

Sala N°03

Nombre del Expediente: “*ASOCIACION CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA y otros
CONTRA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO*”
Número: *A1684-2015/0*

Ciudad de Buenos Aires, de abril de 2017

VISTAS: estas actuaciones, para resolver los recursos de apelación interpuestos y fundados a fs. 566/576 y 579/600 vta. contra la sentencia de fs. 550/560, y

CONSIDERANDO:

1. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA) y la Fundación Mujeres en Igualdad (MEI) iniciaron la presente acción de amparo contra la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/17), con el objeto de que: a) se declarara la nulidad de la resolución 357/13 de la Legislatura, que designó a un nuevo Auditor de la Auditoría General de la CABA (AGCABA); b) se ordenara a la demandada realizar, dentro de un plazo razonable, un nuevo nombramiento adecuado al cupo femenino previsto en el artículo 36 de la Ciudad de Buenos Aires (CCABA) y en el artículo 138 de la ley 70.

2. La sentencia de grado (fs. 550/560): a) hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la resolución cuestionada, que designó al Sr. Juan Facundo Del Gaiso como auditor general de la AGCABA; b) dispuso la reparación del daño colectivo –de acuerdo a lo previsto en el artículo 15, inciso ‘d’ de la ley 5261– y ordenó a la Legislatura la emisión de disculpas públicas al grupo objeto de discriminación en el caso –concretamente, las mujeres–, y la publicación de tales disculpas en uno de los medios gráficos de mayor tirada en la Ciudad; c) impuso las costas a la Legislatura vencida.

3. La decisión reseñada fue impugnada por el Sr. Juan F. Del Gaiso –auditor designado mediante la resolución que originó la litis– (fs. 566/576) y por la demandada (fs. 579/600 vta.). Dichos recursos fueron concedidos, respectivamente, a fs. 577 y 601.

Ordenados y cumplidos los pertinentes traslados (v. fs. 577, 601 y 601 vta.), las coactoras presentaron su respuesta a los argumentos de los recurrentes (fs. 602/614 vta.).

4. Recibidas las actuaciones en esta Sala (fs. 617), el apoderado de la ACIJ (fs. 626/627 vta.) solicitó que la sentencia de primera instancia se declarara parcialmente abstracta, ya que el 10 de diciembre de 2015 se eligieron nuevas autoridades en la AGCABA y –luego de la renovación– la integración del organismo se ajusta a derecho. Asimismo, requirió se confirmara la medida de reparación del daño colectivo dispuesta en el pronunciamiento apelado. Ordenado el traslado de dicho planteo (fs. 629), la Legislatura presentó su respuesta (fs. 633/635), en la que coincidió con su contraria en cuanto al carácter abstracto de la nulidad de la designación controvertida y sostuvo que la reparación del daño invocado resultaba improcedente, dado que la invalidez del acto es condición indispensable para acceder a cualquier eventual resarcimiento de los perjuicios emanados de la conducta de la autoridad pública.

Cumplidos tales pasos y producido el dictamen fiscal de fs. 619/625, se llamaron autos para resolver (fs. 723).

5. Los agravios expuestos por los recurrentes pueden sintetizarse del modo que sigue:

A) El codemandado Del Gaiso objeta la sentencia apelada dado que, a su juicio: a) el amparo no es la vía idónea para la solución de la presente controversia; b) las demandadas no están legitimadas para impugnar la integración de la Auditoría de la Ciudad de Buenos Aires; c) no media un acto que vulnere con arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas algún derecho o garantía.

B) El GCBA cuestiona la resolución de fs. 550/560 en tanto: a) el amparo no resulta procedente, ya que se cumplió con el cupo previsto en el artículo 36 de la CCABA y el acto cuestionado no lesiona derechos constitucionales; b) los actores carecen de legitimación activa, puesto que no se encuentra en juego la vulneración de un derecho diferenciado del que sean titulares; c) no existe en la litis un caso o controversia judicial, en contradicción con lo dispuesto por los artículos 116 de la Constitución Nacional (CN) y 106 de la CCABA; e) invade facultades propias de la Legislatura.

6. Ambas partes se hallan contestes en señalar que la nueva composición de la AGCABA a partir del 10 de diciembre del año 2015 se conforma a las prescripciones constitucionales y legales. En virtud de la resolución de la Legislatura 294/2015 (expediente 2093-D-2015, adoptada en la 24° sesión ordinaria del cuerpo, el 3/12/15), en lo que interesa a los efectos de la presente litis, el organismo de control mencionado quedó integrado, desde el 10 de diciembre pasado, por cuatro (4) mujeres y tres (3) hombres.

Lo expuesto deja ver, en primer término, que la resolución 294/2015 de la Legislatura es posterior a la fecha en que fue emitida la sentencia apelada. En rigor, la resolución 294/2015 ha cumplido parcialmente con la pretensión de las actoras –en lo relativo a la realización de una nueva designación ajustada al cupo establecido por los artículos 36 de la CCABA y 138 de la ley 70 y, de tal modo, ha tornado abstracto el objeto del amparo en este punto. Por lo tanto y atento a lo peticionado por ambas partes, así corresponde declararlo.

7. No obstante lo dicho, el tratamiento de los agravios relativos a la nulidad de la resolución 357/13 de la Legislatura no resulta inoficioso, en la medida en que la nueva integración de la AGCABA no tiene incidencia sobre la validez de la designación cuestionada en la causa.

En relación con esta cuestión se observa, en primer lugar, que en lo concerniente a la idoneidad de la vía procesal del amparo y de la legitimación de las demandantes los apelantes se limitan a reiterar argumentos analizados y rebatidos en la sentencia de grado, sin aportar razones que conduzcan a apartarse del criterio adoptado en la instancia anterior.

En cuanto a la nulidad declarada a fs. 550/560, los reparos expuestos por los apelantes tampoco tendrán favorable recepción. Tal como lo puso de relieve el juez de grado, un simple cálculo matemático permite comprobar que el setenta por ciento del total de siete miembros con que cuenta la AGCABA es igual a 4,9. Por lo tanto, la designación que dota al órgano citado de cinco integrantes del mismo género supera el límite numérico señalado e incumple con el mandato constitucional.

Es importante destacar que esta cuestión no es materia de apreciación discrecional. Según lo expuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en autos *“Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo”*, sentencia del 23/06/92, Fallos, 315:1361–, en ocasiones el ordenamiento jurídico predetermina la solución a adoptar y, en estos casos, la conducta de la autoridad de aplicación debe ceñirse a constatar que concurren los presupuestos de hecho previstos en la norma y a proveer a la consecuencia jurídica contemplada en la ley. Este es el caso de la proporción establecida por los artículos 36 de la CCABA y 138 de la ley 70. Dicho en otros términos: el cumplimiento del cupo constituye un elemento reglado del acto de nombramiento en examen, que no puede ser soslayado por consideraciones vinculadas a la oportunidad, mérito o conveniencia de una solución diferente de la establecida en la norma.

Las razones precedentes conducen a confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la invalidez de la designación cuestionada.

8. En lo concerniente a la reparación de daño colectivo dispuesta en la sentencia en cuestión, cabe poner de relieve que:

a) La ley 5261 entró en vigencia en mayo del año 2015, con posterioridad a la designación que motivó estas actuaciones y antes de que se dictara la sentencia apelada.

b) Sin embargo, la designación cuestionada se extendió hasta el 10 de diciembre de 2015. Hasta ese momento, el funcionario designado mediante un acto irregular permaneció en su cargo. Es decir que la vulneración de tal norma se prolongó hasta transcurridos siete meses de la entrada en vigor de la ley 5261, razón por la que la imposición de la medida reparativa mencionada no constituye una aplicación retroactiva de la ley citada.

c) El artículo 5º de la ley 5261, denominada “Ley contra la discriminación”, consagra expresamente en esta materia el principio *pro homine*, en los siguientes términos: “[e]n la interpretación y aplicación de esta ley y de las normas complementarias y concordantes de la misma deberá prevalecer aquella interpretación y aplicación que mejor y más favorablemente proteja los derechos y la dignidad de las personas afectadas por presuntas conductas discriminatorias. Igual principio se aplicará ante la concurrencia de normas de igual o distinto rango que prevean diferentes niveles de protección contra la discriminación”.

d) A los efectos de la ley 5261, constituye “*discriminación de facto*” “*toda exclusión, restricción o menoscabo de hecho en el goce o en el ejercicio igualitario de los derechos sin que el criterio de distinción sea mencionado explícitamente*”. En el caso, la designación en discusión tuvo el efecto práctico de limitar el porcentaje de género establecido en los artículos 36 y 138 de la ley 70, en perjuicio de las mujeres, y no explicitó el criterio en que se basó para actuar de tal modo. En consecuencia, sin forzar el sentido natural de las palabras, de acuerdo a la ley 5261, la resolución resulta discriminatoria.

e) El hecho de que haya cesado el acto discriminatorio que originó la causa no excluye la posibilidad de una reparación del daño colectivo causado por un medio razonable, proporcional y previsto en la ley.

f) Las medidas de reparación del daño colectivo previstas en el artículo 15 de la ley 5261 no requieren de petición de parte; verificados ciertos requisitos, el tribunal *debe* disponerlas. Cabe agregar, en análogo sentido, que las disposiciones de la ley citada son de orden público (cf. art. 1º).

g) En función del principio *pro homine*, de la índole de la afectación, del tiempo por el que se extendió, del hecho de que haya sido llevada a cabo por uno de los poderes públicos de la Ciudad y de la publicidad que recibió la designación, la medida contemplada en el artículo 15, inciso ‘d’ de la ley 5261 resulta adecuada para evitar la repetición de conductas discriminatorias y cumplir con los fines enunciados en el artículo 1º de la ley.

En tales condiciones, no se observan motivos que conduzcan a revocar lo decidido en la instancia anterior respecto de la reparación controvertida. En consecuencia, corresponde ratificar la sentencia de grado en cuanto ordenó –con base en lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 5261– emitir y difundir disculpas públicas al grupo discriminado en uno de los tres medios gráficos de mayor tirada en la Ciudad.

Por ello, oído el Sr. Fiscal de Cámara, **SE RESUELVE: I-** Declarar abstracto el objeto de la presente acción de amparo en lo relativo a la realización de una nueva designación ajustada al cupo establecido por los artículos 36 de la CCABA y 138 de la ley 70. **II-** Con relación a los restantes puntos planteados a este tribunal, rechazar los recursos de apelación interpuestos a fs. 566/576 y 579/600 vta. y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 550/560, con el alcance fijado en los considerandos 7 y 8. **III-** Con costas a la demandada, por haber dado lugar a la promoción de la acción (art. 62 del CCAyT).

Regístrese y notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.