

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3 de noviembre de 2015.

VISTOS: Los autos de referencia para dictar sentencia y de los cuales,

RESULTA:

1. Que 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 GENERO (ELA) y la FUNDACIÓN MUJERES EN IGUALDAD (MEI) iniciaron la presente acción de amparo contra la LEGISLATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante, la LEGISLATURA) con el objeto de que se declare la nulidad de la resolución 357-13, dictada por la demandada el 9 de diciembre de 2013, en virtud de la cual se designó a un nuevo auditor de la Auditoría General de la Ciudad como consecuencia de la vacancia producida a raíz de la renuncia de una de las auditoras. Asimismo, solicitaron se ordene a la accionada realizar una nueva elección para dicho cargo, de modo tal que se respete el cupo por sexo establecido por los arts. 138 de la ley 70 y 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, dentro del plazo que el Juzgado considerase razonable (cfme. fs. 1).

Peticionaron, como medida cautelar, la suspensión de la designación del auditor general aprobada por la resolución atacada, hasta tanto se resolviese el fondo del asunto.

En cuanto a los antecedentes del caso, manifestaron que el 9 de diciembre de 2013 la LEGISLATURA dictó la resolución 357-13, mediante la cual se aprobó la designación de JUAN FACUNDO DEL GAISO como auditor general de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a raíz de la vacancia producida por la renuncia de la auditora general PAULA OLIVETO LAGO.

Señalaron que tal designación no se atiene al cupo por sexo dispuesto por los arts. 138 de la ley 70 y 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, así como por los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, lo que redundaría en una grave violación de derechos colectivos.

Aclararon que no se cuestiona la idoneidad del Sr. DEL GAISO ni ninguna otra cualidad de su persona sino que se plantea la inobservancia de las normas por parte del cuerpo legislativo, específicamente en lo que respecta al cupo por sexo.

Describieron los preceptos contenidos en los arts. 138 de la ley 70 (de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad) y 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) y puntualizaron que la expresa y especial remisión que el primero de los artículos citados realiza al art. 36 de la CCABA -el que de por sí ya era aplicable- obedece a la voluntad del legislador de despejar toda duda acerca de su vigencia y evitar interpretaciones discriminatorias.

En ese sentido, precisaron que como resultado de la designación en crisis, la composición del cuerpo quedó conformada por cinco varones y dos mujeres -una de las cuales ejerce la presidencia-, lo que contraría palmariamente la normativa vigente en la materia, en virtud de la cual los cuerpos colegiados compuestos por tres o más miembros no pueden quedar constituidos por más del setenta por ciento (70%) de personas de un mismo sexo; en el caso

concreto de la Auditoría, “cuerpo colegiado compuesto por siete personas, no puede haber más de cuatro personas de un mismo sexo. La ley exige que haya por lo menos tres miembros de cada género” (cfme. fs. 3).

Especificaron que este cupo no sólo debe cumplirse al momento de conformación inicial del cuerpo sino que debe mantenerse a lo largo del tiempo, ya que el último párrafo del art. 36 de la CCABA se refiere claramente a “integración” de órganos colegiados y no a candidaturas o postulaciones a dichos cargos. Incluso -agregaron- es la LEGISLATURA quien “concede acuerdos respetando el cupo previsto” y debe, por tanto, controlar que la integración del cuerpo siga respetando el cupo obligatorio.

Entendieron, por ello, que la vacancia debió haber sido ocupada por otra mujer para mantener la proporcionalidad exigida por la ley y la Constitución.

A su vez, adujeron que en la sesión de aprobación del pliego fue advertida la posibilidad de incurrir en violación al cupo. Sin perjuicio de ello, agregan, los legisladores aprobaron la resolución, respecto de la cual se afirmó se carecía de certeza sobre si era violatoria del art. 36 de la CCABA. Indicaron que “los legisladores eran conscientes de que se apartaban de la norma legal, a fin de mantener un acuerdo político” (v. fs. 4 vta) y detallaron las presentaciones efectuadas con relación a este asunto por parte de las asociaciones actoras con carácter previo al inicio de esta acción ante la LEGISLATURA DE LA CIUDAD y DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

Advirtieron sobre la gravedad institucional que acarrea la cuestión traída a debate, respecto de lo cual resaltaron que una institución pública creada por la Constitución se encuentra en violación permanente y sostenida de normas constitucionales y legales, lo que impacta en la legitimidad y credibilidad del cuerpo, y hasta podría incidir en la validez de los actos que de ella emanan.

Ponderaron que la violación del cupo atañe específicamente a una política de estado, que propende a la efectivización del derecho de un grupo históricamente postergado, y que el hecho de que hayan transcurrido tantos meses sin que la Legislatura se pronuncie -sin que las legisladoras mujeres lo hagan- no hace más que demostrar la gravedad de la situación, puesto que “cuando las violaciones de derecho se institucionalizan y perpetúan, los derechos violados se invisibilizan, y la situación de desigualdad pasa a ser algo así como ‘las reglas del juego’” (v. fs. 5 vta).

Argumentaron sobre el derecho de las mujeres a ser actoras claves del proceso político y la necesidad de garantizarles un espacio en la toma de decisiones, a la vez que refirieron a las acciones positivas tendientes a tal fin, como ser, en un inicio en este país, la llamada Ley de Cupos -1991- y la reforma constitucional de 1994. En este marco, desarrollaron un repaso sobre la evolución en la protección del derecho invocado -con sus logros y resistencias-, antecedentes jurídicos nacionales e internacionales y normativa vigente en la materia, como ser la ley 474 de esta Ciudad.

Con relación a su legitimación activa, alegaron que en virtud de lo dispuesto por el art. 14 de la CCABA y jurisprudencia reinante en la materia, frente a un supuesto de discriminación como el de autos, que afecta un derecho colectivo, “cualquier habitante”, y

más aun las asociaciones actoras -defensoras de tales derechos- se encuentran legitimadas para interponer la presente demanda. Añadieron a ello que el derecho de las mujeres a la participación en un cuerpo colegiado es un derecho reconocido a un grupo o sector, por lo que reviste carácter subjetivo pero, a la vez, colectivo. Recordaron la doctrina sentada en los precedentes “Halabi” (CSJN) y “Barila” (CCAyT, Sala II y TSJ), entre otros, y concluyeron que claramente cuentan con legitimación para reclamar como lo hacen.

Finalmente, se expidieron sobre la procedencia de la vía intentada, formularon reserva del caso federal y ofrecieron prueba.

Declarada la competencia del suscripto para entender en la causa -mediante resolución de fs. 115/116, previo dictamen fiscal en igual sentido-, fue rechazada la medida cautelar peticionada (fs. 118/119).

2. Que corrido el pertinente traslado de demanda, a fs. 181/200 se presentó la LEGISLATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y rechazó la pretensión de la actora.

Realizó las negativas de rigor y planteó falta de legitimación activa de las amparistas.

Con relación a esto último, sostuvo que las accionantes carecen de derecho alguno para plantear cuestiones que impidan o cuestionen el ejercicio de sus facultades propias -previstas en los arts. 80 inc. 1 y 136 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires- en tanto no se encuentra en juego la vulneración de un derecho diferenciado de la actora que la habilite a demandar y obtener un pronunciamiento judicial.

Destacó que la cuestión planteada no afectaría directamente a ninguna de las entidades actoras sino “a las mujeres en condiciones de ser elegidas como Auditoras”, y que la invocación de tal interés hace que las personas jurídicas que accionan carezcan de derecho alguno.

Agregó a ello que tampoco cuentan con legitimación para promover un amparo colectivo en defensa de “todas las mujeres en condiciones de ser elegidas como Auditoras en la Auditoría General de la Ciudad”, en tanto no se presenta una homogeneidad fáctica y normativa que le otorgue la representación del conjunto heterogéneo de intereses que existe en el universo de personas al que las amparistas denominan como “todas las mujeres”.

A su parecer, los derechos a la participación política y a la no discriminación que las accionantes invocan poseen un carácter individual y divisible en cuanto a su titularidad y ejercicio.

Manifestó que no se configura una “causa fáctica común” y que las amparistas no justifican de modo alguno que puedan asumir la representación de los intereses individuales de todas las mujeres en condiciones de ser elegidas Auditoras (cfme. fs. 185). De hecho -continuó- a su parecer cabría presumir que no existe ninguna mujer que haya visto transgredido su derecho a la participación política, o se haya considerado discriminada por el dictado de la resolución 357/2013, ya que la LEGISLATURA no tiene constancias de un reclamo en tal sentido, sea individual o de un bloque político integrante del cuerpo deliberante.

Dedujo de ello que la demanda de amparo contiene una pretensión abstracta y que la accionante se arroga la representación de una parte de la sociedad y promueve un reclamo judicial sobre el que nadie ha manifestado interés. Citó jurisprudencia relativa a ello.

Por otro lado, cuestionó la vía elegida, en tanto - a su entender- no se configuraría la excepcionalidad y urgencia requerida para su procedencia y por cuanto la pretensión deducida y prueba ofrecida merecerían un debate amplio, propio de un procedimiento ordinario.

Indicó que no existe ningún derecho ni garantía constitucional que en forma actual o inminente haya sido lesionado, restringido, alterado o amenazado de ningún modo por el cuerpo deliberativo, quien en la práctica de sus procedimientos resguarda los derechos a la participación política y a la no discriminación imperantes en la legislación de la Ciudad.

Inquirió “qué personas por su condición de mujer, vieron coartada su posibilidad de ser postulantes al cargo vacante en la Auditoría General de la Ciudad, para que pueda hablarse de la discriminación de que se da cuenta en la demanda? La respuestas es, Ninguna” (v. fs. 287).

Expuso que con el dictado de la resolución cuestionada no se transgredió el cupo previsto por los arts. 138 de la ley 70 y 36 de la Constitución de la Ciudad.

En este sentido, negó la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la designación cuestionada y postuló la “ausencia de caso”, ya que el nombramiento de un integrante de la Auditoría General de la Ciudad por parte de la LEGISLATURA no habría generado controversia, en tanto que no existiría daño provocado al interés de las amparistas o de la colectividad. Tampoco existiría -añade- un derecho genérico a la legalidad que legitime para demandar si no se acredita la existencia de un derecho violado y el daño concreto provocado.

En cuanto al fondo de la pretensión, indicó que la resolución 357/13 fue un acto legítimo dictado en ejercicio de facultades propias.

Describió la normativa aplicable al caso y el procedimiento desplegado para efectuar la designación en crisis, el que se habría materializado en un todo de acuerdo con dichas normas.

Puntualizó que la propuesta para cubrir el cargo vacante fue efectuada por el bloque de la Coalición Cívica por haber sido el sector político que oportunamente había propuesto a la auditora general renunciante.

Indicó que dicha propuesta fue girada por expediente 2837-I-2013 a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control de la Legislatura, que estableció ciertos días para la presentación de impugnaciones y fijó fecha de Audiencia Pública para la consideración de idoneidad y de las impugnaciones que pudieran presentarse, todo lo cual se cumplió con la debida publicidad.

Señaló que no se recibieron impugnaciones y que la audiencia pública se celebró normalmente el 6 de diciembre de 2013, luego de lo cual, en la sesión del 9 de diciembre del mismo año, se trató sobre tablas el despacho conjunto de la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control y de la Comisión de Asuntos Constitucionales, y se designó

Auditor General al Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO por 52 votos afirmativos, 1 negativo y 4 abstenciones.

Resultó que de lo antedicho se advierte que la designación aprobada se efectuó de conformidad con el procedimiento y mayorías requeridas constitucionalmente.

Alegó que no se configura un supuesto de discriminación ni de incumplimiento del cupo previsto por el art. 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Para llegar a tal conclusión, recordó que las entidades actoras no presentaron impugnaciones en el momento oportuno, ni se planteó una situación en la que se hubiera designado al Sr. DEL GAISO por sobre otras postulaciones de candidatas mujeres, como tampoco se impidió u obstaculizó la postulación de mujer alguna al cargo de auditora general que se encontraba vacante.

Se interrogó si ante la falta de una candidata mujer -por falta de interés o cualquier otra circunstancia personal- correspondería obligar a una mujer a aceptar el cargo o ser integrante de algún otro cuerpo colegiado, para luego concluir que tal no es el espíritu de la norma.

Expresó que más allá de ello, el cupo del 30% previsto por el art. 36 de la CCABA se encuentra debidamente satisfecho en la integración actual de la Auditoría General, puesto que no es exacto -a su criterio- que la ley exija que deba haber, por lo menos, tres miembros de cada género.

Ello así, en tanto el treinta por ciento (30%) sobre un total de siete (7) miembros arroja un resultado de 2,1 integrantes, es decir, no alcanza al tres (3). De este modo, a su parecer, la integración actual de la Auditoría, con cinco (5) varones y dos (2) mujeres, cumple con el cupo previsto en la norma constitucional. Destacó, en este sentido, que la Presidencia del órgano es ejercida por una mujer, “la que en determinadas circunstancias tiene un voto doble” (v. fs. 192 vta).

Citó jurisprudencia que considera aplicable al caso, de la cual destacó que “la CCABA encomienda la conformación de la Auditoría General a la Legislatura. En tales condiciones, la autoridad de aplicación de la norma es la Legislatura y, consecuentemente, conforme la doctrina de “Cullen c/Llerena” [Fallos: 53:420, 434], mutatis mutandis aplicable al caso, incumbe a dicho poder interpretar la norma y su interpretación debe ser respetada, so riesgo de incurrir en un inadmisibles avasallamiento de su atribución y, así, de la CCBA” [Voto del Dr. Luis Francisco Lozano]” (v. fs. 193).

Recordó que las funciones de la totalidad de los actuales Auditores Generales vencen en diciembre del corriente año, por lo que el transcurso de los plazos procesales podría tornar la causa abstracta.

Por último, alegó sobre una “afectación de prerrogativas legislativas”, y afirmó que el acogimiento del amparo constituiría una violación de la división de poderes, en tanto el Poder Judicial no puede inmiscuirse en el ejercicio de las funciones constitucionales que ejercen los legisladores, ni interpretar o dar un alcance determinado a las normas que establecen atribuciones propias y exclusivas del Poder Legislativo.

Abogó porque se consideren las consecuencias institucionales que podrían derivarse de hacerse lugar al amparo promovido, con relación a lo cual indicó que “ninguna interpretación puede ser judicialmente convalidada si sus consecuencias inmediatas e insalvables dañan intereses vitales de la comunidad o niegan valores sociales de primera jerarquía” y luego precisó que lo que se encuentra en juego es si el Poder Judicial puede controlar y decidir sobre los acuerdos políticos a los que se arriban en el ámbito del Poder Legislativo de la Ciudad, los que son esencialmente dinámicos.

Consideró que, de admitirse la pretensión de las amparistas, la consecuencia inevitable sería la proliferación ad infinitum de amparos y acciones judiciales tendientes a obstaculizar o bloquear los procedimientos legislativos (v. fs. 197 vta).

Ofreció prueba e hizo reserva de la cuestión constitucional y del caso federal.

3. Que corrido el pertinente traslado respecto de la falta de legitimación activa interpuesta por la demandada a fs. 183/185, la parte actora argumentó sobre la legitimación que reviste para reclamar como lo hace.

Así remitió al artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y a los antecedentes emanados del Tribunal Superior de Justicia, de todo lo cual dedujo que cualquier habitante se encuentra legitimado a presentar un amparo en todos los casos en que exista discriminación o una afectación de derechos y/o intereses de carácter colectivo.

Recalcó que en la presente causa se ventilan cuestiones que afectan derechos colectivos, pese a los esfuerzos de la demandada en sostener que no existe violación de derecho alguno y que, de existir, sería a un derecho individual.

Enfatizó, en este sentido, que lo que se encuentra en juego es el derecho a la participación política y a la no discriminación de todas las mujeres en condiciones de ser elegidas. No se trata -agregó- de una pluri-individualidad subjetiva “sino un colectivo históricamente discriminado por su sexo. Negar la naturaleza colectiva de este derecho significa oponerse a las regulaciones del bloque de constitucionalidad argentino en la materia, y un retroceso a la idea de justicia en materia de derechos humanos” (v. fs. 210).

Remitió a las normas locales, nacionales e internacionales que garantizan el derecho de la mujer a la participación política y aseguró que el resguardo a la participación del género femenino no solo tiende a la posibilidad de competir por un cargo sino a la conformación de órganos colegiados. Añadió que, en este último supuesto, la obligación no debe satisfacerse solo al constituir el órgano sino que debe respetarse durante todo momento.

Señaló que el acto impugnado constituye una situación de discriminación que frustra el derecho a la participación política de un colectivo y, por tanto, su inobservancia redundaría en un perjuicio sobre dicho colectivo, lo que habilita la legitimación procesal de las asociaciones actoras.

Refutó la idea de que la falta de impugnación a la designación puesta en tela de juicio implique la ausencia de violación al derecho invocado y aclaró que el mecanismo de selección del cuerpo de auditores no prevé un régimen de postulaciones abiertas sino que son los bloques o partidos políticos los que proponen al candidato. En el caso -continuó- nunca hubo una mujer en consideración.

Manifestó que, en la hipótesis de que solo la mujer plausible de ser potencialmente elegida por el bloque político pertinente tuviera legitimación para ir en contra de la decisión orgánica de su partido, el desincentivo para hacerlo sería mayor que el potencial beneficio de acceder al cargo. Tal fue el motivo, adujo, por el cual se amplió la legitimación para reclamar judicialmente en estos supuestos.

4. Que frente a la posibilidad de que la resolución definitiva de la controversia pudiera afectar derechos de terceros, se citó al Auditor General cuyo nombramiento se impugna, Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO, quien se presentó a fs. 322/341 y solicitó el rechazo de la acción intentada.

Formuló las negativas de rigor y reseñó la normativa que dio origen al órgano que actualmente integra, así como la que regula sus deberes, competencias, composición y funcionamiento. Luego precisó que en el año 1999 la Auditoría General de la Ciudad estaba conformada por cinco (5) hombres y dos (2) mujeres y que, sin embargo, tal circunstancia no fue motivo de ningún tipo de objeción.

Destacó que una situación similar se presentó en el año 2003, cuando también se aprobó una integración del cuerpo colegiado con cinco (5) hombres y dos (2) mujeres.

En cuanto a los hechos del caso, relató que en el año 2011 la Legislatura aprobó la designación de PAULA MARIANA OLIVETO LAGO como auditora general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, junto a SANTIAGO DE ESTRADA, ALEJANDRO FERNÁNDEZ, MARÍA V. MARCÓ, ADRIANO JAICHENCO, EDUARDO EPSZTEYN y CECILIA SEGURA RATTAGAN. Sin embargo -continuó- en el año 2013 la doctora PAULA MARIANA OLIVETO LAGO renunció a su cargo, por lo que se produjo la vacante en virtud de la cual fue designado auditor.

Por otro lado, a fs. 238 desconoció que se encuentren cumplidos los requisitos necesarios para la procedencia del amparo bajo estudio, en tanto a su entender no existe “ni la necesidad de reparación urgente de un perjuicio (por cuanto, sencillamente no existe perjuicio acreditado alguno); ni la necesidad de la cesación inmediata de los efectos del acto (por cuanto la actitud pasiva de los accionantes demuestra lo contrario -además de que [...] no se afecta el derecho de representación proporcional y por ende, la validez de los actos emitidos por la Auditoría no se encuentra discutida-)”.

En base a lo expuesto por el Tribunal Superior de Justicia en los autos “Partido Justicialista y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Legislatura)” Expte. 50/99, negó que -en el caso- las actoras cuenten con legitimación activa para invocar un perjuicio (v. fs. 328 vta) o la necesidad de urgente reparación (v. fs. 329), legitimación que sí reconoció a los diputados.

Agregó que la falta de necesidad de la cesación inmediata de efectos del acto se evidencia en la demora en interponer la presente demanda -a más de un año de conocido el acto- y en la falta de impugnación de su designación en el momento previsto para ello por la reglamentación pertinente.

Asimismo, explicó que “en otras dos oportunidades anteriores, la interpretación de la Legislatura al cupo establecido ha sido la misma (la contraria a la planteada por los

accionantes). Circunstancias que sin duda no deben dejar de analizarse y podrían exceder el marco de la presente acción” (v. fs. 331).

Se expidió por la extemporaneidad de la interposición de la presente acción de amparo y sostuvo que si bien no resulta adecuado constitucionalmente limitar el derecho de los habitantes a utilizar esta vía sumarísima en un plazo de tiempo preestablecido antojadizamente en abstracto, lo cierto es que sí deben ser analizadas las circunstancias de cada caso a fin de establecer la actualidad de un planteo.

Consideró que la pretensión de la actora busca la nulidad por la nulidad misma y que el acto cuestionado goza de presunción de validez ya que fue dictado de acuerdo al procedimiento legal establecido para ello.

Evocó antecedentes jurisprudenciales relacionados con el límite a la revisión judicial para luego concluir que “se pretende nulificar un acto absolutamente válido de un poder estatal, discutiendo ante otro órgano estatal, una diferente interpretación de una norma [...] cuando no existe ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que lo habilite. Lo que a decir de Marienhoff implicaría una flagrante violación del principio sobre paralelismos de las competencias, aparte de una lesión al principio de separación de poderes” (v. fs. 335 vta).

En cuanto al fondo de la cuestión, estimó que -contrariamente a la interpretación que realiza la actora- la cantidad de hombres que componen la Auditoría General de la Ciudad no supera el 70% de personas del mismo sexo que establece como límite el art. 36 de la Constitución de la Ciudad. Ello así en tanto, ante la imposibilidad de fraccionar a una persona en decimales, se podría decir que 4,9 es igual a cinco (5) personas y que, por tanto, sólo si fueran seis (6) de siete (7) los miembros del mismo sexo se incumpliría la norma que establece el cupo.

Refirió que la actora se “confundió” al invocar la última frase del tercer párrafo de la norma constitucional indicada, puesto que no se trata en el caso de listas de candidatos a cargos electivos y por tanto no correspondería -a su entender- aplicar la prohibición de incluir a tres personas de un mismo sexo en orden consecutivo (el destacado es del original, v. fs. 336).

Resaltó que tampoco se trata de cargos electivos sino de una designación en ejercicio de una facultad propia de la LEGISLATURA.

Rechazó rotundamente que la ley exija que haya al menos tres (3) miembros de cada género -lo que consideró inviable en órganos colegiados de tres personas- y concluyó que no existió ninguna violación a derechos colectivos que justifiquen la nulidad que se persigue.

Expresó que la acción se basa en la disconformidad de las amparistas con la interpretación que realiza el cuerpo deliberativo del art. 36 de la Constitución de la Ciudad y destacó que no se ha segregado a ninguna mujer que hubiera manifestado su voluntad de presentarse a ocupar el cargo en el que fue designado, por lo que no existe causa para sostener que se hubiera producido una violación al derecho a la participación política y a la no discriminación de las mujeres en condiciones de ser elegidas.



Advirtió que ya en una oportunidad anterior, en el año 1999, la LEGISLATURA trató el cumplimiento del cupo fijado por el art. 36 de la CCABA y lo tuvo por cumplido con la integración de cinco (5) miembros del sexo masculino y dos (2) mujeres.

Adujo que lo esencial en la integración de la Auditoría es la representación partidaria y que su rol en el órgano reviste suma importancia ya que es el único representante de la tercera fuerza política, por lo que suele desempatar situaciones tensas entre dos sectores antagónicos, el PRO y el FPV.

Brindó ejemplos de ello y evocó que dejar vacante su lugar mediante la nulidad del acto de su designación constituiría una situación de verdadera gravedad institucional (v. fs. 339 vta).

Ofreció prueba y formuló reserva del caso constitucional y federal.

5. Que a fs. 349 se abrió la causa a prueba y se ordenaron sendos oficios a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires y a la Defensoría del Pueblo. Una vez incorporados, se remitieron las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, quien a fs. 545/548 emitió dictamen.

Allí se pronunció a favor de la legitimación de las amparistas y de la admisibilidad formal de la vía intentada. Con relación al fondo de la cuestión, consideró que la solución del caso requiere de la valoración de diversos aspectos de hecho, prueba y derecho público local cuyo examen excede sus atribuciones legales, sin perjuicio de lo cual, a modo de colaboración, se refirió a la ley 474 y cierta jurisprudencia relacionada con la cuestión debatida en autos.

**Y CONSIDERANDO:**

6. Que, sentado lo expuesto, toda vez que la demandada ha negado que la pretensión de las actoras pueda ventilarse a través de un proceso de amparo, corresponde analizar el aspecto relativo a su admisibilidad formal.

Conviene recordar que el marco normativo de la acción de amparo ha sido establecido por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad y reglado en sus aspectos procesales por la ley 2145.

De este modo la Constitución de la Ciudad establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”.

Esta es la norma que fija los requisitos de procedencia de la acción de amparo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (Fallos 306: 1253; y 307: 747).

Luego, resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna prima facie los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación que dé mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal.

No se trata de una acción excepcional o heroica, sino que tal “excepcionalidad” sólo puede entenderse “como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ‘excepcionales’ las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción” (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos “Vera, Miguel Ángel”, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001).

La existencia de una actuación u omisión que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, hace admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta. En efecto, en el caso, las amparistas consideran que la LEGISLATURA ha incurrido en una ilegitimidad de rango constitucional y legal que repercute en el derecho a la igualdad y a la posibilidad del ejercicio de derechos políticos inherentes a las mujeres. La cuestión se vincula entonces, principalmente, con los derechos que surgen de los artículos 16, 33 y 37 de la Constitución Nacional; 10, 11 y 36 de la Constitución de la Ciudad, 2º, 3º, 8º y 11 de la ley 474, 1º a 3º de la ley 5261 y 138 de la ley 70, entre otros. Asimismo, se encuentran involucrados los derechos previstos en los arts. 7 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3, 5, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 1º, 2º y 4º de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

A lo expuesto cabe agregar que, en virtud del modo en que se ha planteado el conflicto de autos, no se requiere la producción de prueba compleja, por lo que no puede predicarse que la elección de esta vía procesal redunde en la vulneración de las posibilidades de defensa de la parte demandada.

Tampoco advierto que la acción haya sido interpuesta transcurridas razonables pautas temporales que impongan su rechazo. Es que, no puede soslayarse que, luego de la resolución que designó al Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO, las actoras afirman haber efectuado sendas presentaciones ante la LEGISLATURA -el órgano legislativo desconoció este hecho- y la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD (a fs.473/541 lucen

copias de las actuaciones labradas en la Defensoría). Así, la actitud de las amparistas no sólo no parece haber resultado negligente en la defensa del derecho que invocan, sino que - con prudencia- decidieron intentar otras vías institucionales previas para, en última instancia y ante la ineffectividad de los remedios intentados, acudir al Poder Judicial (que por otra parte, fue lo que se concluyó en el ámbito de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, ver fs. 537/540, sin que conste que se hubiese notificado a las presentantes). A ello cabe agregar que, al momento de interponer la acción que dio origen a este proceso aún se encontraba vigente -tal como al momento de resolver en autos- la designación que impugnan, por lo que el pronunciamiento judicial que persiguen no resulta abstracto.

De ese modo queda configurada una aparente lesión a derechos constitucionales, que permiten considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo y así concluir que esa vía procesal resulta admisible desde el plano formal.

7. Que determinada la procedencia de la vía procesal del amparo, corresponde a continuación pronunciarse respecto de los planteos de falta de legitimación activa de las amparistas efectuados por la LEGISLATURA (fs. 182 y ss.) y por el Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO (fs. 303 y ss.).

La LEGISLATURA señala la falta de un interés concreto y personalizado de las actoras diferenciable del que asiste al resto de los habitantes de la ciudad, su “falta de representatividad” respecto de “todas las mujeres en condiciones de ser elegidas como Auditoras” y de las mujeres en general (v. fs. 182/185 vta.). Por su parte, el Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO niega que quienes demandan estén en condiciones de “invocar la necesidad de urgencia de una reparación, a los fines de determinar la procedencia o improcedencia, de la vía intentada” (cfme. fs. 329).

Así pues, es necesario en primer término determinar con precisión la índole del derecho que se encuentra vinculado al planteo de autos, ya que de ello depende la capacidad procesal otorgada por las normas constitucionales a distintos sujetos de derecho para instar las garantías que tales ordenamientos jurídicos prevén a fin de resguardarlo.

7.a. En el caso, las amparistas impugnan la designación del Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO como Auditor General de la Ciudad en tanto -a su juicio- afecta el derecho de las mujeres a la igualdad y efectiva participación en la vida política, concedidos en los artículos 11, 36 y 136 de la CCABA y arts. 2º, 3º, 8º y 11 de la ley 474, así como en el artículo 138 de la ley 70.

En tales preceptos se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente -sin admitir discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de género- y se “promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política” (art. 11 CCABA).

También se garantiza “la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos” (art. 36 de la CCABA y 2º y 11 de la ley 474), y “en todos los niveles de los Poderes,

Instituciones y Organismos del Gobierno de la Ciudad mediante sistemas de cupo” (art. 11 de la ley 474).

A su vez, se establece que en la “[i]ntegración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros, la Legislatura concede acuerdos respetando el cupo previsto en el párrafo anterior [no pueden incluir más del setenta por ciento de personas del mismo sexo]” (art. 36 de la CCABA) y, en el caso, que “la integración del cuerpo [Auditoría General de la Ciudad] debe adecuarse a lo dispuesto en el artículo 36 in fine de la Constitución de la Ciudad” (art. 138 de la ley 70).

Por último, cabe destacar que recientemente se ha sancionado en esta Ciudad la ley 5261 contra la discriminación, con el objeto de -entre otras cuestiones- garantizar y promover la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación, con vistas a asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de todas las personas y grupos de personas (art. 1º).

Por otro lado, las mismas normas establecen que se entiende por discriminación de género “la existencia de leyes, actos jurídicos o administrativos, las ausencias o deficiencias legales o reglamentarias y las situaciones fácticas que impliquen distinción, exclusión o restricción y que tengan por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y garantías de las personas, en razón de su género” (art. 3º de la ley 474, Plan de igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones).

A su turno, la ley 5261 -cuyas disposiciones son de orden público- especifica que se consideran discriminatorios “[l]os hechos, actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las leyes nacionales y de la Ciudad dictadas en su consecuencia, en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes y en las normas concordantes, a personas o grupos de personas, bajo pretexto de: etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, y/o de cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente” (art. 3º).

De la reseña efectuada se colige que la alegada afectación del derecho de las mujeres a la igualdad y efectiva participación en la vida política constituye un supuesto de discriminación -en los términos de las leyes 474 y 5261-, ya que con el nombramiento impugnado se vulneraría el cupo constitucional dispuesto como herramienta para acceder a la igualdad de oportunidades y trato entre varones y mujeres y el ejercicio igualitario de los derechos y garantías relativos a ello reconocidos en las leyes y constitución de la ciudad, nacional y tratados internacionales.

7.b. De este modo, las amparistas se encuentran legitimadas en su planteo en virtud de lo normado por el segundo párrafo del art. 14 de la CCABA y por el art. 10 de la ley 5261, puesto que se involucran derechos respecto de los cuales dicha norma fundamental ha previsto expresamente un tipo de legitimación procesal activa ampliada. En efecto, la situación que motiva estas actuaciones constituye -por expresa disposición legal- un supuesto de discriminación, y su resguardo es solicitado por “personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos”.

Es que, el art. 14 de la CCABA determina específicamente que “[e]stán legitimados para interponerla [la acción de amparo] cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”.

Ello impacta en las categorías que tradicionalmente estructuran el proceso (cfme. lo sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en los autos “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 4 de noviembre de 2009), y ha llevado a una ampliación del concepto de “caso judicial”, en tanto el constituyente ha fraccionado la identidad que se exigía con anterioridad entre quien revestía el carácter de titular del derecho afectado y quien poseía aptitud procesal para reclamar por él, para así expandir la legitimación activa tanto a las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos como a cualquier habitante. En una misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad ha señalado que “el art. 14 CCBA posibilita legitimaciones de personas no afectadas singularmente por el obrar arbitrario o con ilegalidad manifiesta” que lo cuestionen por vía de amparo en supuestos en que se invoque la vulneración de un derecho de incidencia colectiva (TSJ, Expte. n° 4809/06 “Dr. Ricardo Monner Sanz c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y acumulado, del 6 de octubre de 2006, considerando 3 del voto de la mayoría).

Luego, reviste especial relevancia tener presente que en un caso en el que un particular cuestionaba la falta de cumplimiento de la norma constitucional que establece un cupo de personas con necesidades especiales en la planta de personal del estado de la Ciudad, el máximo tribunal local reconoció la legitimación procesal de “cualquier habitante”, en el entendimiento de que, en este aspecto, la Constitución local optó por un modelo propio, posibilitando un acceso a la justicia todavía más amplio, por vía del amparo colectivo. De tal suerte, que el “caso o controversia” en la Ciudad, en los supuestos en los que por vía de amparo se debatan derechos colectivos o se cuestione alguna forma de discriminación, no se agota en la existencia de un interés personal más o menos directo, sino que -por el contrario- se ha priorizado la posibilidad de la defensa ciudadana de los derechos colectivos.

En esa oportunidad se afirmó que “[e]se esquema que ha comenzado a desarrollar la CSJN, en parte, según quedó señalado, es aprovechable por nosotros en la medida que está

comprendido por la legitimación expandida que regula el art. 14 de la CCBA que, sin embargo, no se agota con la clasificación de las tres categorías ya enunciadas. El constituyente local además del Defensor del Pueblo y las Asociaciones a que alude el art. 43 de la CN, autorizó a cualquier habitante a interponer acción de amparo ‘...cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor’.

Para aquellos supuestos identificados como (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (iii) derechos de incidencia colectiva referidos a derechos individuales homogéneos, tengo dicho que ‘[p]or un lado, el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (vgr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto. Eso, a su vez, provoca que la noción de caso difiera cuando se debate en torno a derechos, por ejemplo, de primera generación, y cuando se lo hace respecto de derechos de incidencia colectiva. En este último supuesto, la identificación del bien tutelado -en la situación de autos la preservación del patrimonio urbanístico-, conduce a poder tener por configurado el caso ante la prueba de su menoscabo, o cuando éste resultara inminente. Todo ello, como dato característico, ocurre, además, al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado. Dicho de otro modo, sucede que nadie podría invocar una situación jurídica mejor para demandar porque, reitero, no existe titularidad individual del derecho; nadie puede disponer de él en forma privativa o excluyente’ (cf. mi voto en “Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’” y su acumulado expte. n° 5868/08 “Mazzucco, Paula Virginia y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’”. Expte. n° 5864/08, sentencia del 1/12/08”). (cfme. “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado Expte. n° 6542/09 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’).

Por último, cabe advertir que el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que más allá de que tanto la Constitución nacional como la porteña utilizan el término “causa” para delimitar la función de sus respectivos poderes judiciales, lo cierto es que la Ciudad, como cualquier provincia, puede escoger un criterio más amplio que la Nación para delimitar el universo de asuntos susceptibles de ser resueltos por sus jueces. No, en cambio, uno más estrecho (Voto del Dr. LUIS F. LOZANO, en autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, Expte. N° 4889/06, del 12 de junio de 2007).

En virtud de lo expuesto, la propia Legislatura -que paradójicamente desconoce aquí la legitimación procesal a las actoras- ha sancionado recientemente la ley 5261, por la que

reitera -en sintonía con el artículo 14 CCABA-que “[s]e encuentran legitimados/as para interponer acciones judiciales y/o administrativas por conductas u omisiones discriminatorias, la persona o grupo de personas afectadas por las mismas, el/la Defensor/a del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la Subsecretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los máximos organismos del Gobierno de la Ciudad con competencia en la materia, así como las asociaciones civiles que propendan a la defensa de los derechos humanos, la eliminación de toda forma de discriminación o la promoción de los derechos de las personas discriminadas” (art. 10).

7.c. Desde esta perspectiva, es dable remarcar que el caso -tal como ha sido expuesto en el punto a)- se vincula con un supuesto de discriminación, configurado por una causa fáctica común, la designación del Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO en violación al art. 36 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otro lado, de los estatutos sociales agregados fs. 21 vta., 50, 66, 82 y 83 vta. y 92vta/93 se observa que las asociaciones actoras cuentan, entre sus objetivos: defender los derechos de las mujeres; promover el respeto por los derechos fundamentales del individuo y, particularmente, el bienestar de la mujer, así como su participación familiar y social en igualdad de condiciones con el hombre; representar los intereses y abogar por el respeto y reconocimiento de los derechos de las mujeres llevando adelante su defensa legal; promover la aplicación de la ley nacional 23.179 -por la que se aprobó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en adelante “la Convención”- y crear los espacios propicios para que la mujer pueda desarrollar los objetivos de dicha norma.

Por todo ello, ante la indubitada habilitación otorgada por los arts. 14 de la CCABA y 10 de la ley 5261, no puede más que concluirse que las actoras se encuentran plenamente legitimadas para interponer la presente acción de amparo.

Las consideraciones expuestas dan por tierra con las argumentaciones tendientes a desvirtuarla, que desconocen de forma llamativa y manifiesta la letra expresa y el espíritu de la Constitución de la Ciudad, así como la copiosa jurisprudencia existente en la materia y de las normas que el propio cuerpo deliberativo demandado sancionara recientemente.

8. Que en virtud de los planteos efectuados por la demandada a fs. 193vta. y ss. y el Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO a 333 vta. y ss., en cuanto a que la materia objeto del presente litigio se vincula con prerrogativas propias de la esfera de reserva del PODER LEGISLATIVO, corresponde efectuar algunas consideraciones de modo previo a continuar con el tratamiento del fondo de la cuestión.

En este punto, la LEGISLATURA entiende que la solución del caso afectaría su independencia, su espacio de deliberación, su ejercicio del voto y constituiría una violación a la división de poderes. “[E]l poder Judicial -expresa- no puede inmiscuirse en el ejercicio de las funciones Constitucionales que ejercen los Legisladores, ni interpretar o dar un

alcance determinado a las normas que establecen atribuciones propias y exclusivas del poder Legislativo” (v. fs. 195 vta).

En primer lugar, y tal como ha quedado explicitado en los considerandos precedentes, la pretensión que las actoras persiguen por esta vía, afectarían según su planteo, la posibilidad de cierto colectivo de ejercer determinados derechos reconocidos convencional y constitucionalmente, lo que habilita a priori la intervención del Poder Judicial en su salvaguarda, como derivación de elementales garantías convencionales y constitucionales (tutela judicial efectiva, defensa en juicio, etc.). Ello, independientemente de quién resulte la contraparte o el eventual responsable de la alegada vulneración de derechos protegidos por el sistema jurídico.

Una interpretación compatible con los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro país impone concluir que no existe en nuestro sistema constitucional posibilidad alguna de excluir la intervención judicial en tutela de derechos fundamentales expresamente consagrados por el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido se han expedido los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, al señalar que cuando un tribunal judicial desestima una demanda declarando que se trata de “cuestiones no justiciables”, se impide al afectado el goce del derecho a un remedio judicial en los términos del artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica (ver informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N°30/97, caso 10.087, “Gustavo Carranza vs. Argentina”, del 30 de septiembre de 1997 y el reciente fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia en los autos “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut ”, del 6 de agosto de 2013). En la misma línea, existe profusa jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad (Sala 1 de la Cámara del fuero, en autos “Spisso Rodolfo R. C/GCBA s/amparo” , expte. N° 1, sentencia del 08/05/01; Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en autos “Spisso, Rodolfo R. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [Legislatura] s/amparo”, del 21 de noviembre de 2001; Sala 2 de la Cámara del fuero, en autos “PAZ, MARTA y OTROS c/GCBA s/AMPARO [ART. 14 CCABA]”, Expte. N° 9659/0, resuelto el 20/05/2004; entre muchos otros).

En este contexto, no sólo las actores poseen la legitimación activa que invocan y el Tribunal la atribución constitucional de intervenir con plenas facultades en el caso, sino que además pesa sobre Poder Judicial la obligación de brindar un pronunciamiento que se expida sobre el mérito del conflicto puesto a su conocimiento.

De hecho, a la justicia de la Ciudad le ha tocado intervenir en más de una ocasión respecto de diversos planteos efectuados con relación al ejercicio de las facultades propias y exclusivas del PODER LEGISLATIVO, ya sea por sus omisiones (Sala 1 de la Cámara del fuero, in re “García Elorrio, Javier María contra GCBA sobre AMPARO [ART. 14 CCABA]”, EXPTE: EXP 3586/0 del 19 de mayo de 2003 y Sala 2 de la Cámara del fuero, en autos “Confederación General Económica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP N° 17813/0, del 11 de septiembre de 2007, ambas sentencias, consentidas y cumplidas) o por cuestiones vinculadas con aspectos del propio



procedimiento legislativo (ver Sala 2 del fuero, “Comercio de Maderas S.A. y Denali S.A. c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 240, del 8 de noviembre del 2001; Sala 1 del fuero, “Ages Cámara de Garajes y Estacionamientos c/Legislatura de la Ciudad s/amparo”, Expte. EXP 23.035/0, del 26 de junio de 2007; y Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, “Viale, Enrique Matías y otros c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 23 de marzo de 2006).

Incluso, el propio Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, ha resuelto que “el ejercicio de la facultad de designar los auditores no constituye una cuestión política inmune a la autoridad de los jueces” (TSJ in re “Sanseverino Pablo y otro c/ Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Expte. N° 8501/11 y sus acumulados, sentencia del 13 de diciembre de 2011).

Por último, sobre la cuestión de las facultades de control del Poder Judicial respecto del quehacer de los otros poderes del Estado -especialmente el Legislativo- no pueden dejar de traerse a colación las esclarecedoras consideraciones que efectuara el Máximo Tribunal de la Nación al resolver en los autos “Rizzo, Jorge Gabriel” el pasado 18 de junio de 2013, a las que cabe remitirse en todo lo que resulte pertinente.

9. Que despejadas las objeciones a la vía procesal escogida y a la legitimación de las actoras, corresponde repasar brevemente el marco jurídico general y particular en que se inserta la cuestión debatida en autos.

a) El texto histórico de la Constitución nacional receptó la garantía de igualdad “formal” ante la ley en su artículo 16, en tanto que con la reforma de 1994 se incorporó -ante la insuficiencia de aquella garantía clásica para lograr estándares más “tangibles” de igualdad- la obligación de “legislar 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” (art. 75, inc. 23).

b) Entre los numerosos tratados internacionales que contienen normas aplicables al caso, corresponde detenerse en la “Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (aprobada por la ley 23.179 e integrante del catálogo de tratados enunciados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución nacional), por la cual el Estado Argentino se compromete, entre otras, a adoptar las medidas adecuadas:

i. “incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (art. 2, inc. “f”);

ii. “para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: [...] participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (art. 7).

c) Desde la Constitución porteña, la cuestión involucra las garantías de igualdad contenidas en los artículos 11 y 36.

d) A nivel legal, el artículo 138 de la ley 70 remite al artículo 36 de la CCABA en lo que respecta a la integración de la Auditoría General de la Ciudad.

e) Relevantes también resultan las leyes 474 (Plan de igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones) y 5261 (Contra la discriminación).

10. Que corresponde a continuación abocarse al estudio del fondo del asunto traído a debate; esto es, el alegado incumplimiento de lo normado por el art. 36 de la Constitución de la Ciudad (y 138 de la ley 70), en lo que respecta a la composición de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires, materializado a través de la designación del Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO.

Conviene recordar en primer lugar que el reproche constitucional endilgado a tal nombramiento no radica en aspectos procedimentales propios del proceso de construcción de la voluntad del órgano legislativo -cumplimiento de etapas reglamentarias, existencia del quorum y mayorías necesarias, etc.-, sino en el hecho de apartarse de la representación mínima de género exigida por el artículo 36 de la Constitución para la integración de órganos colegiados.

Se advierte así que la cuestión en debate gira en torno la interpretación de una de las denominadas “medidas de acción positiva” que contiene la Constitución de la Ciudad. Sabido es que se trata de herramientas diseñadas para avanzar hacia una “igualdad real”, frente a las dificultades que se presentan respecto de determinados colectivos que padecen situaciones de discriminación o desigualdad estructural que obedecen a complejas causas o factores no susceptibles de ser removidos por la mera igualdad “formal” ante la ley.

Va de suyo que la consagración de alguna clase de este tipo de medidas respecto de un grupo o sector determinado, implica la admisión institucional de la existencia de circunstancias de desventaja que redundan en un trato desigual desfavorable -discriminatorio- de facto en virtud de la pertenencia a dicho colectivo. Respecto de la situación de las mujeres, la propia “Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” prevé la adopción “por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” (art. 4°).

En tal inteligencia, el COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER ha señalado que “si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer”, por lo que recomendó que los Estados Partes “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo” (Recomendación General N°5).

Así, la normativa supranacional, nacional (art. 75, inc. 23, CN) y de la Ciudad contemplan a las mujeres como una porción de la sociedad que se encuentra sujeto a un trato desigual desfavorable que requiere la adopción de medidas de acción positiva para avanzar en la superación de esa situación de discriminación.

Específicamente el legislador porteño se ha ocupado de la cuestión a través de la ley 474, cuyo objeto radica en “garantizar a las mujeres el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y garantías, y promover la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres” (artículo 2°). Allí se explicita que “se entiende por discriminación de género la existencia de leyes, actos jurídicos o administrativos [...] y las situaciones fácticas que impliquen distinción, exclusión o restricción y que tengan por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y garantías de las personas, en razón de su género” (artículo 3°). La reciente “Ley contra la discriminación” (5261) brinda mayores precisiones en el mismo sentido y orientadas a una pluralidad de situaciones y colectivos más amplia aún (ver artículos 1°, 2°, 3°, 4°).

Por tales motivos, ha de concluirse que el acto que se aparte o vulnere aquellas medidas de acción positiva dispuestas por el constituyente o el legislador con el objeto de superar una preexistente y generalizada situación de discriminación, encuadra en las definiciones contenidas en los artículos 3 de la ley 474 y 2° y 3° de la ley 5261.

11. Que sentado lo expuesto, las amparistas plantean que con la designación del Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO como auditor general de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -a raíz de la vacancia producida por la renuncia de la auditora general PAULA OLIVETO LAGO- se estaría violando el cupo previsto por el art. 36 de la CCABA.

Como consecuencia de tal designación, dicho órgano se encuentra actualmente conformado por SANTIAGO DE ESTRADA, EDUARDO EZEQUIEL EPSZTEYN, ALEJANDRO FERNÁNDEZ, ADRIANO JAICHENCO, JUAN FACUNDO DEL GAISO y CECILIA SEGURA RATTAGAN y MARÍA VICTORIA MARCÓ. Es decir, por cinco (5) hombres y dos (2) mujeres (v. fs. 129/167).

En este sentido, la LEGISLATURA sostiene que “el cupo del 30% previsto se encuentra debidamente satisfecho en la integración actual de la Auditoría General, siendo inexacto que la ley exija que por lo menos deba haber tres miembros de cada género, como se señala en la demanda” (v. fs. 192 vta.). Ello así por cuanto el treinta por ciento (30%) sobre el total de siete (7) miembros da un resultado de dos como un (2,1) integrantes y -a su entender- “no llega a los tres miembros de cada género que los accionantes mencionan como obligatorios” (v. fs. 192 vta.).

Por su parte, el Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO esgrime que la cantidad de hombres que componen la AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD “no supera el 70% de personas del mismo sexo que establece como límite el art. 36 de la CCBA en su parte pertinente [...] pues como no podemos fraccionar a una persona en decimales, podemos decir que 4,9 es igual a 5 personas y por tanto, sólo si fuera 6 de 7 los miembros del mismo sexo, se incumpliría la norma que establece el cupo” (v. fs. 335 vta./336).

Se advierte que el nudo del conflicto radica en el modo de interpretar la referida norma constitucional que garantiza determinado “cupó” en “la integración de los órganos colegiados compuestos por tres o más miembros”. Al respecto, tanto la LEGISLATURA como el Sr. FACUNDO DEL GAISO plantean que la interpretación del último párrafo del artículo 36 de la Constitución porteña constituye un resorte exclusivo del órgano legislativo y que pretender su revisión judicial implicaría una flagrante violación a la división de poderes.

A tal fin, se remiten a jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en casos en los que se cuestionó judicialmente la integración decidida por la LEGISLATURA respecto de la Auditoría General de la Ciudad (autos “Sanseverino”, ya citado).

Sobre el punto ha de señalarse en primer lugar que la existencia de esos mismos precedentes dan cuenta de la posibilidad de revisión judicial de lo decidido por la LEGISLATURA en la materia, e incluso expresamente el Tribunal Superior señala que “el ejercicio de la facultad de designar los auditores no constituye una cuestión política inmune a la autoridad de los jueces”.

En segundo lugar, tal y como se ha señalado al resolver sobre la competencia del suscripto para entender en autos (ver fs. 115/116), aquellos precedentes difieren del presente en cuanto a las razones por las cuales se impugna la decisión del órgano legislativo. En ambos casos se trata de las pautas fijadas por el constituyente para la distribución de sus integrantes, sin embargo la que se refiere al criterio de pertenencia a las fuerzas políticas - que motivó diversos pronunciamientos del Tribunal Superior, entre ellos el citado por los demandados- fue enunciada en el artículo 136 de la CCABA de un modo abierto a diversas posibilidades de interpretación. Así, la norma establece que el o la presidente de la Auditoría debe ser designado/a a propuesta de los legisladores del partido político o alianza opositora con mayor representación numérica en el cuerpo, en tanto que “los restantes miembros serán designados a propuesta de los legisladores de los partidos políticos o alianzas de la Legislatura, respetando su proporcionalidad”. De la lectura de los planteos efectuados desde antiguo puede advertirse la pluralidad de posibilidades de interpretación que arroja la norma, desde los mismos comienzos de la institucionalidad autónoma porteña (ver autos “Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires [Legislatura] s/nulidad”, resueltos el 14 de julio de 1999, entre muchos otros).

Muy distinta es la forma en que se delineó el criterio de integración por sexo del artículo 36. Se trata de un número determinado, explicitado de un modo que -afortunadamente- evita la necesidad de tener que “fraccionar personas” pues con claridad establece que no puede incluirse “más del setenta por ciento de personas del mismo sexo”.

Respecto a los criterios de interpretación normativa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en un caso reciente en que se revisaba el ejercicio de facultades del Poder Legislativo- ha reiterado que “el juez debe entender [...] las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común”, a la vez que debe computar “la totalidad de sus preceptos de manera que

armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (caso “Rizzo”, ya citado).

En efecto, el primer y principal intérprete de la norma es el órgano que debe aplicarla, en este caso la LEGISLATURA porteña al designar a los integrantes de la AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD. Sin embargo, el margen de “interpretación” se estrecha en la medida en que la pauta constitucional se encuentra definida de un modo claro y concreto.

En el caso se advierte de las propias afirmaciones vertidas por las partes que la actual integración de la AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD -órgano colegiado compuesto por más de tres miembros- supera el setenta por ciento (70%) de personas del mismo sexo. Es que, en efecto, tal como lo indican la propia demandada y el Sr. DEL GAISO, esa pauta constitucional que no debe sobrepasarse, sobre un total de siete (7) personas, arroja como resultado cuatro coma nueve (4,9). Así, el número de cinco (5) hombres que hoy integran la Auditoría General de la Ciudad, indiscutiblemente supera a cuatro coma nueve (4,9), esto es a la pauta constitucional trasladada al caso concreto.

El artículo 36 es claro al establecer un máximo de representantes del mismo sexo en la composición de los órganos colegiados. El constituyente fijó un límite del que no es posible apartarse, a fin de garantizar una igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres. Así pues, cuatro coma nueve (4,9) es siempre cuatro coma nueve (4,9), y cinco (5) es siempre mayor que cuatro coma nueve (4,9). Por más cercano que sea, supera el máximo tolerado de personas de un mismo sexo, sin que sea necesario recurrir a ningún mecanismo de interpretación para llegar a tal conclusión, que indubitada y contundentemente arroja la ciencia matemática.

Si bien la cuestión resulta clara a la luz de las normas constitucionales mencionadas - además de, paradójicamente, el principio pro homine-, no puede desconocerse que la propia LEGISLATURA ha plasmado cuáles deben ser los criterios interpretativos imperantes en la materia. En efecto, el artículo 8 de la ley 474 prevé que “[l]os poderes e instituciones de la Ciudad deben dar a las leyes, decretos, reglamentos, actos administrativos y todo otro acto jurídico, la interpretación que resulte más favorable a la igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones” (art. 8).

En sentido coincidente ha previsto con vistas a asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de todas las personas y grupos de personas que “[e]n la aplicación e interpretación de esta ley y de las normas complementarias y concordantes a la misma deberá prevalecer aquella aplicación e interpretación 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” (art. 5° de la ley 5261).

De este modo, la demandada fijó el principio rector que debe seguirse en materia de interpretación de preceptos que atañen a problemáticas como la sujeta a debate, en consonancia con la normativa de rango superior.

Desde esta perspectiva, va de suyo que la interpretación más favorable a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres es aquella que opta por proteger los derechos del

grupo minoritario del que se trate, en este caso, las mujeres. Así pues, si la cuestión a interpretar residiese en el alcance a otorgar al setenta por ciento (70%) previsto como tope máximo por la Constitución en casos como el de autos -en los cuales tal porcentual no arroja como resultado un número entero sino fraccionado-, resulta evidente que la solución no podría bajo ningún contexto hacer prevalecer una designación que supere dicho cupo máximo.

A la luz de los principios establecidos por las leyes 474 y 5261, en una interpretación tuitiva de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, cabe concluir que las personas del mismo sexo que compongan la AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD no podrían ser más de cuatro (4).

Es en virtud de todo lo expuesto que se impone concluir que la designación del Sr. FACUNDO DEL GAISO no se atiene a lo normado por el art. 36 de la CCABA, por cuanto, en atención al modo en que se encontraba conformada la Auditoría General de la Ciudad al momento de su nombramiento, con ella se supera el cupo máximo del setenta por ciento (70%) establecido en la norma.

Los antecedentes invocados por el Sr. DEL GAISO a fs. 325 vta./326 no obstan a la conclusión alcanzada. La eventual violación al cupo previsto por el art. 36 de la Constitución que pudiera haber tenido lugar en el pasado respecto de la integración de la Auditoría General no puede constituir un elemento que valide la reiteración de esa clase de prácticas, ni inhibe la posibilidad de impugnar nuevos incumplimientos.

12. Que en el marco de las normas supranacionales, constitucionales y legales que rigen en la materia, no resulta atendible el extremo alegado por la LEGISLATURA en cuanto a que “no hubo una propuesta de candidata mujer”, así como la lectura restrictiva que efectúa del artículo 36 de la Constitución, mediante la cual restringe la garantía del cupo allí consagrada, al entender que debe respetarse la igualdad de oportunidades “de aquellos que tengan interés en participar, pero no obligar a participar” (v. fs. 192 y vta.). Según tal “interpretación”, de no “existir” candidatos de diferentes sexos podría válidamente designarse a los siete miembros de la Auditoría General del mismo sexo, es decir, a siete (7) varones o siete (7) mujeres.

Un postulado como el expuesto desconoce y retrotrae las conquistas obtenidas por las mujeres a lo largo de la historia, entre las que se encuentra la garantía del cupo consagrada en la norma constitucional y que son producto de una situación de desigualdad estructural -evidentemente- aún presente en nuestra sociedad.

La obligatoriedad de cubrir ciertos cargos con personas de diferentes sexos, determina que con anterioridad al momento de efectuar las designaciones deba contemplarse la necesidad de dar cumplimiento a la manda constitucional. No existen “acuerdos políticos” o “consensos legislativos” que puedan colocarse por sobre el “consenso social” supremo representado en la Constitución. Dejar librado el cumplimiento del cupo máximo previsto por la norma constitucional a las efectivas postulaciones que los partidos políticos o alianzas eleven en cada caso constituiría ni más ni menos que convertir un mandato imperativo en una “sugerencia”.

De este modo, toda vez que la designación cuestionada implicó superar el máximo de integración de personas de un mismo sexo previsto por el art. 36 de la CCABA para los órganos colegiados compuestos por más de tres miembros, se ha apartado del plexo normativo vigente, corresponde declarar la nulidad de la resolución 357/2013.

13. Que, como quedara expuesto en los considerandos precedentes, el presente constituye un caso de discriminación, por lo que resultan aplicables las disposiciones de la ley 5261, sancionada en abril del corriente.

Desde su primer artículo dicha norma explicita su carácter de orden público y sus objetivos tendientes a; i) garantizar y promover la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación, ii) prevenir la discriminación en todas sus formas y iii) sancionar y reparar los actos discriminatorios, garantizando el acceso a la justicia.

En sintonía con tales objetivos, la ley contiene un capítulo específico dedicado a las sentencias que se dicten en casos de discriminación. Allí el legislador ha dispuesto de modo imperativo la obligación de disponer “medidas de sensibilización, capacitación y concientización al/a la responsable del acto discriminatorio” y, en su caso, “medidas de reparación del daño colectivo” (artículos 16 y 15, ley 5261).

Al momento de decidir el modo en que se dará cumplimiento a esta expresa manda legal, corresponde tener especialmente en cuenta las particulares circunstancias del caso, en que el acto discriminatorio se inscribe en el proceso de designación de autoridades de uno de los órganos constitucionales de control. Tampoco puede soslayarse que al momento de realizarse la votación respectiva y ante la consulta de una diputada acerca de “si se respeta el cupo femenino en este órgano”, el Presidente respondió “[c]reo que sí. (Risas). No le puedo responder. Supongo que sí” (ver fs. 436 vta., copias de la versión taquigráfica de la sesión del 9 de diciembre de 2013).

Asimismo resulta relevante para esta evaluación el temperamento adoptado por la demandada LEGISLATURA en el desarrollo de este proceso, fundamentalmente en lo que respecta al tipo de planteos e interpretaciones -ya reseñados- relacionados con los derechos en juego y la posibilidad de su defensa en juicio.

Si bien la norma es clara y categórica en cuanto a la obligación de imponer al o la responsable del acto discriminatorio “medidas de sensibilización, capacitación y concientización” (art. 16), no puede pasarse por alto que el acto impugnado ha emanado en el caso concreto de un órgano colegiado, máximo titular de la representación de la voluntad popular en la Ciudad, y que respecto de sus integrantes rigen las inmunidades del artículo 78 de la Constitución.

En este particular contexto, resulta imprescindible conjugar adecuadamente el respeto a los objetivos de la ley 5261, las obligaciones que impone al tribunal y la consideración que merece el órgano emisor del acto discriminatorio en virtud de su rango institucional y las garantías que rodean a sus integrantes. Por tal motivo, entiendo que corresponde poner en cabeza de la LEGISLATURA el cumplimiento de la medida prevista en el inciso “d” del artículo 15 de la ley 5261 (emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado),

a través de su publicación en alguno de los tres medios de prensa gráfica de mayor tirada en la Ciudad.

Para concluir, ha de señalarse que las alternativas del caso en estudio no hacen más que ratificar la situación de colectivo objeto de trato desigual desfavorable que recae sobre las mujeres en nuestro país. Evidentemente no sólo no ha bastado con la consagración de la igualdad formal ante la ley (proceso gradual cuyas últimas etapas son incluso muy recientes), sino que pareciera que, en ocasiones, tampoco las medidas de acción positiva resultan suficientes. No en vano la Convención insta a modificar no sólo instrumentos jurídicos, sino también “usos y prácticas” que constituyan discriminación contra la mujer.

En virtud de todo ello, habiendo dictaminado el Sr. Fiscal, **RESUELVO:**

I. HACER LUGAR a la presente acción de amparo y declarar la nulidad de la resolución 357/2013 de la LEGISLATURA, por la cual se designó al Sr. JUAN FACUNDO DEL GAISO como auditor general de la AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

II. DISPONER LA REPARACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO (art. 15, ley 5261) en los términos del considerando 13.

III. IMPONER LAS COSTAS a la LEGISLATURA demandada vencida (art. 28 de la ley 2145 y 62 del CCAyT).

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y al Sr. Fiscal en la sala de su público despacho y, oportunamente, archívese.