de conformidad con lo establecido en el Anexo III, Capítulo VI, artículos 21º y 23º del Reglamento de la Superintendencia de PERSONAL, INSTRUCCIÓN Y DERECHOS HUMANOS (R.A.P.F.A. Nro. 11) y del artículo 60º inciso c) del Decreto 1866/83...”.-

Asimismo, EL SUPERINTENDENTE DE PERSONAL, INSTRUCCIÓN Y DD.HH. resolvió en fecha 21 de marzo de 2019: “...ARTÍCULO 1º.- Dar de Baja, con fecha 06-03-19 al Aspirante a Agente L.P. XX.XXX (D.N.I. XX.XXX.XXX) M. E. M. del Departamento ESCUELA FEDERAL DE SUBOFICIALES Y AGENTES “DON ENRIQUE O’GORMAN”, de conformidad con lo establecido





en los artículos 21 y 23 del Capítulo VI, Anexo III del Reglamento de la Superintendencia de PERSONAL, INSTRUCCIÓN Y DERECHOS HUMANOS (R.A.P.F.A. N°11) y del artículos 60 inciso c) del Decreto 1866/83...”.-

La Policía Federal, al contestar el traslado conferido, indica que el Reglamento Interno de la Escuela Federal de Suboficiales y Agentes en su artículo 23 establece: *“En los casos en que proceda la baja de integrantes del Curso Preparatorio de Agentes, esta medida será propuesta por el Director de la Escuela Federal de Suboficiales y Agentes y dispuesta por resolución del Jefe de la Policía Federal Argentina”*.-

Señala que el artículo 60 inciso c) del Decreto N° 1866/83, establece que *“La baja se produce por las siguientes causas: [...]c) Para los alumnos y aspirantes a agente o bombero por no reunir las condiciones, no cumplir con los requisitos o por transgredir los deberes establecidos en los reglamentos internos de los institutos de formación...”*.-

Entiende así, que de ello se desprende que lo actuado respecto de la actora ha sido en un todo conforme a derecho, y el procedimiento seguido fue el determinado por los reglamentos policiales.-

Destaca que la actora se sometió voluntariamente a un ordenamiento jurídico especial, sin reservas expresas, lo cual determina la improcedencia de su impugnación ulterior, ya que, dicho ordenamiento coloca a sus integrantes en una situación jurídica estatutaria definida por leyes y reglamentos, que consagran en forma objetiva determinados derechos y deberes.-





III.- Cabe señalar en primer término que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 302:1149; 303:1708, entre muchos otros), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 315:923, in re L.172, L. XXXI, A Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda, sentencia del 17 de marzo de 1998; Punto IV del dictamen del Procurador Fiscal Subrogante al que remitió la Corte Suprema in re “Droguería del Sud S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 20/12/05).-

La Corte Suprema de Justicia, en oportunidad de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad, ha entendido que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; y será justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación.-

En este sentido se impone subrayar, que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que





exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera (cfr. *Fallos*: 335:2333, en especial el considerando 13º).-

No cabe declarar la inconstitucionalidad de una norma, sino cuando un acabado examen conduce a una convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (*Fallos*: 303:1708; 315:923; 321:441; 326:2692; 326:3024), principio que debe aplicarse con criterio estricto (C.S., "Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía s/ amparo", del 30/6/05- S.96.XL; Sala II, "COLORPOOL SA c/ EN- Mº Planif. Resol 2008/06- ENARGAS- RS 3689- SE Nota 1513 s/ amparo ley 16.986", del 24/10/08, "Cooperativa Osp Soc. y V El Bolson LTD- INC MED (29-IX-09) c/ EN- Mº Planificación- SE- Resol. 530/09 (Expte S01:323254/07) s/ medida cautelar (autónoma)", del 9/11/09; "Canosa Germán Augusto c/EN- Mº Justicia- PSA- (Dto 5592/68) s/amparo ley 16.986". del 14/6/11, Sala III Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* "B. N. S. Y OTROS c/ EN-DTO 936/11 s/AMPARO LEY 16.986" del 26/06/12).-

IV.- En primer término considero que aun cuando se sostuviera que, por regla general, quien se somete voluntariamente a un régimen jurídico no podría luego cuestionarlo, su aplicación admite excepciones en casos como el presente.-





Sostengo ello, porque corresponde distinguir cuándo un acto administrativo impone una renuncia válida a derechos disponibles y cuándo el acto es ilegítimo porque se sustenta en un derecho irrenunciable (licencia por embarazo).-

En efecto, no puede interpretarse que el aceptar el estado policial conlleva el consentimiento anticipado de cualquier supuesto, o la renuncia a derechos y garantías contenidos en los preceptos constitucionales (Germán J. Bidart Campos, “La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional”, citado por Walter F. Carnota, “Actos propios y control de constitucionalidad”, en elDial.com.).-

Llevar la regla mentada a la categoría de principio, importaría una elevación injustificada desde que no puede exigirse a una persona que cuestione a priori normas de aplicación hipotética dentro de un marco amplísimo de reglamentaciones de distinto tipo, contenido y jerarquía.-

V.- Sobre la base de lo descripto, cabe señalar que la actora, previo a que se dictara el acto cuestionado, y a los pocos días de iniciar el curso, tomó conocimiento de su estado de gravidez, a raíz del cual le fue concedido servicio especial a cumplir en la División Despacho de Personal y, posteriormente, licencia por embarazo y lactancia a partir del 30 de agosto de 2017.

Remarcó que, a efectos de reintegrarse, renunció a la mencionada licencia, y se reincorporó el 28 de marzo de 2018, cumpliendo las mismas funciones (conf. art. 157 bis, Título IV Capítulo I- inc. E) de las —Normas para el





Funcionamiento Interno de la Escuela Federal de Suboficiales y Agentes) y el 22 de enero de 2019 le notificaron la resolución del Superintendente de Personal, Instrucción y Derechos Humanos disponiendo el ingreso a la Escuela Federal de Suboficiales citada en la Promoción n° 233°.-

Asimismo, de acuerdo a lo que surge de la prueba informativa producida, según lo dictaminado por la Junta Médica el 12 de julio de 2017, se le concedió prestación de servicio especial y fue dada de alta para integrar el Curso Preparatorio de Agentes de la Promoción 231°, del que fue licenciada por hallarse en estado de gravidez, acorde la Resolución Ministerial n° 472/2011, Anexo II, punto IV y V. Posteriormente, una vez cumplidas las licencias por maternidad y lactancia, fue nombrada para integrar la Promoción 233° (conf. oficio DEO: XXXXXX, fs. 75, 79).-

No es ocioso puntualizar la finalidad del marco reglamentario. La Resolución n° 472/2011 del Ministerio de Seguridad, cuestionada en autos, instruyó al Jefe de la Policía Federal Argentina, a adoptar las disposiciones aprobadas en el Anexo II (conf. art. 3°), ha sido dictada considerando que *“...la prohibición de excluir a mujeres embarazadas y/o en período de lactancia y la obligación de no discriminarlas en el ingreso, hace necesario regular las situaciones de las mujeres que al momento de ingresar a los Institutos de formación/reclutamiento o en el período de exámenes previos a su incorporación resultaran embarazadas o se encontraran en período de lactancia; y las de las mujeres que habiendo ingresado y aún no concluido la etapa de formación en los Institutos, resultaran*





embarazadas o se encontraran en período de lactancia...”
(conf. considerando 23º).-

En este marco en su Anexo II establece que: “
VII. Finalizadas las licencias la cadeta/ aspirante/ cursante/ alumna, en el plazo de CINCO (5) días hábiles deberá comunicar por medio fehaciente su opción por la reincorporación o la solicitud de baja voluntaria.

Las reincorporaciones se realizarán al comienzo del siguiente período lectivo, una vez finalizadas las licencias.

VIII. A su reingreso, la cadeta/ aspirante/ cursante /alumna/ estudiante candidata retomará los estudios en la misma instancia en que fueron suspendidos a causa de la licencia extraordinaria.

El reingreso de las cadetas/ aspirantes/ cursantes/ alumnas/ estudiantes candidatas deberán ser adecuados a los planes de estudios vigentes conforme a los períodos de inicio del ciclo lectivo.

Los Institutos de Formación/Reclutamiento podrán prever cursos de actualización para los casos de reincorporación siempre y cuando los mismos no impliquen un retraso excesivo en la carrera.

IX. La cadeta/ aspirante/ cursante/ alumna/ estudiante candidata podrá acceder a esta licencia por única vez” .-

VI.- A los fines de dictaminar si la limitación de la licencia por maternidad, que fue el motivo de la baja de la actora, resulta inconstitucional por encuadrar en una actuación discriminatoria de la Policía Federal Argentina,





cabe describir el marco constitucional y convencional que prohíbe dichas prácticas.-

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, está consagrado en los artículos 16 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias, pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, párr.88). Pues, la discriminación no sólo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios.-

En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC18/03, párr. 89; Fallos 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando las diferencias de trato están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" -como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional- corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (CSJN. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como "United Statesv. Carolene Products Co." 304





U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág.152, n. 4; "Toyosaburo Korematsu v. United States" 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y "Graham v. Richardson" 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas). En estos casos, se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos: 332:433, considerando 6º y sus citas).-

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas, es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados, como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.-

La discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Esta extensa protección responde al hecho de que las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente





desiguales. Si bien se produjeron grandes cambios en las últimas generaciones, las mujeres siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos (preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, entre otros).-

El 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 (cE. 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).

No resulta ocioso recordar los compromisos asumidos por el Estado argentino que tienen como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, entre los cuales, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer goza desde 1994 de jerarquía constitucional.

La baja de la fuerza por el embarazo de la cadeta atentaría contra el art. 2 de la Convención, a saber: "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la





mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (...).”.-

Asimismo, el art. 5 de la CEDAW dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; (...).” A su vez, su artículo 16 estipula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores, en materias relacionadas con sus hijos (apartados c y d).-

Específicamente, determina que los Estados, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo





necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (Dictámenes del Dr. Víctor Abramovich, *in re* "Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/amparo ley 16.986" de fecha 3/7/2018 y "Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido" de fecha 13/10/2017).-

En esa línea, la Corte Suprema ha señalado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452, "Q.C.S.Y."; 339:1077, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad").-

VII.- Del marco jurídico descripto y la jurisprudencia citada, sólo cabe concluir que lo normado por el Anexo II, Punto IX de la Resolución del Ministerio de Seguridad N° 472/2011, que limita la licencia por maternidad por única vez, resulta una regulación discriminatorio que debe ser declarado inconstitucional por V.S.-

En esos términos contesto el requerimiento que me fuera efectuado.-

MIGUEL ANGEL GILLIGAN
FISCAL FEDERAL



