



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BARILA SANTIAGO c/ GCBA s/ AMPARO (art. 14 CCABA)”, expte. n° 22076/0

Ciudad de Buenos Aires, 17 de febrero de 2009

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- Que la parte actora inició, en su carácter de habitante de esta Ciudad, la presente acción de amparo, con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial por el cual se condene al GCBA a dar cumplimiento al art. 43 de la Constitución de la Ciudad, en tanto, en materia de empleo público, “... [a]segura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma en que la ley lo determine.”

2.- Que la Sra. juez de grado dictó sentencia a fs. 78/80 y rechazó la pretensión de la actora.

Para decidir de esa forma, señaló -en lo que resulta sustancial- que el amparista no demostró, y no surgía de los elementos de juicio allegados, una acción u omisión ilegítima de la demandada en orden a la cobertura del cupo que establece el art. 43 de la CCABA y la violación de los derechos y garantías constitucionales de no discriminación, al trabajo y la integración de personas con necesidades especiales.

Agregó que, las afirmaciones de la amparista son vagas e imprecisas. Manifestó que se fundaron, solamente, en los datos de un censo que fuera realizado hace más de 10 años (en el año 1996) y, por otro lado, en lo resuelto por el TSJ en la causa “Kuzis”, extremos que -a juicio del *a quo*- no bastaban a los fines de tener por configurada la ilegitimidad alegada en la presentación inaugural.

Concluyó su razonamiento señalando que la labor de los Tribunales de justicia se ha de ceñir a la resolución de casos concretos, por tanto de estimar la pretensión del amparista se estaría lesionando el principio republicano de la división de poderes.

3.- Que disconforme con lo decidido apeló y fundó la actora. Criticó el pronunciamiento de grado, por cuanto -a su entender- estaba acreditado el incumplimiento del cupo previsto en la Constitución local.

Señaló, por otra parte, que el acto jurisdiccional puesto en crisis vulnera “... *el principio de cosa juzgada*”, ya que vuelve sobre cuestiones que se encuentran firmes.

Reiteró que el objeto de esta pretensión era similar a lo resuelto en los casos “Kuzis”, “Tobías” y “Marecos”.

4.- Que dispuesto el pertinente traslado, la demandada guardó silencio.

La Sra. Fiscal, a su turno, dictaminó a fs 97/98, y propició el rechazo del recurso y, por ende, la confirmación de la sentencia de grado.

5.- Que -en atención a la naturaleza de la cuestión- este Tribunal ordenó, en ejercicio de las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el artículo 29 inc. 2º del CCAyT, la medida para mejor proveer que obra fs. 112, donde se requirió a la demandada, para que en el plazo de 20 días informara sobre:

a) La cantidad de agentes con necesidades que se han incorporado desde la sanción de la ley nº 1502 hasta el presente, conforme lo dispuesto en su art. 4º.

b) Las medidas concretas y efectivas adoptadas (detallar cuáles han sido), desde la sanción de la ley nº 1502, para cumplir con su art. 5 y su reglamentación.

c) La cantidad de inscriptos en el registro previsto en el art. 9 de la ley 1.502

d) El Registro de Trabajadores con Necesidades Especiales previsto en el art. 12 de la ley, deberá informar, por su parte, la cantidad de agentes con que cuenta la demandada en su planta con necesidades especiales y el porcentual que ello significa de la totalidad de los agentes de planta permanente.

e) Por último, requiérase a la Dirección General de Recursos Humanos, en atención a lo dispuesto por el art. 14 2º parte de la ley nº 1502, que acompañe sus nóminas de puestos ocupados, vacantes y altas y bajas de empleados de Planta Permanente y quienes de ellos tienen necesidades especiales.

La demandada solicitó a fs. 115 la ampliación de plazos, lo que fue concedido a fs. 116.

La medida requisitoria fue, finalmente, respondida -en forma incompleta- conforme surge de fs. 117/135.

6.- Que, así delimitada la cuestión, toda vez que la sentencia puesta en crisis consideró que la cuestión involucrada implicaba una violación al principio de la división de funciones, corresponde entrar en su análisis.

En relación al tema, LABAND sostenía que el principio de la división de poderes (o como se dice actualmente “división de funciones”) es como una semilla que ha generado diversos frutos según el terreno en donde fue sembrada (citado por JORGE TRISTAN BOSCH, *¿Tribunales administrativos o judiciales para juzgar a la Administración?*). De tal expresión metafórica se sigue un distinto contenido político y, por tanto, una diversa significación jurídica de tal principio.

En efecto, el principio de la división de poderes adquirió distinta fisonomía de acuerdo a la realidad política y social de cada Estado (amp. en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*).

Por todos conocido es que mientras el modelo francés adoptó un sistema de “aislación de poderes” procurando evitar -y hasta tipificando como delito- que los jueces ordinarios se inmiscuyan en la actividad administrativa, el sistema inglés y



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BARILA SANTIAGO c/ GCBA s/ AMPARO (art. 14 CCABA)”, expte. n° 22076/0

norteamericano siguieron la idea de división de funciones, basada en una relación de coordinación y frenos y contrapesos entre los poderes del Estado.

Esa diferente conceptualización del principio republicano en cuestión, implica -paralelamente- distintas formas de organizar el control de la administración pública.

Como lo señaló MAIRAL (*Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma) existen dos grandes sistemas de control jurisdiccional de aquella, los de doble jurisdicción como el caso francés, en el cual -como lo sabemos- se encuentra a cargo del Consejo de Estado y los jueces ordinarios que dirimen los conflictos entre particulares. Y el sistema judicialista como nuestro caso, en el cual el control de la actividad de la administración está a cargo del Poder Judicial (arts. 116 y 117 C.N., art. 106 CCABA) (sistema de única jurisdicción).

A su vez, en el marco de su organización autonómica, la Ciudad estructuró sus instituciones y el contralor judicial de la actividad administrativa, siempre respetando el modelo republicano, en base a criterios de mayor amplitud (ver el voto del juez LUIS LOZANO en los 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, sentencia de fecha 12-6-2007).

Lo expuesto no importa desconocer la existencia en cada Poder del Estado de atribuciones y competencias propias, que los otros no pueden constitucionalmente ejercer, pero sí controlar al otro dentro de sus respectivas atribuciones constitucionales. Tal como lo sostuvo el juez Maier en su voto en la causa “Kuzis, Fernando” (sentencia del 5/10/2005) *“un mandato constitucional incumplido comporta el deber jurisdiccional de subsanar dicha omisión antijurídica.”*

Reiteramos, nuestro sistema constitucional apunta a la división y no a la asilación de poderes, razón por la cual promedia entre ellos un sistema de coordinación y control recíproco.

En este esquema institucional cabe al Poder Judicial conocer en *todas las causas* (art. 106 CCABA y 116 CN), con lo cual cualquier aspecto jurídico de la gestión administrativa no pertenece a ninguna “zona de reserva” ni está sustraído al control judicial. Distinto enfoque corresponde a la oportunidad y mérito de la actividad administrativa, la cual, naturalmente, se encuentra ligada a la atribución de otro poder del Estado y que los jueces no podrían sustituir so riesgo de alterar el principio de división de las funciones y, con ello, las bases del sistema republicano de gobierno.

En suma, lo que se juzga -en la emergencia- no es la oportunidad o mérito de una política de gobierno. La existencia de “caso justiciable”, además, surge - como ya fuera sostenido por este Tribunal- de los alcances de la legitimación concedida a cualquier habitante por el art. 14 inc. 2º de la CCAYT y, asimismo, la controversia jurídica se suscita por la alegada omisión antijurídica del GCBA en cumplir con lo dispuesto por el art. 43 de la CCABA y su ley reglamentaria.

7.- Que, sentado ello, cuadra puntualizar que con la reforma constitucional de 1994, se consolidó -definitivamente- en nuestra Nación un *status* predominante del sistema de protección de los derechos humanos (conf. art. 75 inc. 22 CN), lo cual -naturalmente- importa una redefinición de lo que se entiende por “derecho”, ya no se trata -exclusivamente- de la noción de derecho subjetivo y de un Estado custodio - únicamente- de este.

El alcance actual del Estado de derecho parte de conceptualizar al “derecho” como integrado al sistema de protección de los Derechos Humanos. Las obligaciones de la organización estadual, en consecuencia, crecieron -en proporción- al reconocimiento de nuevas situaciones jurídicas, que implican reconocer en la persona humana una dimensión integral, sin prescindir de su dinámica colectiva y el reconocimiento, en tal contexto, de derechos de tal categoría.

Asimismo, las obligaciones del Estado local no se insertan en la antigua categoría “de lo meramente programático” sino que en razón del explícito mandato consagrado en el art. 10 de la Constitución de la Ciudad, todos los derechos son exigibles y hay un paralelo deber de la autoridad pública de velar por su salvaguarda.

Naturalmente, en las prestaciones de tipo social, la cuestión se relaciona con el alcance y la inteligencia que cabe asignar a cada derecho, pero tal cosa no equivale a dudar sobre su exigibilidad.

En ese sentido, este Tribunal admitió -insistimos- que el concepto de “caso judicial” en la esfera local adquiere particularidades diversas al que, tradicionalmente, se sostuvo en el orden federal (esta Sala en estos actuados en su resolución interlocutoria de fecha 5/2/2007).

Es que la aludida legitimación disociada del interés directo que consagra -en ciertas materias- el art. 14, 2º párr. de la Constitución local, que comprende a cualquier habitante, se explica -ciertamente- en la vulnerabilidad de ciertos sectores sociales, que -por tal motivo, generalmente- se les dificulta el acceso a la justicia para exigir la tutela de sus derechos.

Esa “desigualdad de armas” presente en nuestra realidad social, es la que se procura -en algún punto- nivelar con la ampliación de la legitimación (esta Sala *in re* “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo”, expte. n° 27599/0, sentencia de fecha 7/11/2008).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BARILA SANTIAGO c/ GCBA s/ AMPARO (art. 14 CCABA)”, expte. n° 22076/0

8.- Que incluso previo a la sanción de nuestra Constitución, la ley n° 22.431 instituyó un sistema de protección integral a las personas con discapacidad, tendiente a resguardar todos los aspectos relativos a su situación particular dentro del contexto de una sociedad con organizaciones y aristas cada vez más complejas.

Dicha norma procuraba -fundamentalmente- conceder franquicias y estímulos para mantener lo que, en la actualidad, se denomina la *igualdad de armas* (Fallos, 313:579).

No obstante, en el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desde su preámbulo, sostiene la dignidad y el derecho a la igualdad como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo; a su vez el art. 1° reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Esta Sala en una cuestión similar a la debatida en el *sub examine* puntualizó que “[n]uestra Constitución Nacional consagra la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos ‘sin otra condición que la idoneidad’ (art. 16, CN), reconoce los derechos implícitos (art. 33, CN) entre los cuáles está el no ser discriminado, dispone la ‘igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna’ (art. 75, inc. 19) y la obligación del Poder Legislativo 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 a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad’ (art. 75, inc 23)” (autos: “Kuzis, Fernando c/ GCBA s/ amparo”, expte. n° 12987/0, sentencia de fecha xx/xx/xx) .

Y agregó que “... nuestro país aprobó por ley 25.280, la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, suscripta en Guatemala, el 8 de junio de 1999*” (en la citada causa “Kuzis”).

9.- Que -si bien la obligación jurídica del Estado de proveer tutela a las personas con discapacidad- resulta de diversos instrumentos internacionales y nacionales, lo cierto es que en 1996, declarada la autonomía, comenzó a regir la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo artículo 43 establece un explícito reconocimiento en punto a la cuestión en disputa, conforme el cual: "*La Ciudad garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades*

especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición."

Por su parte, la legislatura reglamentó la disposición constitucional en cuestión, por medio de la ley n° 1502 (BOCABA n° 2076, de fecha 26/11/2004). En lo que interesa, el art. 4° delineó los caracteres de la incorporación y sobre el punto dispuso que *"La incorporación de personas con necesidades especiales deberá ser gradual y progresiva para cubrir el cupo del cinco (5) por ciento, calculado sobre la base de la totalidad del personal que revista en la planta permanente de cada una de las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2°*

Dicha incorporación deberá efectuarse en el plazo máximo e improrrogable de cinco (5) años a partir de la sanción de la presente Ley. Para alcanzar dicha incorporación en tiempo y forma, la misma debe ser gradual, efectuándose en al menos un dos (2) por ciento en los dos (2) primeros años."

A su turno, su art. 5° estableció que *"A los fines del efectivo cumplimiento de lo previsto en el artículo 4° de la presente ley, las vacantes que se produzcan en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2°, deberán prioritariamente ser cubiertas por las personas con necesidades especiales que acrediten las condiciones e idoneidad para el puesto o cargo que deba cubrirse."*

También creó el Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales (art. 9°) un sistema de inscripción y de publicidad a tales fines (arts. 10 y 11 de la ley). Finalmente, se previó un sistema de control a cargo de la Legislatura (art. 14) y se estableció que el incumplimiento de la ley hacía a los funcionarios responsables por mal desempeño o falta grave, según correspondiera (art. 15°).

Su cláusula transitoria previó que *"[e]n tanto no se realicen concursos que permitan el ingreso a la Planta Permanente, cuando se deban cubrir cargos mediante la modalidad de contratos de locación de servicios en las jurisdicciones y entidades enunciadas en el artículo 2°, párrafo primero, la incorporación de personas con necesidades especiales será obligatoria, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad conforme a lo previsto en el artículo 5° de la presente Ley, hasta cubrir el cupo del cinco (5) por ciento calculado sobre la base de la totalidad del personal contratado."*

La ley n° 1502, a su vez, fue reglamentada por el decreto n° 812/05 que dispuso -entre otras cosas- el procedimiento específico a los fines de proceder a la selección de personas con necesidades especiales en la planta de la administración.

10.- Que de lo expuesto es manifiesto la existencia de una obligación jurídica expresa y un correlativo derecho de la personas con necesidades especiales. Es decir, en términos generales el Estado mantiene un deber de asistencia y promoción en punto a las personas con discapacidad, pudiendo adoptar las medidas que estime



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BARILA SANTIAGO c/ GCBA s/ AMPARO (art. 14 CCABA)”, expte. n° 22076/0

pertinentes; mas en el ámbito de la Ciudad una de esas medidas se cristalizó en el cupo previsto en el art. 43 de la Constitución de la Ciudad, reglamentada por las normas antes señaladas, el cual debe ser cumplido por los poderes públicos locales y las demás entidades comprendidas.

11.- Que corresponde, en este estado de cosas, examinar el mérito de la acción en razón los elementos de juicio obrantes en autos.

En forma liminar, cabe recordar que, aun cuando corresponde por regla la prueba del hecho controvertido a quien lo alega, en ciertas ocasiones -de tipo excepcional- ese principio admite razonables modulaciones, de forma tal de exigir a quien posee mejores condiciones técnicas o fácticas la carga de aportar los elementos de juicio necesarios para resolver conforme al valor justicia (ver: CCAyT, Sala I, *in re* “Ciudad de Buenos Aires c/ Cima”, sentencia de fecha 12/12/2003, LL., DJ 2004-1, 881; también ver CNac. Civ., Sala J, *in re* “Salcedo, Claudio”, LL., 2000-E, 888).

Es decir, se trata de proceder con estricta prudencia de manera que, sin afectar la garantía al debido proceso que asiste a ambos componentes de la relación procesal, se arbitren las medidas necesarias a los fines de sentenciar conciliando los distintos valores jurídicos involucrados, en procura de la búsqueda de la verdad objetiva. En ese orden, el Código de rito faculta al Tribunal, aun sin requerimiento de parte a “[o]rdenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos...” (conf. arts. 29, inc. 2° del CCAyT).

Tal pauta, a su vez, concuerda con el interés superior involucrado en la causa, relacionada con la tutela de sectores sociales vulnerables y con un dilatado e injustificado incumplimiento de parte de los órganos ejecutivos en dar estricta observancia al mandato del constituyente y, luego, del legislador.

En definitiva, cabe interrogar ¿quién se halla en mejor posición jurídica de acreditar cuántos empleados tiene y si se está dando cumplimiento al cupo previsto por el art. 43 CCABA?, ¿quién está en mejor condiciones fácticas de comprobar los concursos que se estén sustanciando a los fines de cumplir la ley y su reglamento?. Ciertamente que -en atención a las complejas aristas que plantea el tema en debate- es la administración quien posee mejores elementos de juicio para ilustrar al Tribunal sobre su proceder, en relación al punto en disputa. Se trata, en definitiva, de cuestiones que por referirse a su organización y procedimientos internos, aquella no puede ignorar.

Así las cosas, este Tribunal en base a las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico (art. 29 del CCAyT) llevó a cabo dos audiencias (v. fs. 106 y fs. 110) con resultado infructuoso y, con posterioridad, ordenó la medida para mejor proveer, antes señalada, a los fines de esclarecer la situación específica de las personas con necesidades especiales.

12.- Que, cabe destacar que este Tribunal al disponer la medida antes aludida le confirió al GCBA un plazo de 20 días hábiles, el cual fue prorrogado por igual término a pedido de aquél.

Sin embargo, y no obstante el tiempo con el que contó para el responde, de los términos en los que fue contestada la medida, resulta que la accionada no pudo -siquiera, mínimamente- comprobar la observancia del -tantas veces- aludido cupo.

En las constancias de fs. 118/130, el GCBA se ciñó a reseñar distintos programas sociales que habría implementado, y acompañó diversas normas jurídicas, que -a decir verdad- no tienen una relación directa con la cuestión controvertida. En efecto, algunos programas se tratan de incentivos y subsidios para el empleador a los fines de la inclusión de mujeres desocupadas en puestos laborales, que se incrementan si la persona padece algún tipo de discapacidad. Igual cosa acontece con el programa para la inserción laboral de personas mayores de 45 años.

Como se observa, no sólo no resulta el vínculo que tiene esa información (no solicitada, por otra parte) con el cumplimiento del cupo establecido en el art. 43 de la CCABA, pero tampoco surge la cantidad de personas con discapacidad que habrían sido beneficiadas por esos programas.

Por otra parte, a fs. 131/133 acompaña un listado, en el que pareciera informar la cantidad de agentes con necesidades especiales contratados en el GCBA, que totalizan alrededor de 215 personas.

Puede colegirse con facilidad que la demandada no informó la cantidad total de agentes con los que cuenta, lo cual obstaculiza a saber -con exactitud- si aquella cifra responde al cupo del 5 %.

No obstante, es más que evidente que menos de 250 agentes, es una cantidad de personas muy inferior al cupo exigido constitucionalmente. Cabe recordar, en este punto, que el hecho notorio es aquél que por la apreciación razonable de una situación que comunmente acostumbra a suceder o de la observación de un fenómeno de la realidad, exime de prueba (SC Mendoza, Sala 1º, *in re* “Barauna, Alejandro”, de fecha 6/11/1990, voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BARILA SANTIAGO c/ GCBA s/ AMPARO (art. 14 CCABA)”, expte. n° 22076/0

Por lo demás, la omisión antijurídica se hace explícita de la propia documentación que acompaña la demandada a fs. 130, según la cual para el año 2009 la Ciudad debe contar con “... *al menos 5.000 empleados con discapacidad.*”

En ese orden de ideas, no parece discutible -al menos en términos de razonabilidad- que 215 agentes con discapacidad no equivalen -siquiera aproximadamente- al 5 % del total.

Pero no puede dejar de señalarse que en la medida decretada por este Tribunal a fs. 112 (no cuestionada por ninguna de las partes) se requirió la cantidad de agentes con necesidades especiales (pto. a.-) lo cual no fue contestado por cuanto “... *la información relacionada con este punto debe ser brindada por la Dirección de Recursos Humanos dependiente del Ministerio de Hacienda...*”. Sin embargo, huelga recordar que este Tribunal dirigió la medida al Gobierno de la Ciudad, con lo cual las diversas reparticiones en que se organiza la administración central no pueden válidamente ser admitidas como excusa a los fines de incumplir con una requisitoria judicial. En relación al punto c.- informó que se encuentran inscriptas 4638 personas.

13.- Que, así las cosas, el Estado tiene obligaciones positivas y negativas en punto a los derechos de los habitantes. En cuanto a las primeras se circunscriben a aquéllas acciones que debe realizar a los fines de su tutela y satisfacción, obviamente que su desconocimiento puede provenir por una deficiencia o inexistencia de reglamentación.

No obstante, en lo que a la causa interesa, es claro que el derecho ha sido debidamente reglamentado. Se ha dispuesto una incorporación gradual y un plazo para su cumplimiento que, en la actualidad, no parece que haya sido respetado por el GCBA (conf. art. 4, ley n° 1502).

En tal estado de cosas, la actuación del Poder Judicial, comprobado el incumplimiento de un mandato del legislador y, consecuentemente, la violación a un derecho, se ciñe a disponer las medidas necesarias a los fines de revertir el proceder contumaz de la administración.

14.- Que, en ese contexto, el alcance de una condena frente a un proceder omisivo del gobierno exhibe aspectos que trasuntan ligados por la complejidad de las cuestiones involucradas. En autos, es evidente que la incorporación de las personas con discapacidad no puede disponerse sin más, obviando que -a tal fin- deben producirse las vacantes necesarias.

Por tanto, en tan particular estado de cosas, se resuelve: Ordenar al Gobierno para que -en el plazo de 60 días- adopte las medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la ley 1502 y luego proceda a informarlas. Requierase además que detalle las medidas que en lo sucesivo considere oportuno adoptar con idéntico fin. Asimismo y a tal fin, deberá, respetando el recaudo constitucional de idoneidad, otorgar prioridad a las personas con necesidades especiales inscriptas en el respectivo registro, para las sucesivas designaciones.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** Revocar la decisión de grado, con los alcances que resultan del considerando n° 14. Costas por su orden en atención al modo en que se decide (art. 62, 2° párr. CCAyT).

El Dr. Esteban Centanaro no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.