

Transexuales Cupo Laboral Consejo De La Magistratura Identidad De Genero Derechos Humanos Deber De Reglamentacion

JURISPRUDENCIA

Transexuales. Cupo laboral. Consejo de la Magistratura. Identidad de género. Derechos humanos. Deber de reglamentación

Se ordena cautelarmente al Consejo de la Magistratura que -dentro de un plazo determinado- dicte la reglamentación pertinente para implementar en los sectores del Poder Judicial bajo su órbita el cupo laboral para el colectivo trans establecido en el inciso c del artículo 5 de la ley 4376. Ello así, atento no resolverse el reclamo de la actora a través del pertinente acto administrativo pertinente, demorándose indefinido la cuestión y vulnerándose las normas constitucionales e internacionales que refieren a la igualdad de trato y a la no discriminación.

Ciudad de Buenos Aires, 22 de abril de 2019

VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- En el marco de una acción ordinaria de impugnación de acto administrativo promovida contra el Consejo de la Magistratura de la CABA, y a la cual se le asignó carácter colectivo, la Sra. Cristina Montserrat Hendrickse solicita -en esencia- como medida cautelar: a) se la contrate -hasta que se lleve a cabo el concurso pertinente- con una retribución equivalente a la de Secretaria letrada de Primera Instancia dentro del ámbito de la CABA; b) se instrumente en todo concurso o procedimiento para la cobertura de todo tipo de cargos en el poder judicial idéntica modalidad de cobertura que para el cupo de las personas con discapacidad (ley 1502). Todo ello a efectos de cumplimentar con el cupo laboral previsto para el grupo trans -transgéneros, transexuales y travestis- previsto por la ley 4376. Indica que es una mujer transgénero, de 54 años de edad, abogada y que ha sido contratada en forma precaria por diez meses en la Defensoría del Pueblo de la CABA (v. fs. 74/75). Señala que con fecha 29/5/2017 presentó un reclamo administrativo (expte. nro. 11369/17) con el objeto de garantizar la integración del cupo del 5% previsto en la ley 4376 y que dicha presentación no fue debidamente resuelta por parte del Consejo de la Magistratura de la CABA (v. fs. 73). Sostiene que la falta de reglamentación de la ley 4376 lesiona sus derechos tanto en forma personal como al colectivo que integra. Funda su derecho en los arts. 14, 14 bis, 16, 19, 28, 31, 33 y 75 incs. 22 de la CN, tratados internacionales, Leyes Nacionales N° 26743, 23592, Constitución de la CABA y ley 4376, entre otros. II.- Es del caso apuntar que el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas en este Código?. En cuanto a los requisitos de procedencia de medidas como la aquí solicitada, la normativa exige que se acrediten simultáneamente los siguientes elementos: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora; c) no frustración del interés público; y d) contracautela. En este orden de ideas, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud; aún más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos 396:2060). En sentido concordante se ha afirmado que las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestren? (Kielmanovich, Jorge L., Medidas cautelares, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 51). Por su parte, el peligro en la demora ha sido tradicionalmente definido como el riesgo probable de que el derecho reclamado se frustre debido al tiempo que insume la sustanciación de la causa. De esta forma, el temor de sufrir un daño inminente o irreparable se concretará en un perjuicio efectivo si la medida cautelar no se concede, es decir, si no se otorga una protección en tiempo oportuno? (Balbín, Carlos F -Director-, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado y Anotado, 3ª ed., Abeledo Perrot Buenos Aires, 2012, pág. 578). A la vez, se ha sostenido que los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor del fumus se debe atemperar e, inversamente, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño? (Cámara Cont. Adm. y Trib de la CABA, Sala 1, 28/11/2008 in re, Barbieri, Aldo José c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, expte. 30310/1). Esa misma sala también señaló que ante la falta de verosimilitud del planteo propuesto a conocimiento del Tribunal, resulta innecesario expedirse sobre el peligro en la demora? (C. Cont. Adm. y Trib.

Ciudad Bs. As., sala 1, 2/12/2008, ?Poceiro, Diego Sebastián c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, expte. 29407/1). III.- Es sabido que el art. 16 CN consagra el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y su admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Ello apunta a impedir que se otorgue un tratamiento diferente a personas que se hallan en idénticas circunstancias. El derecho a la igualdad y a la no discriminación también se encuentra reconocido por el art. 75 inc. 22 mediante la jerarquización de los tratados internacionales de Derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias pero además que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias. El derecho a la identidad de género se encuentra reconocido expresamente en la ley nacional N° 26743. Por su parte la ley Nacional N° 23592 prevé la cesación de actos que arbitrariamente impidan obstruyan restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. El derecho a la igualdad encuentra su correlato en el art. 11 de la CCABA que establece que todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley, garantizándose el derecho a ser diferente y no admitiendo discriminación que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo en el ejercicio de los derechos. Además el art. 38 de la CCABA incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas, estimulando la modificación de los patrones socioculturales estereotipados. En ese contexto, en el año 2008 se sanciona la ley 2957 que preveía la elaboración de políticas públicas tendientes a erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Luego, en el año 2012, se dictó la ley 4376 establece los lineamientos de la política pública para el reconocimiento y el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans (transexuales, transgénero y travestis) bisexuales e intersexuales -en adelante LGBTI- en cumplimiento de los principios y fines de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Nacional y la Constitución local (confr. art. 1°). Ello con el fin de hacer efectivos los derechos de ese sector de la población articulando la actuación de la ciudadanía en pos de superar las situaciones de discriminación resultado de la identidad de género como parte de la convivencia, inclusión e inserción económica, social, laboral, política y ciudadana en la CABA (v. arts. 2 y 3° de la mentada norma). Puntualmente, el art. 5° de la mencionada norma local garantiza la realización por parte del Estado de medidas de acción positiva entre las que se encuentra la incorporación en una proporción no inferior al 5% de personas del colectivo trans en el sector público de la Ciudad (v. inc. c)). Si bien esta ley fue recientemente modificada por ley 5989 (en julio de 2018) no se alteró la redacción del artículo 5 de la ley 4376. IV.- En este orden de ideas cabe apuntar que el estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas mediante procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos de poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales y la observancia de los derechos (conf. Valadés Diego, Problemas constitucionales del estado de derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, 2da edición, página 19). En esta línea de razonamiento, los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho. En efecto, ?todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación (conf. Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, Resolución AG ONU, 24/9/2012). En función de lo expuesto en el considerando que antecede cabe apuntar que la discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En este contexto, cabe recordar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Fallos 333:2306, considerando 4°; 334:1387, considerando 5°; ?Sisnero, Mirtha G. y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo', S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°)?. Las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos no sólo prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados, sino que van más allá, fomentando la actividad positiva de los Estados para superar las barreras socio culturales que impiden el goce efectivo de los derechos. En conclusión, la ampliación de los derechos personales o colectivos con la integración de las normas internacionales -con jerarquía constitucional- relativas a los Derechos Humanos implica en paralelo mayores deberes o cargas de todo tipo en otras personas quienes también son sujetos de derechos. Por eso el primer obligado a igualar es el Estado y en los sistemas federales o autonómicos esa obligación es compartida por los entes locales. A tal fin, las políticas públicas deben ir en dos sentidos. En primer término derogando normas que establezcan discriminaciones irrazonables. En segundo lugar, dictando leyes o medidas de otro tipo que favorezcan la igualdad y destierren los estereotipos de diferenciaciones arbitrarias. En ese caso, resulta

imprescindible conocer las causas visibles e invisibles que generan discriminación, para operar sobre ellas y garantizar con eficacia la igualdad real de oportunidades (Gelli, María A., ¿Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada?, Ed. La Ley, 4º ed., T. I, Bs. As., 2015, pags. 250 y ss). Así, es pertinente señalar que en los fundamentos de la ley 4376 se estableció la necesidad de intervención directa del Estado, destacando que casi un 39% del colectivo trans padece discriminación laboral, por no acceder a un trabajo o ser objeto de exclusión del mismo orden a su identificación sexual. Es evidente que ello repercute además en otros aspectos inherentes a los demás derechos esenciales (por caso, vivienda o salud). De esta forma, se verifica que la elección sexual lleva a condiciones de exclusión o marginalidad que requieren acciones positivas para la efectiva constitución de la igualdad garantizada (v. versión taquigráfica del 15/11/2012).

V.- Asentado lo anterior y de la compulsión de la causa, se desprende que el Consejo de la Magistratura de la CABA en fecha 12/6/2018, no resuelve el reclamo de la actora a través del pertinente acto administrativo sino que la entonces Presidenta suscribe una nota a modo de amigable esquila, en la cual considera que el órgano no incurre en inconstitucionalidad por omisión ni existe mora en la reglamentación del inciso c) del art. 5 de la ley 4376. Ello por cuanto, señala la norma de referencia no establece un cupo obligatorio sino que propone la incorporación a los órganos competentes de la Ciudad. Explica asimismo, la imposibilidad de la ampliación de la planta permanente del Consejo en virtud de la Res. Pres. N° 1260/15 y sus prórrogas. Asimismo, aduce que existen distintos proyectos legislativos tendientes a la previsión de un cupo en el sector público, que no han obtenido aprobación legislativa. Cabe entonces analizar si la respuesta brindada por el Consejo de la Magistratura cumple prima facie con los requisitos necesarios para ser considerado una denegatoria fundada al reclamo impetrado por la actora. Entiendo que la respuesta a este interrogante es -en principio y sin perjuicio de lo que se resuelva al momento del dictado de la sentencia definitiva- negativa, pues:

a) la omisión de reglamentación no puede ser óbice para implementación de una norma, máxime cuando -como ocurre en el caso- la orden legal va dirigida a los órganos que tienen que dictar la mentada reglamentación. Adviértase que, de admitirse una solución contraria, quedaría en cabeza del órgano obligado por la norma la potestad de cumplirla o no, a través de la conducta omisiva de dictar la reglamentación (en el caso particular, por los términos en que fue incoada la demanda, el sujeto pasivo es el Consejo de la Magistratura, pero no debe soslayarse que la Ley 4376 va dirigida a todo el sector público local, lo cual incluye a la Administración Pública centralizada y descentralizada, a la Legislatura y al Tribunal Superior de Justicia).

b) La utilización en el art. 5 inc. d) de la Ley 4376 del verbo ¿proponer? no implica una opción sobre el cumplimiento del cupo legal que se estable. En efecto, según la RAE, la segunda acepción de ese verbo es ¿determinar o hacer propósito de ejecutar algo?. De allí que sería producto de una visión restrictiva de la interpretación brindada por la demandada, la cual resultaría inaceptable a la luz de la doctrina de la CSJN reseñada en el apartado precedente.

c) Por último, en relación al trámite de los proyectos legislativos sobre el tema (v. fs. 192) es preciso indicar que dichos proyectos no prevén la modificación del porcentaje establecido en la ley 4376. De igual manera, en la actualidad la Ley 4376 es una norma vigente que, como tal, debe ser cumplida. Ni la existencia de proyectos legislativos sobre la cuestión ni la ausencia de reglamentación por parte de los sujetos obligados luego de más de cinco años pueden erigirse en excusa para evitar su cumplimiento.

VI.- Desplegado el marco fáctico y normativo que hasta el momento rodea la causa, he de anticipar que el pedido de la actora se ser incorporada al Poder Judicial con cargo equivalente al de Secretaria de Primera Instancia, no tendrá favorable acogida. Ello así pues, el solo hecho de portar un título universitario de abogada no implica el cumplimiento del requisito de idoneidad exigido para acceder al cargo pretendido. En definitiva, hacer lugar a tal petición implicaría incurrir en una desigualdad respecto de los demás integrantes del Poder Judicial o incluso de otros grupos sociales que también han tenido protección legal en orden a la lógica de las discriminaciones positivas. Por otro lado, la ley garantiza un cupo laboral pero no dice nada respecto al cargo o tareas ni menos aún al ejercicio de funciones que impliquen jerarquía y responsabilidad y para lo cual se requiere específicos conocimientos de la materia. Nótese que en toda la estructura del Poder Judicial hay numerosos abogados ejerciendo todo tipo de cargos y tareas (mesa de entradas, despacho de expedientes, áreas administrativas, etc.). Por ende, no es posible brindar -mucho menos cautelarmente- un derecho que excede el marco legal.

VII. No obstante, sí he de hacer lugar a la segunda petición cautelar formulada por la actora, aunque con algunas modificaciones. Ello considerando que el art. 184 CCAyT faculta a la suscripta a dictar una medida cautelar distinta a la solicitada teniendo en cuenta la importancia del derecho vulnerado. Así las cosas, como ya sostuviera en apartados anteriores, entiendo que la falta de reglamentación de una norma vigente, dictada en el año 2012 que propone la incorporación en una proporción no inferior a un 5% de personas trans en el ámbito del empleo público de la CABA torna procedente la necesidad de un remedio cautelar en tanto se verifica la concurrencia de la verosimilitud del derecho invocada y el transcurso de una razonable pauta temporal (seis años desde el dictado de la ley). Es que cuando la prestación debida no fue sometida por la ley a modo, plazo o condición la Administración debe realizarla (reglamentando la ley) en un plazo razonable (CNac Cont. Adm. Fed, Sala III, ¿Diamante Diaz Leopoldo c. Banco Hipotecario Nacional s/ proceso de conocimiento?, del 8/5/98). En el caso, insisto, la ley ha sido sancionada en noviembre de 2012, lo cual hace presumir que ha transcurrido un plazo más que razonable para la implementación de la política

pública allí establecida. Por otro lado, si bien es cierto que en la presente causa se demanda al Consejo de la Magistratura de la CABA, no lo es menos que las leyes enunciadas incluyen todas las áreas de gobierno de la CABA, es decir Poder Ejecutivo (Administración centralizada y descentralizada), Poder Legislativo y Poder Judicial (integrado tanto por el Consejo de la Magistratura como por el Tribunal Superior de Justicia y Ministerio Público de acuerdo a lo previsto por el art. 107 de la CCABA). Ello pues, la mentada norma refiere a la totalidad del sector público de la Ciudad. El hecho de que la demandada -al igual que los restantes sectores enunciados- eluda el cumplimiento de los deberes impuestos por una norma vigente -ya sea por omisión en su cumplimiento o demora en la reglamentación respectiva- implicaría una afrenta al principio de división de poderes que no sólo torna verosímil el derecho alegado por la actora sino que también obliga a la suscripta a exhortar a las autoridades a dictar las reglamentaciones pertinentes en cada área para dar cabal cumplimiento con la ley. VIII.- También he de tener por satisfecho el requisito del ¿peligro en la demora? exigido. Ello por cuanto, la cuestión debatida en autos se relaciona con la adecuada implementación de una norma que garantiza el acceso al empleo digno de las personas que integran un grupo social minoritario y discriminado, intentando palear la situación de vulnerabilidad y precariedad laboral al que usualmente han sido sometidas. De este modo, de los elementos de convicción actualmente existentes en el expediente y del estudio del marco normativo aplicable, se desprendería que en la actualidad la letra de la norma se encuentra incumplida, tornando ilusorios los derechos que el legislador ha pretendido proteger. La ausencia de reglamentación no puede ser tampoco excusa válida para justificar el incumplimiento legal, particularmente cuando ella debe provenir de los sujetos obligados. IX. Finalmente, no puedo soslayar que la implementación de este tipo de cupos en otros estados provinciales y en distintos municipios del país, ha traído aparejado todo tipo de controversias. Se ha invocado, incluso, que la implementación de un cupo es de por sí discriminatoria. Sin embargo, entiendo que no es éste el espíritu con que ha sido sancionada la Ley ni mucho menos que sea éste el alcance que históricamente se ha dado a esta herramienta de incorporación socio- laboral. Se trata de una técnica de discriminación positiva que ha dado muy buenos resultados no sólo para incorporación social de las personas con discapacidad sino también para las mujeres. No obstante, no es a la suscripta ni a los titulares de los Poderes de la Ciudad a quienes corresponde cuestionar la voluntad legislativa ni su conveniencia o inconveniencia, ni el acierto o error del porcentaje establecido. Se trata de una política pública sancionada y vigente, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada. Por ende, sólo cabe ejecutarla. Una investigación realizada por el Observatorio de Género del Consejo de la Magistratura de la CABA y publicada por la Editorial Jusbaire (también dependiente de la demandada), detalla no sólo la problemática sino la necesidad de las políticas de reparación. Allí se destaca que ¿La Ley de cupo laboral trans no se trata de un subsidio, un regalo o una forma de asistencialismo. Por el contrario, es crear oportunidades de inclusión y reparación que permitan lidiar en forma efectiva con las propias consecuencias que su violencia y exclusión generó...? (¿Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?, Ed. Jusbaire, Bs. As., 2018, ver en particular pags. 72/87). Por lo expuesto, en el estado preliminar de la acusa y sin perjuicio de lo que resuelva al momento del dictado de la sentencia definitiva RESUELVO: 1°) Hacer parcialmente lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Consejo de la Magistratura a que en el plazo perentorio de treinta (30) días corridos dicte la reglamentación pertinente para implementar en los sectores del Poder Judicial bajo su órbita el cupo laboral para el colectivo trans establecido en el inc. c) del art. 5 de la ley 4376. 2°) Librar oficios por Secretaría al Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad, al Sr. Presidente de la Legislatura de la Ciudad, a la Sra. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad y a cada uno de los titulares de las tres ramas del Ministerio Público de la Ciudad exhortándolos a dictar las reglamentaciones pertinentes a fin de dar cabal cumplimiento al mandato legal ut supra referido, adjuntando asimismo copia certificada de la presente resolución. 3°) Tener por prestada la caución juratoria de la actora con lo manifestado en el escrito de inicio, la que se estima contracautela suficiente y ajustada a derecho y las circunstancias del caso. Regístrese y notifíquese por Secretaría a la actora. Líbrese oficio por Secretaría al Consejo de la Magistratura de la CABA a fin de comunicar lo resuelto.

Correlaciones [P., M. \(CM\) c/GCBA s/amparo](#)- Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N°

6 - 17/05/2018- Cita digital: IUSJU028746E

#null?urlshp=%2fsitios%2fErreius%2fJurisprudencia2015a2019%2f2018%2f05%2f17%2f20180604114126823.docxhtmlhtml

038389E