



La inconstitucionalidad por omisión
Análisis del fallo: “Etcheverry Juan Bautista y otros”

Autora: Fernanda Carolina Sabaño

Profesor Dir.: César Daniel Baena

Modelo de caso: Nota de fallo

Legajo: VABG45127

Carrera: Abogacía

Año:2022

Tema Nota de Fallo

Fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/ amparo ley 16.986” Sentencia 21 de octubre de 2021/ N° 344:3011. -

Sumario 1. Introducción – 2. Premisas fácticas, historia procesal y decisión del Tribunal – 3. Ratio Decidendi – 4. Descripción del Análisis Conceptual – 4. a) Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales – 4. b) Postura del Autor. – 5. Conclusión – 6. Referencias -6.a) Doctrina – 6.b) Legislación – 6.c) Jurisprudencia

1.- Introducción

En general las leyes, no están reglamentadas, y por tanto no cuentan con procedimientos específicos para su aplicación. Esta reglamentación debe ser hecha por el Poder Ejecutivo y de no hacerlo, cuando la Ley es muy general o cuando las personas beneficiarias por la ley no demandan su cumplimiento ante la justicia, terminan por quedar en letra muerta.

En definitiva, podemos afirmar que la falta de reglamentación implica en la práctica un doble derecho de veto, lo que constituye una violación a los principios contenidos en la Constitución Nacional, con el agravante de que esta omisión implica bloquear la voluntad legislativa. En virtud de ello, que tan importante puede significar el reclamo para reglamentar la ley. Su efectivo cumplimiento, de lo contrario quedará en un cajón y no se aplicará nunca.

La reglamentación de un derecho supone, pues, ejercicio de ese derecho y la facultad de ese deber lo tiene el Poder Ejecutivo.

Importancia del Fallo: Se condenó al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad reglamentaria prevista (Constitución Nacional, 1994, Art. 99, inc. 2) de reglamentar el artículo 179 de la Ley 20.744, en lo pertinente, dispone que “En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la

reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

Hoy día nuestro país y el mundo, ha revolucionado la subjetividad de las mujeres y disidencias, como también la de los hombres. Visibilizando la importancia de los trabajos de cuidados en la reproducción de nuestras vidas. Así mismo, exigiendo la implementación de un sistema integral de cuidados, basado en la corresponsabilidad familiar. La reglamentación ha sido efectivizada, como consecuencia de dicha sentencia, sobre los derechos al ciudadano, las responsabilidades familiares compartidas y las obligaciones que les corresponden a los empleadores. Se hace visible una lógica histórica de formas de trabajo y formas de producción. El mundo del trabajo ha cambiado y necesariamente esto conlleva a actualizar nuestros estándares en el Derecho Laboral y estas conquistas históricas son acompañadas por un reclamo de trabajadores. Una reglamentación que marcará el camino y transformación del futuro laboral en nuestro país. –

Descripción del Problema Jurídico: La Sra. Jueza subrogante del Juzgado N.º 7 desestimó la acción de amparo articulada por los actores a fin de que se declare la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del Art. 179 de la Ley 20.744. Argumentó que, dado que los actores señalaron que la omisión de reglamentar el artículo 179 de la Ley 20.744 se ha perpetuado durante más de cuarenta años, -en principio- en el *sub lite* no se encuentran acreditadas las condiciones de necesidad y urgencia para la procedencia de una acción como la de amparo que por su naturaleza resulta expedita y rápida. También sostuvo que, los actores podrían haber optado por el reintegro de gastos del artículo 103 bis. Inciso f. de la Ley 20.744 y que eso hubiera satisfecho su pretensión.

Ante esto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sostuvo que no obsta a la conclusión arribada lo dispuesto en el Art. 103 bis. Inciso f. de la Ley 20.744. Esta norma no es incompatible con el artículo 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Y entendió que la acción de amparo era procedente ya que se trataba de un claro caso de inconstitucionalidad por omisión, donde existe un claro mandato normativo expreso, exigible e incumplido de reglamentación, que vulnera derechos y garantías constitucionales.

Finalmente concluyo que el problema jurídico que se presenta es normativo y axiológico entre las diferentes leyes que la Corte trae en sus considerandos ya que expone temas como: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención Sobre Toda Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres. La Convención de los Derechos del Niño, entre otros.

En cuanto a la problemática normativa, deviene de omitir reglamentar el art. 179 de la LCT y por tal motivo se busca subsanar el problema de los actores con el Art 103 bis inciso f, de la misma Ley. El cual se analiza si es aplicable al caso o es otra la normativa que corresponde.

Respecto del tipo de problema o laguna, es también de tipo axiológico donde las condiciones relevantes establecidas por el legislador no son suficientes y existe la necesidad de tomar en consideración otra condición relevante. Alchourrón – Bulygin (1931) Ante esto se destaca, que una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho si esta reglado por una norma, pero que, según el intérprete, esta reglado de forma axiológicamente inadecuados.

Cuando hablamos de un problema axiológico, nos referimos a la colisión respecto de una regla de derecho, por la contradicción con algún principio superior del sistema. En este caso puntual se puede ver que la Corte a ponderado ello al consagrar su base legal, no solo en la (Constitución Nacional, 1994, Art. 99, inciso 2. Art.14. y 14bis. Art. 43), sino también Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 10 inciso 1. Asimismo, hace referencia a la Convención sobre la Eliminación de Toda las Formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 5 inciso a y b. La Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 18 inciso 3. Como también el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Ley 23.451 y ratificada el 17 de marzo de 1988.

2.-Premisa fáctica, Historia Procesal y Decisión del Tribunal

En este proceso, se destacan dos actos lesivos: Por un lado, el uso del art. 103bis. Inciso f, de la Ley de Contrato de Trabajo, que no da solución al problema planteado.

Y, por otro lado, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el Art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo, vulnerando derechos y garantías.

En primera instancia: Que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7 desestimo la acción de amparo, el cual señaló que: en el *sub lite* no se encuentran acreditadas las condiciones de urgencia y necesidad para la procedencia de una acción como la de amparo que por su naturaleza resulta expedita y rápida.

Allí también se sostuvo, lo dispuesto en el Art. 103 bis. Inc. f de la Ley 20.744. Que de las constancias obrantes en autos no surgiría que las partes hubieran requerido, que los gastos en concepto de sala maternal o guardería que se hubieran visto obligados a sufragar, les hubieran sido negados por las empresas para las cuales prestan servicios por la falta de reglamentación del Art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En este marco, La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo ordenando al Poder Ejecutivo Nacional reglamentare, en el plazo de noventa días hábiles, el Art. 179 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver en definitiva el caso, por unanimidad, a través de un voto concurrente de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, otro de los jueces Maqueda y Lorenzetti y uno del juez Rosatti, hizo lugar a la queja y declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Los jueces, señalaron que la falta de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo del Art. 179 citado conducía en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, de ese modo reglaba el cumplimiento de la obligación de los empleadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.

3.-Ratio Decidendi

Ahora cabe destacar en esta etapa los argumentos jurídicos que sustentarán la resolución dictada por el tribunal. En este marco el máximo tribunal de justicia expone: por unanimidad, a través de un voto concurrente de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, otro de los jueces Maqueda y Lorenzetti y uno del juez Rosatti, lo siguiente:

Sres. Jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco consideraron que: Con respecto a la falta de reglamentación del Art. 179 de la LCT los Sres. Jueces argumentan que la falta de reglamentación del Poder Ejecutivo, es una clara omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en la (Constitución Nacional, 1994, Art. 99, inc.2)

Con respecto al uso del Art. 103 bis. Inc. f, de la Ley 20.744. Estos mismos argumentan: Esta norma no es incompatible con el Art. 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión de la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una Ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Judicial que subsane esa omisión en un plazo razonable.

Sres. Jueces Maqueda y Lorenzetti, consideraron que: Concluyen que la única solución al problema jurídico es la acción de amparo. Argumentan con respecto a la reglamentación del Art 179 de la LCT. No cabe duda de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes. Al respecto, así lo determina, la (Constitución Nacional, 1994, Art. 99 inc. 2)

Que en cuanto a la acción corresponde recordar que, desde la reforma constitucional en 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, toda omisión que “en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución, un tratado o una Ley”. (Constitución Nacional, 1994, Art.43)

Destacan los jueces que esta falta de reglamentación colisiona con derechos Constitucionales, tales como se hace referencia dentro del marco general del Derecho a “la protección integral de la familia” consagrado por (Constitución Nacional, 1994, Art 14 bis.) como así también hacen mención de (Constitución Nacional, 1994, Art. 75 inciso 23) “...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...”

Además de las normas constitucionales citadas, convergen en la cuestión los tratados internacionales que contienen normas similares: Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales Art. 10 inciso 1, en el mismo sentido la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el Art. 5 inciso a y b. Puntualmente a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar.

Cabe señalar que La Convención sobre los derechos del niño “...Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas...” (Artículo 18 inc. 3º)

Siguiendo estas líneas, el Convenio 156 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, a fin de evitar que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica, como así también los deberes del Estado para su efectivo cumplimiento (Art. 1, inciso 1 y 3 inciso 1)

Que, con respecto a el Art. 103 bis. Inciso f mencionado, en la primera instancia. Se rechaza esta postura de dar solución al problema. Argumentan que claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse.

En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados.

Sr. Juez Rosatti consideró: Que, puestos en este quicio, resulta manifiesto, que el citado Art. 179 in fine de la LCT encuentra sustento en distintos preceptos ubicados en la más alta jerarquía normativa. En efecto el precepto legal aludido se conecta con (Constitución Nacional, 1994, Art. 14 bis) en cuanto estipula “la protección integral de la familia”

En efecto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales su Art. 10 establece que los estados firmantes reconocen que “(s) e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección

y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” ...

Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer establecen que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas. (Art. 11 inciso 2)

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño consagra obligaciones inherentes a los Estados firmantes vinculados con el tema de debate en autos (Art. 18 inciso 2º)

Asimismo, el convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley 23.451 y con jerarquía supra legal en virtud de lo dispuesto por (Constitución Nacional, 1994, Art. 75 inciso 22) primer párrafo refiere a los derechos de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, establece que todos los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles (Art. 4 inciso b).

Por otra parte, no obsta a la conclusión arribada lo dispuesto en el Art. 103 bis. Inciso f de la Ley 20.744.

Una interpretación sistémica de esta cláusula con la del Art. 179 permite concluir que el legislador ha previsto prestaciones diversas y complementarias. En efecto, esta Corte ha señalado que la tarea de interpretación de la Ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico.

4.-Descripción del Análisis Conceptual

4 - a) Doctrina y Jurisprudencia: Estimo acertado iniciar este segmento con una apreciación de Fallos que oportunamente se relacionan de manera directa con conceptos que resultan importantes destacar en este trabajo. Se menciona de modo claro las omisiones inconstitucionales, su configuración y su control judicial, sin ambigüedades. Analizamos las siguientes jurisprudencias con respecto al tema tratado, cuando en primera instancia se rechaza el amparo, señalando que no se hallaban reunidos los requisitos de urgencia propios del amparo.

Muy recientemente, al resolver sobre la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el mandato legislativo de que los aportes jubilatorios voluntarios se tradujeran en un beneficio para los propios aportantes, esta misma Corte puntualmente consideró que la obligación jurisdiccional de remediar por vía de amparo la privación de

un derecho alcanzaba a omisiones que se perpetuaban en forma actual “y por los últimos seis años” (CSJN. cfr. “Villarreal Mario Jesús c/PEN-PLN y Máxima AFJP s/ amparo”, 30/12/2014. Fallos: 337:1564)

El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues, como dijo esta Corte al resolver, el caso “Halabi” en 2009, “donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido” (Fallos: 332:111) Ese principio es una continuación del que dio origen a la acción de amparo pues las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías. (CSJN.” Halabi Ernesto c/P.E.N.-Ley 25873-DTO. 156/04 s/ amparo Ley 16.986”. 24/02/2009. Fallos: 332:111)

Se habla de una omisión durante un tiempo irrazonable que termina privando de derechos constitucionales. En 2006, en “Badaro” (Fallos: 329:3089), la Corte señaló que la ausencia de aumentos jubilatorios configuraba un apartamiento del mandato de movilidad de (Constitución Nacional, 1994, Art. 14 bis) Y consideró pertinente poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y del congreso de la Nación que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Ley Fundamental. (CSJN. “Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios”. 08/08/2006. Fallos: 329:3089)

En esta misma causa, pero en 2007, el tribunal señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar la omisión legislativa que había advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuado para nivelar la prestación jubilatoria (Fallos: 330: 4866).

Asimismo, en 2014, en el ya citado caso “Villarreal”, la Corte remedió directamente la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley 26.425 en cuanto al modo en que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio (Fallos: 337:1564)

Cabe señalar con respecto al tiempo señalado en primera instancia, que no hacen a la necesidad de urgencia del amparo. Recordamos el fallo del año 2014, en “Intendente Municipal Capital” (Fallos: 337:1263), tuvo en cuenta la demora de dieciséis años en dictar la Ley de Coparticipación municipal prevista en la Constitución de la Provincia de La Rioja, y, al respecto, señaló que no era posible aceptar que el dictado de la Ley – es

decir, el acatamiento de la Constitución- quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos por un tiempo irrazonable, pues "subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular, frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza un texto" (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13) En atención a estas consideraciones, revocó la sentencia que había rechazado in limine el amparo interpuesto por la demora legislativa. (CSJN. "Intendente Municipal Capital c/ s/ amparo". 11/11/2014. Fallos. 337:1263)

Luego en el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias ("Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional", Fallos: 338:1356; CSJ 191/2009 (45-S) /CS1 "San Luis, provincia de c/ Estado Nacional" y, mutatis mutandis, CSJ 786/2013 (49-C) CS1 "Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar", sentencia del 24 de noviembre de dicho año), este Tribunal sostuvo que, si bien no desconocía la complejidad política de la cuestión, lo cierto era que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada por la descripción transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación (Fallos: 338:1356, "Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", considerando 39). Más aún, sostuvo que esa complejidad no podía resaltar un justificativo para un inmovilismo que ya superaba ampliamente los tres lustros y que conspiraba claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. A la luz de estos razonamientos, exhorto" a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional". ("Santa Fe. Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". 24/11/2015. Fallos: 338:1356)

Así como, en 2009, al tratar el caso "Bazán" (Fallos: 342:509), sostuvo que el inmovilismo en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configura una omisión que "constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento

de la fuerza normativa de su texto” (“Bazán, Fernando s/ amenazas”. 04/04/ 2019 -Fallos: 342:509, considerando 12)

Finalmente, con respecto a los tratados que colisionan se menciona el caso “Puig” (Fallos: 343:1037), esta Corte ha dicho que las directivas que emanan de dicho convenio y de los tratados internacionales sobre derecho humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a las responsabilidades familiares. (CSJN. “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/despido”. 24/09/2020. Fallos: 343:1037)

En este caso cuando en primera instancia se habla de que no es admisible la acción de amparo, la doctrina, de la talla de Bidart Campos (1998, p.78) o Quiroga Lavié (2007, p.56), entiende que en la hermenéutica de la norma no se puede olvidar el axioma, que parafraseo: donde el legislador no hace distinciones, el intérprete tampoco debe hacerlas. Con lo cual la acción de amparo no encuentra restricciones para su interposición siendo un acto emanado de cualquiera de los poderes del Estado, y cualquiera de sus dependencias.

Como así también, cuando se refiere a la fuerza normativa de la Constitución. “Debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quién sufre un perjuicio por falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio” Bidart Campos (1995, p.21),

Siguiendo esta línea, cuando se hace una devolución sobre la inexistencia de otro remedio judicial más idóneo, recordamos “Únicamente es admisible el amparo, entonces ante la inoperancia de todos los demás tramites procesales ya legislados, para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo. De ahí que el empleo de esta especialísima acción requiera una madurez particular en jueces y letrados: se desnaturaliza tanto al amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso” Sagúes (1995, p.176)

4 -b) Postura del autor En total acuerdo con los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a lo que se dejó establecido en este fallo,

señalando como primera postura que la falta de reglamentación implica en la práctica un doble derecho de veto, lo que constituye una violación a los principios contenidos en la Constitución Nacional o Provincial, con el agravante de que esta omisión implica bloquear la voluntad legislativa. El Art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo, conducía en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición, y de ese modo reglaba el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impedía el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo de sus tareas de cuidados familiar.

Cuando la jueza de primera instancia rechaza la acción de amparo considerando que es inadecuado y nombra en sus fundamentos al Art. 103bis inciso f, no termina de dar una solución normativa al problema planteado por los actores. En este marco la CSJN, entiende que, ante esta resolución, termina colisionando con artículos de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales mencionados en sus argumentos, por lo que proceden hacer lugar a la queja. Dando de esta forma un verdadero sentido y alcance a las normas en debate a través de una interpretación justa, lo cual se observa en los jueces una interpretación sistémica y coherente al respecto.

Ante esto, estimo acertado el razonamiento utilizado por el Tribunal respecto a la vía de amparo como procedente para el control de omisiones inconstitucionales. Separando conceptualmente la afectación directa e inmediata de los derechos y el plazo sin gozar de los mismos por la falta de reglamentación. En este sentido, los actores se hallaban impedidos de poder gozar de los derechos consagrados frente a la ausencia de la falta de reglamentación de dicho artículo.

Es loable subrayar en este contexto que para que una decisión se ajuste con el sistema, esta ha de ser consistente y acorde con el mismo, la consistencia exige que la ley seguida en la resolución del caso no esté en contradicción con el sistema de leyes vigentes.

5.- Conclusión

Como anteceden todas las instancias transitadas en este fallo, la acción de amparo adquiere una notoriedad fundamental, siendo el medio más idóneo para que de esta manera se de curso a los resultados pretendidos por los actores, el real cumplimiento del Art. 179 de LCT, con lo que respecta a sus derechos, derechos que fueron desoídos por un largo tiempo. Reglamentar un artículo de estas características nos empuja hacia un sistema más justo y la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales.

A modo de cierre, remarco la dimensión y la importancia que tiene nuestra Constitución Nacional, que cada uno sus artículos deben ser cumplidos y respetados, que de no ser así los que estudian su validez deberían declarar su inconstitucionalidad.

6.-Revisión Bibliografía

6-a) Doctrina

Alchourrón, E. y Bulygin, E. (2017) *Sistema Normativo* (p.304). Astrea

Bidart Campos, German (1998) *Manual de la Constitución reformada*, Editar, Buenos Aires.

Bidart Campos, German, “*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*”, Buenos Aires, Ed. Editar, 1995.

Quiroga Lavié, Humberto. (2007) -*Comentada -Zavalía*. Buenos Aires.

Sagúes, Néstor Pedro. (1995) *Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo*. Astrea, Buenos Aires.

6-b) Legislación

Congreso de la Nación (18 de octubre del año 1966) Acción de Amparo [LeyNro.16.986]
Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>

Constitución Nacional Argentina, Honorable Congreso Nacional (año 1853) Reformada 1994 [Ley Nro. 24.430] Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_01_constitucion_nacion_argentina.pdf

Congreso de la Nación (5 de septiembre de año 1976) [Ley Nro. 20.744] Ley de Contrato de Trabajo. Recuperado de http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/legislacion/Ley_020744_1976.pdf

Congreso de la Nación (16 de octubre de 1990) Convención sobre los derechos del niño. [LeyNro.23.849]

Congreso de la Nación (29 de octubre) y Ratificada el 17 de marzo de 1988. Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [Ley 23.451]

Congreso de la Nación (8 de mayo de 1996) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer [Ley 23.179]

Congreso de la Nación (17 de abril de 1986) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [Ley 23.313]

6-c) Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (21 de octubre de 2021) “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/amparo ley 16.986” Prov. de Buenos Aires.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFIP s/ amparo”. 30/12/2014. Fallos: 337:1564

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Halabi Ernesto c/P.E.N. -Ley 25.873-DTO. 156/04 s/amparo” Ley 16.986. 24/02/2009. Fallos: 332:111

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios” 08/08/2006. Fallos: 329:3089.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Intendente Municipal Capital c/ s/ amparo” 11/11/2014. Fallos: 337:1263.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Santa Fe. Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 24/11/2015. Fallos: 338:1356.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Bazán, Fernando s/ amenazas”
04/04/2019. Fallos: 342:509.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Puig, Fernando Rodolfo c/Minera
Santa Cruz S.A. s/ despido” 24/09/2020. Fallos: 343:1037.

Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el dictamen del señor Procurador Fiscal contiene una adecuada reseña de los antecedentes de la causa y de los agravios formulados por el Estado Nacional. Por ello, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se dan por reproducidos los términos de los puntos I y II de dicho dictamen.

En lo que respecta a la admisibilidad de la apelación extraordinaria, en la medida en que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (artículo 1° de la Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (artículo 116 de la Constitución Nacional), se encuentra en juego la determinación del alcance de dichas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas. El recurso es, por ello, admisible (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48). Por otro lado, conviene destacar que no está en juego la inteligencia del artículo 43 de la Constitución Nacional en tanto el recurrente se ha limitado a sostener que no se han configurado

los requisitos allí previstos para la procedencia de esa vía. Como acertadamente sostiene el dictamen (punto III), los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo solo remiten, en este caso, al estudio de cuestiones procesales, de hecho y prueba que, por principio, no habilitan la instancia extraordinaria y que, además, fueron resueltas sin arbitrariedad. En este aspecto, entonces, el recurso resulta inadmisibile.

2°) Que el artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que "En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

Como puede verse, el propio texto de la norma condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. A pesar de ello, desde que la ley fue promulgada el 20 de setiembre de 1974, la norma en cuestión no fue reglamentada.

La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce en la práctica, tal como sostiene el dictamen del señor Procurador Fiscal, a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar. Se configura entonces, en los términos de la doctrina de esta Corte, una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional ("Villarreal", Fallos: 337:1564, considerando 11).

No obsta a dicha conclusión lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744. Esta norma dispone que cuentan como beneficios sociales "los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones". Esta norma no es incompatible con el artículo 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. Como acertadamente señala el dictamen del señor Procurador Fiscal, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.

En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

Por ello, de conformidad con el dictamen que antecede, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

Horacio Rosatti (según su voto)- Carlos Fernando Rosenkrantz – Juan Carlos Maqueda (según su voto)- Elena I. Highton de Nolasco – Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto).

Voto de los Señores Ministros Doctores Don Juan Carlos Maqueda y Don Ricardo Luis Lorenzetti

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal condenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que dispone que *"...En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan"* (énfasis agregado).

La decisión, que revocó la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo presentada por el señor Juan Bautista Etcheverry, la señora Ximena Liggerini y la ONG "Centro Latinoamericano de Derechos Humanos".

El argumento de la cámara consiste en que se configuró una omisión de reglamentar el artículo 179 de la LCT, durante un tiempo prolongado, cuya ilegitimidad es manifiesta porque importa anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional.

En otro orden de ideas, indica que el hecho de que los actores puedan solicitar el reintegro de gastos de guardería o sala maternal previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT no impide el progreso de la acción porque dicha previsión ha sido establecida para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales por no superar el número mínimo de trabajadores que determinara la reglamentación.

2°) Que, contra esa decisión, el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social interpuso un recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja en examen.

El Estado invoca la existencia de una cuestión federal, se agravia de la arbitrariedad de la sentencia del tribunal de alzada y alega gravedad institucional.

En concreto, el recurrente plantea dos agravios. En primer lugar, se agravia de que la cámara admitiera la acción de amparo pues sostiene que ese tribunal –en una errada lectura del artículo 43 de la Constitución Nacional– violó su derecho de defensa. A su entender, asistía razón al juez de primera instancia cuando sostuvo que “el tiempo transcurrido entre el dictado de la ley y la interposición de la acción –más de cuarenta años– impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía”, que el remedio en este caso no se producirá inmediatamente porque la organización de espacios de cuidado conlleva tiempo y que en este caso, además, el amparo no es la única vía idónea para satisfacer el derecho pues podrían optar por el reembolso de gastos de guardería que prevé el artículo 103 bis inciso f de la LCT. En segundo lugar, sostiene que el hecho de que la cámara ordenara al Poder Ejecutivo reglamentar un artículo de la LCT viola la división de poderes. En suma, considera vulneradas la supremacía constitucional, la supremacía federal y el principio de división de poderes.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación que cabe atribuir al artículo 43 de la Constitución Nacional, así como también a sus artículos 1° y 116, y la decisión recurrida ha sido contraria a la validez del derecho o exención que el apelante funda en ellos (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Los agravios que imputan arbitrariedad a la cámara en la interpretación de normas de derecho común serán tratados conjuntamente con esas cuestiones dadas su íntima relación.

4°) Que, en atención a los agravios de la recurrente, la cuestión a resolver por esta Corte consiste en determinar si la acción de amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional puede dar lugar a que el Poder Judicial revise las omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y ordene remediarlas sin violentar la división de poderes.

En otras palabras, la cuestión a decidir involucra dos aspectos. Por un lado, el debate gira sobre si la vía “expedita y rápida” prevista en el citado artículo 43 de la Carta Fundamental habilita el tratamiento de omisiones reglamentarias que se extendieron durante un tiempo prolongado. Por otra parte, la decisión exige definir si el control jurisdiccional de las

omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y su remedio judicial resultan compatibles con la división de poderes propia de un Estado republicano.

5°) Que en cuanto a los alcances de la acción de amparo corresponde recordar que, desde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, contra toda *omisión* que “en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...” (artículo 43 de la Constitución Nacional).

A partir de los casos “Siri” (Fallos: 239:459) y “Kot” (Fallos: 241:291), la jurisprudencia de esta Corte enlazó el carácter expedito del amparo como vía procesal a la propia efectividad de la Constitución Nacional. Más precisamente, señaló que “Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas” (“Siri”, Fallos: 239:459). También advirtió que si los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos “nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución”; y continuó diciendo que “la Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios” (“Kot”, Fallos: 241:291).

Ahora bien, luego de la citada reforma de 1994, el Tribunal continuó velando por el reconocimiento del amparo en toda su plenitud y como llave para la realización de las demás cláusulas constitucionales.

El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues, como dijo esta Corte al resolver el caso “Halabi” en 2009, “donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido” (Fallos: 332:111). Ese principio es una continuación del que dio origen a la acción de amparo pues las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (“Siri”, Fallos: 239:459; “Kot”, Fallos: 241:291 y “Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492).

En esta línea y más recientemente, al resolver sobre la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el mandato legislativo de que los aportes jubilatorios voluntarios se tradujeran en un beneficio para los propios aportantes, esta Corte puntualmente consideró que

la obligación jurisdiccional de remediar por vía de amparo la privación de un derecho alcanzaba a omisiones que se perpetuaban en forma actual “y por los últimos seis años” (cfr. “Villarreal”, Fallos: 337:1564).

La Constitución protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas. Como dijo Joaquín V. González, las “declaraciones, derechos y garantías” no son “simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación” (“Manual de la Constitución Argentina”, en Obras Completas, vol. III, Bs. As., 1935, n° 82, primera edición, p. 102).

La lectura del artículo 43 de la Constitución que hace el recurrente, al sostener que el prolongado tiempo de la omisión de reglamentar –más de cuarenta años– “impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía”, arrasa con la letra y el espíritu de esa cláusula constitucional. Es que la propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo.

El tiempo, en sí mismo considerado, lejos de obstaculizar la admisibilidad de la acción de amparo, agrava la lesión que esta acción debe resguardar. A su vez, y a la luz del sentido constitucional del artículo 43, tampoco resulta procedente el agravio del Estado referido a que el amparo no es la vía adecuada porque los beneficios a los que se accedería con una sentencia favorable no serán inmediatos debido a que, aun en el caso de reglamentarse la ley, se requiere “tiempo” para que las empresas puedan modificar sus estructuras para cumplir con la nueva reglamentación.

La inmediatez procesalmente requerida, se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado. Pero el tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales. Ello es irrelevante para la admisibilidad, porque llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación, sea que ella derive de una acción de amparo o de un proceso ordinario.

Por otra parte, no resulta atendible el planteo de la recurrente en cuanto a que el amparo no es la vía más idónea a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional porque el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ofrecería a los actores como alternativa el reintegro de gastos de guarderías o salas maternas. Tal argumento remite a un análisis de normas de derecho común cuya interpretación por el *a quo*, como se explicará, no luce arbitraria en tanto no incurre en la excepcionalmente grave deficiencia de fundamentación que impidan considerar el

pronunciamiento de los jueces de la causa como una sentencia fundada en ley, con directa lesión a la garantía del debido proceso ("Estrada, Eugenio", Fallos: 247:713, entre otros).

6°) Que en cuanto al segundo aspecto de la cuestión a decidir, esto es lo vinculado al alcance del control jurisdiccional sobre las omisiones y su remediación, corresponde, en primer lugar, encuadrar el derecho frustrado por la falta de reglamentación.

Dentro del marco general del derecho a la "protección integral de la familia" consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incumbe al Estado garantizar, por un lado, una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan. De manera que el artículo 179 de la LCT se relaciona también con el mandato constitucional 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, las mujeres...*" (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

Las diferentes normas involucradas en la efectiva reglamentación de espacios de cuidado en las empresas se encuentran ordenadas jerárquicamente por la Ley Suprema y su interpretación implica un diálogo de fuentes (artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación) que integre armónicamente la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional, los demás tratados con jerarquía supra legal y la ley infraconstitucional.

Además de las normas constitucionales citadas, convergen en la cuestión los tratados internacionales que contienen normas similares. Así, el artículo 10, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados firmantes reconocen que "*...se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...*".

En el mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados 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, y a garantizar la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos (artículo 5, incisos a y b). Puntualmente, 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..." (artículo 11, inciso 2°, ap. c).

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé que *"...los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas..."* (artículo 18, inciso 3°).

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por ley 23.451 y ratificado el 17 de marzo de 1988, tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo a fin de evitar que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con hijos a su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (artículos 1, inciso 1, y 3, inciso 1). Para lograrlo, impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

7°) Que teniendo en cuenta ese bloque de normas constitucionales y supra legales, la ley no hace más que aplicarlo específicamente.

Por esta razón, la LCT dispone (artículo 179): *"Descansos diarios por lactancia. Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan"*.

8°) Que, como ha quedado expuesto, con el dictado del artículo 179 de la LCT el Poder Legislativo ha dado cumplimiento a un mandato constitucional.

A su vez, la ley ordenó al Poder Ejecutivo reglamentar ese derecho. Sin embargo, no se encuentra discutido en esta causa que hay un claro mandato legislativo con base constitucional desoído desde el 20 de setiembre de 1974.

La falta de reglamentación durante cuarenta y siete (47) años plantea claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo apuntado.

De esa manera, la cuestión sometida a esta Corte consiste en interpretar si la omisión de reglamentar es exigible y si una condena al Poder Ejecutivo que consista en obligar a reglamentar una ley dictada por el Congreso de la Nación, es consistente con el principio republicano de división de poderes y se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.

9°) Que no cabe duda de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 99, inciso 2° de la Constitución Nacional establece que "*...el Presidente de la Nación... expide las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...*".

Ahora bien, más allá de los correspondientes ámbitos de discrecionalidad, la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional. Es que tanto se vulnera la Constitución Nacional cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda. Como dijo Bidart Campos, "cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento" y "cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido" pues en caso contrario la supremacía constitucional "declinaría su vigor y su sentido genuino" (Germán J. Bidart Campos, "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *El Derecho* 78-785, 1978, p. 785-789).

En este caso, del propio texto del artículo 179 de la LCT se desprende que es *necesario* que el Poder Ejecutivo expida un reglamento para la operatividad del derecho que consagra, es decir, para la ejecución de lo dispuesto por una ley de la Nación. Y lo cierto es que la Ley de Contrato de Trabajo fue promulgada en 1974 (ley 20.744, artículo 1°) y todavía no ha sido reglamentado el artículo al que se viene haciendo alusión.

10) Que esa falta de reglamentación es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción.

En este sentido, cabe rechazar el argumento que postula que la solución prevista en el artículo 103 bis, inciso f, torna abstracta la falta de reglamentación del artículo 179 de la misma Ley de Contrato de Trabajo.

El mencionado artículo 103 bis, inciso f, prevé que cuentan como beneficios sociales "*...los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones...*".

Al respecto, se comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Fiscal en cuanto a que esta disposición –incorporada a la LCT por la ley 24.700– que contempla un reembolso de gastos en modo alguno justifica la omisión de reglamentar el artículo 179. Claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse. Y, en esos términos, la interpretación que efectúa el *a quo* respecto a que el reintegro de gastos previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ha sido enunciado por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas en virtud de la reglamentación, aparece como razonable y no ha sido en modo alguno refutada por el recurrente.

Por todo ello, la única solución es la reglamentación del artículo mencionado y cabe examinar si, ante la omisión referida, corresponde que el Poder Judicial ordene esa actividad al Poder Ejecutivo.

11) Que la solución de este caso obliga a ponderar la función del Poder Judicial en cuanto a garantizar el acceso a justicia así como la eficacia de los derechos, por un lado, y por el otro, la división de poderes.

En relación al primer principio, esta Corte ha considerado 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; 339:1077).

En cuanto al segundo principio, todos los precedentes de esta Corte Suprema son consistentes en señalar que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que

incumben a los otros poderes o jurisdicciones (Fallos: 155:248; 311:2580; 320:2851, entre muchos otros).

En cuanto a la ponderación entre ambos principios, esta Corte ha señalado que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados (Fallos: 328:1146; 341:39).

Por ello cabe concluir que deben ser respetados los ámbitos de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, con un límite, esto es, que se configure una omisión durante un tiempo irrazonable que torne ilusoria alguna cláusula de la Constitución.

12) Que en los casos en que hay una omisión en la implementación de alguna cláusula constitucional, esta Corte Suprema ha ordenado a las autoridades públicas correspondientes su cumplimiento o bien ha ordenado directamente su reparación pretoriana.

En efecto, en varias oportunidades la Corte ha debido abordar el control jurisdiccional sobre las omisiones legislativas y reglamentarias en las que incurrieron diferentes autoridades federales y provinciales. Esas demoras frustraban tanto derechos fundamentales como cláusulas constitucionales vinculadas a la estructura de poder y al federalismo. A su vez, esos mandatos desoídos fueron remediados mediante órdenes a las autoridades públicas correspondientes o directamente por la propia decisión judicial.

Por una parte, en una serie de precedentes que encuentran sus raíces incluso antes de la reforma de 1994, el Tribunal consideró que la omisión reglamentaria no obstaba a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición normativa alguna (vgr. "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492; "Urteaga", Fallos: 321:2767; "Halabi", ya citado).

En 2006, en "Badaro" (Fallos: 329:3089), la Corte señaló que la ausencia de aumentos jubilatorios configuraba un apartamiento del mandato de movilidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Y consideró pertinente poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Ley Fundamental.

En esa misma causa, pero en 2007, el Tribunal señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar la omisión legislativa que había advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuados para nivelar la prestación jubilatoria (Fallos: 330:4866).

Asimismo, en 2014, en el ya citado caso "Villarreal", la Corte remedió directamente la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley 26.425 en cuanto al modo en que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio (Fallos: 337:1564).

Por otra parte, también se refirió a omisiones legislativas que afectaban la realidad de las normas más básicas del federalismo constitucional.

En 2014, en "Intendente Municipal Capital" (Fallos: 337:1263), tuvo en cuenta la demora de dieciséis años en dictar la ley de coparticipación municipal prevista en la Constitución de la Provincia de La Rioja, y, al respecto, señaló que no era posible aceptar que el dictado de la ley -es decir, el acatamiento de la Constitución- quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos por un tiempo irrazonable, pues al "subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto" (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13). En atención a estas consideraciones, revocó la sentencia que había rechazado *in limine* el amparo interpuesto por la demora legislativa.

Luego, en el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias ("Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional", Fallos: 338:1356; CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional" y, *mutatis mutandis*, CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 "Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar", sentencias del 24 de noviembre de dicho año), este Tribunal sostuvo que, si bien no desconocía la complejidad política de la cuestión, lo cierto era que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada por la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación (Fallos: 338:1356, "Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", considerando 39). Más aún, sostuvo que esa complejidad no podía

resultar un justificativo para un inmovilismo que ya superaba ampliamente los tres lustros y que conspiraba claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. A la luz de estos razonamientos, exhortó “a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional”.

Finalmente, en 2019, al tratar el caso “Bazán” (Fallos: 342:509), sostuvo que el inmovilismo en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configura una omisión que “constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto” (Fallos: 342:509, considerando 12). Luego de advertir esta situación, resolvió que “de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad”.

13) Que, a la luz de esta línea jurisprudencial y, puntualmente, en los términos de la doctrina del precedente “Villarreal”, la procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso. Ello constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada- los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

En este marco, y en atención al tiempo transcurrido, que durante décadas malogró la vigencia efectiva del derecho reconocido, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación omitida tal como hizo el *a quo*.

En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados. Basta con observar

la naturaleza del beneficio que consagra el artículo 179 de la ley laboral para apreciar que la omisión de la reglamentación por parte del poder administrador es causa directa e inmediata que impide al titular del derecho acceder a la satisfacción del bien jurídico asegurado por el legislador.

14) Que, por lo demás y en cuanto permite esclarecer los alcances de la solución que se adopta, cabe advertir que, más allá del tenor literal de las disposiciones del varias veces citado artículo 179 de la LCT, la reglamentación que el Poder Ejecutivo ha de dictar no solo deberá tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades.

El Convenio 156 de la OIT –ratificado por nuestro país con posterioridad a la sanción de la ley 20.744- claramente ha equiparado ambas situaciones. Como ya se dijo, dicho convenio impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios públicos o privados que atiendan las necesidades de las personas, sean mujeres o varones, que desempeñan o desean desempeñar un empleo y tienen hijos a su cargo (cfr. normas ya citadas de los artículos 1, 3 y 4 de dicho convenio).

Al resolver recientemente el caso “Puig” (Fallos: 343:1037), esta Corte ha dicho que las directivas que emanan de dicho convenio y de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico (cfr. fallo citado, considerando 11); y también lo es, como acontece en el caso *sub examine*, la de promover servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se

encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que los actores Juan Bautista Etcheverry y Ximena Liggerini, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías cuyos lugares de trabajo no cuentan con ellas, junto con la ONG “Centro Latinoamericano de Derechos Humanos”, iniciaron un amparo peticionando se subsane la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo en cuanto establece que *“(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”*.

En concreto, solicitaron se condene al Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional- a dictar la reglamentación pertinente (fs. 1/18 de los autos principales cuya foliatura se citará a continuación).

Precisaron que hay una omisión del Poder Ejecutivo del deber de reglamentar el artículo citado, invocando el principio de obligatoriedad del ejercicio de la competencia (artículo 3 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) atribuida por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, y del llamado a reglamentar expreso que –sostuvieron- le realiza el legislador en la norma de marras, al referir a las condiciones *“que determine la reglamentación”*. Asimismo, manifestaron que la omisión citada lesiona de manera actual, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos de los actores.

2°) Que el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 7 rechazó la acción incoada sobre la base de considerar, con remisión al dictamen de la señora Fiscal Federal, que no se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de una acción de amparo que, por su naturaleza, es expedita y rápida.

3°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar

al amparo ordenando al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, dentro del plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (fs. 149).

Para así decidir, el *a quo*, por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General, consideró admisible la acción de amparo. Sostuvo que la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 era manifiesta, a la luz de los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional. A su vez, señaló que los cuarenta años transcurridos entre la sanción de la ley en estudio y el inicio de las presentes actuaciones no resultaban óbice para el tratamiento del amparo, en virtud de que la pretensión tiene como fin tutelar una omisión de los órganos estatales. Asimismo, advirtió que en el presente caso no se encontraba controvertida la legitimación activa de los amparistas.

A renglón seguido, la cámara consideró que para que se verifique una omisión inconstitucional susceptible de control jurisdiccional debía existir un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, que hubiese generado la vulneración de derechos o garantías, es decir -en definitiva- que se esté en presencia de un “caso” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Estimó que dicho supuesto se verificaba en autos ya que la falencia en la reglamentación del artículo 179 citado, hecho “público y notorio”, configuraba una omisión manifiestamente ilegítima, que se había prolongado desde la sanción de la disposición legal hasta nuestros días, y que importaba, en la práctica, anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional, en particular el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otro lado, consideró satisfecho el extremo relativo al perjuicio concreto, atento que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías, sin que sus lugares de trabajo cuenten con ellas.

Por último, realizó una lectura armónica de los artículos 103 bis, inciso f, y 179 de la ley 20.744, en base a lo cual concluyó que ambas disposiciones tienen carácter complementario, y no alternativo. Es decir, que la previsión realizada por la primera norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas, en los términos del segundo artículo referido. En consecuencia, estimó que el hecho de que los actores no hayan solicitado tal beneficio no resultaba un obstáculo a la procedencia del presente reclamo.

4°) Que contra ese pronunciamiento el Estado Nacional –Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- interpuso recurso extraordinario federal (fs. 152/163) que, al ser denegado (fs. 181), dio origen a la presente queja (fs. 36/41 de la queja).

El recurrente invoca cuestión federal simple, la arbitrariedad del pronunciamiento y que el caso reviste gravedad institucional. Argumenta que la sentencia apelada vulnera la supremacía constitucional, el régimen federal y el principio de división de poderes. Alega que la condena a reglamentar emitida en el pronunciamiento implica una transgresión a las normas de derecho positivo que afecta la división de poderes, erigiendo al juzgador en legislador, y constituye una violación de los derechos constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso, así como a los principios de legalidad y razonabilidad.

Añade que la naturaleza de remedio excepcional que cabe predicar de la acción de amparo deducida, exige concluir que esta no es idónea para abordar y resolver el planteo de los actores. En concreto, considera que la naturaleza del remedio intentado en autos resulta incompatible con la urgencia propia de la garantía mencionada, dado que, en caso de ordenarse la reglamentación requerida, su instrumentación demandaría un lapso temporal inconsistente con la tutela rápida y expedita propia de un proceso de amparo.

En definitiva, sostiene que no se encuentran acreditadas las circunstancias necesarias para recurrir a esa vía procesal sumarísima; en particular, los requisitos de ausencia de otros procedimientos ordinarios y la existencia de un daño concreto y grave que justifique este tipo de intervención jurisdiccional rápida y expedita. Asimismo, sostiene que los actores podrían haber satisfecho su pretensión mediante la opción por el reintegro de gastos del artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744.

5°) Que los agravios del apelante habilitan la apertura de esta instancia de excepción en tanto se ha puesto en cuestión la interpretación de los artículos 1°, 99 inciso 2°, y 116 de la Constitución Nacional. Asimismo, se encuentra controvertida la tésis del artículo 43 de la Constitución Nacional en la que el *a quo* asentó su decisión favorable a la vía del amparo para el control de omisiones al deber de reglamentación. Estos planteos, conforme a los términos en que quedara planteada la controversia, atañen a derechos expresamente tutelados por el bloque de constitucionalidad cuya afectación se atribuyó al obrar omisivo del Estado.

En suma, se encuentra en juego la determinación del alcance de cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

En cuanto a la consideración de los agravios relativos a la alegada arbitrariedad, por encontrarse inescindiblemente unidos a la cuestión federal antedicha, corresponde sean examinados en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206 y 330:1195 y sus citas).

6°) Que no resulta controvertido que el Poder Ejecutivo no ha reglamentado el artículo 179 *in fine* de la LCT, en cuanto establece que los empleadores que la reglamentación indique deberán habilitar salas maternales y guarderías, ni que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guardería y que sus lugares de trabajo no cuentan con ellas. En este marco, deviene dirimente para la pretensión revisora: *i)* esclarecer la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales cuya violación fue derivada por el *a quo* de la omisión reglamentaria reprochada; *ii)* establecer si el control jurisdiccional de la omisión al deber de reglamentación en que incurrió el Poder Ejecutivo resulta compatible con el principio republicano de la división de poderes; y *iii)* determinar si la tutela de dichos derechos podía reclamarse por la vía del amparo.

7°) Que es dable memorar, en este punto, el criterio sostenido por este Tribunal conforme al cual corresponde a los jueces -y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita ("*Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*", Fallos: 308:647 y "*Varela*", Fallos: 341:1106, considerando 9° del voto del juez Rosatti).

De ahí que el análisis de la omisión de reglamentación del citado artículo 179 de la LCT debe reflejar el arraigo que dicho precepto tiene en los derechos y garantías que la Constitución Nacional y las normas que integran el bloque constitucional reconocen.

8°) Que, puestos en este quicio, resulta manifiesto que el citado artículo 179 *in fine* de la LCT encuentra sustento en distintos preceptos ubicados en la más alta jerarquía normativa.

En efecto, el precepto legal aludido se conecta con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la "protección integral de la familia", pues el listado de beneficios allí mencionados expresamente por el constituyente (compensación económica, bien de familia y acceso a la vivienda digna) es meramente enunciativo y no invalida otros que se dirijan al mismo objetivo.

La manda constitucional tutela *“los atributos de la familia”*, entendida como una *“sociedad natural organizada... sin discriminar sobre su forma de constitución, protegiendo además la maternidad, la infancia, y la menor edad”* (Jaureguiberry, Luis María, El artículo nuevo (constitucionalismo social), Castellví, Santa Fe, 1957, pág. 139). La *“familia”* constitucionalmente aludida, conforme a una interpretación dinámica del texto constitucional, no es solo la llamada *“familia tradicional”* sino que abarca asimismo a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales (conf. Fallos: 312:1681; 340:1154, disidencia del juez Rosatti).

9º) Que de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprenden derechos y responsabilidades inherentes –entre otros tópicos- al cuidado de los hijos menores de edad, pautas que también reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, vigentes con el más alto rango jurídico conforme al reenvío dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los estados firmantes reconocen que *“(s)e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”*. Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas 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”* (artículo 11, inciso 2).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra obligaciones inherentes a los Estados firmantes vinculadas con el tema de debate en autos. Así, el inciso 2º del artículo 18 establece, en general, que *“(a) los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”*. Con relación a los padres trabajadores, el inciso 3º prevé que *“(l)os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan*

derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley 23.451 y con jerarquía supra legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, al referir a los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

10) Que la recta interpretación de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia requiere la específica ponderación del principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social (Bidart Campos, Germán, *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I B, pág. 219).

En este aspecto, se comparte el criterio sostenido por el señor Procurador Fiscal en el acápite IV de su dictamen, párrafo 11 *in fine*, en cuanto a que la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta *“con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar”* (artículo 11, inciso 2).

En idéntica perspectiva, los derechos reconocidos en la legislación -cuya frustración se verifica por la omisión de reglamentar- constituyen una proyección de la tutela preferencial prevista en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, donde se establece como potestad del Congreso *“(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, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*.

La preferente tutela constitucional de mujeres y niños, y el amparo que el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo otorga a los trabajadores para el

ejercicio de las responsabilidades familiares y el desarrollo de su proyecto de vida, invalida todo límite que se pretenda imponer al efectivo goce de sus derechos.

11) Que las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supra-legales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género que una lectura literal del artículo 179 podría abonar. La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a *las trabajadoras* (interpretando que se excluiría a *los trabajadores*) desconoce que *“las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (cfr. arg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Fornerón e hija vs. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 50)”* (Fallos: 343:1037, voto del juez Rosatti).

Admitir la formulación legal sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distintos al actual, como una limitación o impedimento -basado en el sexo y/o en el género- importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por esta Corte al señalar que *“las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, (y) está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”* (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

No resulta óbice a la conclusión que antecede la obligación que la Carta Fundamental impone al legislador de adoptar medidas de acción positiva en favor de las mujeres (artículo 75 inciso 23, ya citado) pues dicha cláusula está destinada a resaltar la necesidad de equiparar a sectores históricamente rezagados, pero no a desconocer los derechos que pudieran corresponder a otros colectivos que se encuentren en igualdad real de condiciones.

12) Que una vez desarrollados los principios constitucionales que se proyectan en la norma en estudio, corresponde considerar el planteo sostenido por el recurrente en el sentido de que el control jurisdiccional de las omisiones al deber de reglamentación en que incurra el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el principio republicano de la división de poderes y no se encuentra entre las potestades constitucionales del Poder Judicial.

El aserto encuentra adecuada respuesta a la luz del concepto de “fuerza normativa de la Constitución”, conforme al cual “la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo”.

En este sentido, *“para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio”* (Bidart Campos, Germán, “El derecho de la constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, pág. 21).

La fuerza normativa de la Constitución Nacional demanda su cumplimiento ineludible por parte de los poderes constituidos del Estado, tanto el Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial. En ese marco, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar un mandato legislativo concreto, no solo repercute en la negación de los derechos constitucionales regulados por el legislador en la norma en juego, sino que también implica la frustración del artículo 99, inciso 2, que le atribuye expresamente su potestad de expedir *“las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”*.

13) Que la falta de regulación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión. Si las cláusulas constitucionales, y las normas legislativas dictadas en su consecuencia por el Congreso, no pudieran regir por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria. Frente a esta hipótesis, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino el deber, de controlar dicha omisión.

Esta Corte ha sostenido que cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, se configura una omisión de la autoridad pública (Fallos: 337:1564). Máxime cuando, como en el presente caso, la naturaleza del mandato formulado por el legislador (la reglamentación de un sistema de salas maternales y guarderías, la identificación de los establecimientos que deben cumplimentarlo en función del número mínimo de trabajadores, la delimitación de la edad de

los menores comprendidos, y, en general, la previsión de las condiciones que deben reunir dichas salas) permite colegir el carácter imprescindible de la mediación reglamentaria.

14) Que, en línea con lo reseñado, la fuerza normativa de la Constitución exige que frente a mandatos constitucionales y legislativos concretos, el Poder Judicial deba determinar –en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación no sólo por acción sino también por omisión de las autoridades constituidas que deben hacer operativas las pautas constitucionales o legales, sin que ese accionar pueda ser considerado como una afectación al principio republicano de división de funciones del Estado consagrado por el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental.

En el presente caso, la existencia de un mandato concreto del Poder Legislativo en el artículo 179 de la LCT, su carácter de norma reglamentaria de derechos constitucionales, la existencia de omisión en su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo y la trascendencia de tal reglamentación, en conexión con el elemento temporal del incumplimiento (47 años), derivan necesariamente en la procedencia del control de tal omisión por el Poder Judicial.

15) Que con relación a la idoneidad de la vía articulada por los actores, este Tribunal ha sostenido que el artículo 43 de la Constitución Federal *“ha sido diseñada como la vía expedita y rápida -siempre que no exista otro medio judicial más idóneo- contra tod[a] (...) omisión de autoridad pública (...) que en forma actual lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución Federal, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”* (Fallos: 337:1564, considerando 12).

En ese marco, corresponde concluir la procedencia del amparo por la omisión de autoridad pública que resulta de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso, que constituyendo una ilegalidad manifiesta lesiona en forma actual los derechos constitucionales de niños, niñas, y de los trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado. En el caso se han menoscabado los derechos invocados por los actores (cfr. criterio de Fallos: 337:1564, considerando 11).

16) Que, asimismo, se comparte el criterio del señor Procurador Fiscal, en torno a que no obsta a la conclusión arribada lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f de la ley 20.744, en cuanto dispone que cuentan como beneficios sociales *“los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones”*.

Una interpretación sistemática de esta cláusula con la del artículo 179 permite concluir que el legislador ha previsto prestaciones diversas y complementarias. En efecto, esta Corte ha señalado que la tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 258:75), evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 277:213; 281:170; 296:372; 310:195; 312:1614 y 323:2117).

En tal sentido, el argumento sostenido por la cámara en torno a que la previsión realizada por la norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternas, aparece como razonable y ajustada a la manda constitucional *ut supra* reseñada.

Finalmente, tampoco puede considerarse satisfecho el deber de reglamentación por la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la disponibilidad de servicios de guarderías y salas de cuidado en diversas empresas, pues, conforme ha expresado el señor Procurador Fiscal en el acápite IV *in fine* de su dictamen, al tratarse de un derecho derivado de la propia LCT, no puede quedar condicionado al poder de negociación de sindicatos y empleadores.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social**, representado por el **Dr. Raúl Horacio Lambardi**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 7**.

