



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 1 SECRETARÍA
N°2

FUNDACION APOLO BASES PARA EL CAMBIO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - IMPUGNACIÓN-
INCONSTITUCIONALIDAD

Número: EXP 85669/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00085669-6/2021-0

Actuación Nro: 327423/2021

Ciudad de Buenos Aires, 09 de marzo de 2021.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. José Lucas Magioncalda y Pablo A. Torres Barthe, en nombre propio y en su carácter de abogados de Fundación Apolo Bases Para el Cambio, promueven acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que *“se declare la inconstitucionalidad de los arts. 71, art.62, inc. n y 102 de la Ley 6357 (Régimen de Integridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y del Decreto 48/2021, dictado por el Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad...”*.

Asimismo, en el marco de la acción entablada, solicitan el dictado de una medida cautelar mediante la cual se suspendan los efectos del Decreto 48/2021, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

A fin de fundar la legitimación para promover la demanda, detallan que entre los fines del objeto social de la fundación que representan se encuentra el de *“velar por el cumplimiento, promoción y protección integral de los principios republicanos y el respeto por las instituciones, asegurando y promoviendo el cumplimiento de las normas y valores que rigen la vida en sociedad, a nivel local, provincial y nacional e internacional. Para el cumplimiento de dicho objeto la Fundación podrá: ...viii) Tener una participación activa en las causas judiciales donde se encuentren vulnerados los valores e instituciones republicanos, mediante el asesoramiento, patrocinio y/o presentación en carácter de amicus curiae...”*. Entienden que toda vez que en autos que pretende *“el cese de la vulneración por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del derecho al acceso a los cargos públicos, en función de la idoneidad de las personas, y el cumplimiento de normas internacionales en materia de transparencia y anticorrupción que el GCBA elude, en clara vulneración de una de las más preciadas garantías para la vigencia de los DDHH de la ciudadanía porteña, el objeto de la presente demanda es compatible con el objeto social de la amparista”*.

Añaden que *“la persona jurídica accionante se propone representar el colectivo de ciudadanos porteños que verán afectada una garantía de vigencia de sus DDHH, como lo es la existencia de normas de integridad pública, anticorrupción y transparencia que cumplan con los estándares internacionales”*.

Asimismo, y en función del doble carácter en el que se han presentado en autos, José Lucas Magioncalda y Pablo A. Torres Barthe refieren ser *“abogados que se han destacado de modo particular en la lucha contra la corrupción y en defensa de la transparencia, de modo tal que ambos revisten un particular interés en cuanto a la limitación que se les impone para acceder a desempeñarse como titulares de las autoridades de aplicación de la Ley 6357”*. En tal ámbito afirman que, además, *“se proponen representar al colectivo de profesionales que se ven afectados por una reforma legislativa inconstitucional y anticonvencional, que les impide competir en condiciones de igualdad, transparencia y libre concurrencia por el cargo público mencionado”*. A tales efectos, y con el objeto de demostrar que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el artículo 14 de la CCABA, indican que *“en el caso que nos ocupa, estamos ante un claro supuesto de discriminación en el acceso a la función pública y ante la vulneración de una garantía de vigencia de derechos humanos, como lo es la vulneración de los estándares internacionales en materia de transparencia, anticorrupción e integridad pública”*.

Al exponer los hechos del caso, indican que la Ley 6357 modificó el régimen previsto por la Ley 4895. En particular, refieren que *“[e]l art. 24 de la ley 4320 [sic]¹ de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de CABA previó la designación de los titulares de las autoridades de aplicación, correspondientes a cada poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) mediante ‘concurso público de oposición y antecedentes’. De ese modo, consagró –respecto de los mencionados organismos de control- el principio de idoneidad e igualdad para el acceso a los cargos públicos, presente el art. 16 de la Constitución Nacional e, implícitamente, en el arts.10 y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*.

Afirman que la previsión anteriormente vigente *“no hac[ía] más que cumplir con el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que posee jerarquía constitucional, conf. art. 75, inc. 22, CN) y que establece: ‘Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar de la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; .. c) Tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país’”*.

Seguidamente, memoran que el artículo 5, inc. 2 del citado pacto estipula que *“No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”*. De ello coligen que el derecho de los ciudadanos a acceder a un cargo público mediante el concurso público de

1 Es evidente que la demanda contiene un error material, o de tipeo, y debe entenderse que cuando se efectúa la cita de la ley 4320, los actores se refieren a la ley 4895. En efecto la primera de las normas tiene por objeto declara personalidad destacada al artista plástico Juan Manuel Sánchez, mientras que la segunda es la que regulaba el régimen invocado por los amparistas.

oposición y antecedentes –que garantiza el principio de idoneidad- “no podrá ser restringido ni menoscabado por normas que se dicten en el futuro”.

Señalan que –no obstante lo anterior- la ley 6357, que consagró el “Régimen de Integridad Pública en el ámbito de la Ciudad” dispuso en su artículo 102 la abrogación de la “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública” –nro. 4895-, “eliminando –entre otras cosas- la designación de la autoridad de aplicación, por vía de ‘concurso público de oposición y antecedentes’. A cambio de ello, **la nueva ley 6357, en su art. 71**, estableció que la designación de los funcionarios a cargo de las autoridades de aplicación, sería facultad exclusiva de la máxima autoridad de cada poder, y que el proceso de selección admitiría, únicamente, una audiencia pública en la que la ciudadanía podría efectuar observaciones sin carácter vinculante, respecto de la decisión del Poder Ejecutivo local”.

Consideran “que se ha pasado de un sistema en el que todos los ciudadanos que reunieran determinadas características académicas y profesionales para el ejercicio del cargo público, podían presentarse a competir en un concurso y demostrar su mayor idoneidad, a un sistema en el que todos los ciudadanos que antes podían competir, hoy son desplazados por una decisión política de la máxima autoridad del poder que designa al funcionario a cargo del órgano de aplicación. En definitiva, se ha creado un sistema que discrimina por razones políticas y que desestima el mérito para el acceso al cargo público”.

Paralelamente, y en otro orden argumental, postulan que la nueva normativa lesiona “el principio de independencia que las normas internacionales exigen a los organismos dedicados a la lucha contra la corrupción”. Advierten que el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que la finalidad de dicho instrumento internacional es “a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;...”.

A fin de fundar su postura, expresan que “siendo la finalidad de la Convención “fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción...”, a “contrario sensu” dicha norma prohíbe el debilitamiento de aquellos estándares de independencia alcanzados por las normas locales”.

Asimismo, aseveran que la norma impugnada contraviene lo establecido en el art. 6 de la Convención que estipula que “Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida..”.

Consideran que “no quedan dudas del debilitamiento de la independencia que se produce a las autoridades de aplicación de la Ley 4320 [sic]¹ de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de CABA (hoy abrogada y reemplazada por la ley 6357 de Régimen de Integridad Pública en la

CABA). En Efecto, la designación de los funcionarios que prevé el Título VI de la nueva norma, queda en manos de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial, según el caso. Y son, justamente, esos funcionarios designados, los que deberán controlar a las máximas autoridades del poder que los designó, y a las jerarquías inferiores de dichos poderes”.

Seguidamente, citan postura doctrinaria en torno a la conveniencia del concurso público como método de selección de los agentes del Estado. De todo ello, coligen que la ley 6357 “ha reemplazado, de modo inconstitucional y anticonvencional, un régimen que sí alcanzaba dichos estándares internacionales y que, en el caso del Poder Ejecutivo, fue incumplido sistemáticamente, mediante la designación de una autoridad provisoria, elegida sin el concurso de oposición y antecedentes previsto en la legislación que la ley impugnada ha reemplazado”.

En otro orden, impugnan el artículo 62, inc. n), de la ley 6357 pues consideran que estableció un recorte ilegítimo a las competencias de la autoridad de aplicación de la ley. Así, consignan que “la autoridad de aplicación carece –ahora- de la facultad de impulsar acciones judiciales, y sólo tendrá la competencia de realizar denuncias (obligación de cualquier funcionario que toma conocimiento de un delito y derecho de cualquier ciudadano). Lo dicho, importa la degradación respecto de las autoridades de aplicación en su capacidad para combatir los hechos de corrupción”.ç

Finalmente, manifiestan que mediante Decreto N° 48/2021, el Jefe de Gobierno de la Ciudad dio inicio al trámite de designación del titular de la Oficina de Integridad Pública creada por la Ley 6357, en el ámbito del Poder Ejecutivo y la Administración Pública local.

Denuncian que el “decreto es inconstitucional y anticonvencional, en tanto pone en ejecución la ley que aquí se impugna, por los fundamentos ya esgrimidos que no han de reiterarse en homenaje a la brevedad”.

Requieren que –como medida cautelar- se suspendan los efectos del decreto y la audiencia pública convocada a tales efectos.

Afirman que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la normativa para la procedencia de la tutela preventiva solicitada, pues consideran que la continuación del trámite de designación “...vulnera el derecho de los accionantes MAGIONCALDA y TORRES BARTHE, y del colectivo que ellos representan, para competir en condiciones de igualdad por el acceso al cargo de Titular de la Oficina de Integridad Pública”.

Enfatizan que la cautela peticionada no contraviene ni compromete al interés público en tanto la Ley 6357, en su Disposición Transitoria 5° ha establecido que: “Hasta tanto se constituya la Oficina de Integridad Pública de cada poder, las competencias serán ejercidas por la Autoridad de Aplicación establecida en el marco de la Ley 4895 en la órbita de cada poder.”

Dejan planteada la caución juratoria como contracautela, ofrecen prueba y formulan reserva del caso federal.

II. El 2 de marzo de 2021 el Tribunal ordena la difusión del amparo promovido y su inscripción en el registro de procesos colectivos. Asimismo, confiere vista al Ministerio Público Fiscal.

III. El 5 de marzo de 2021 el Sr. Fiscal Interino a cargo de la Fiscalía Nro. 1 presenta su dictamen. (v. actuación 307401/2021).

En primer lugar, se pronuncia sobre los aspectos formales de la acción entablada. Considera que el Tribunal resulta competente para conocer en autos y analiza los recaudos contenidos en el artículo 14 de la Constitución local. En cuanto a la legitimación de la persona jurídica actora, pone de manifiesto que el contrato social no efectúa *“expresa referencia a la posibilidad de ser parte o accionante, así como se menciona la calidad de asesor, patrocinante o amicus curiae del tribunal”*. Por tanto, arguye que *“Asociación Fundación Apolo Bases para el Cambio no se encuentra legitimada para representar al colectivo tanto por la vaguedad de su estatuto respecto de los derechos que pretende defender como así también por la limitación para encabezar procesalmente una acción judicial”*. (pto. V.B.i del dictamen 131/2021).

En segundo término, afirma que no se encuentra acreditada la existencia de un caso o causa judicial. Entiende que el objeto de la acción no contiene otro objeto que la inconstitucionalidad de la normativa impugnada por los amparistas y que no han justificado adecuadamente un derecho a concursar por el cargo de titular de cada oficina de integridad pública o a ser elegido. Opina que los planteos contenidos en la demanda *“no alcanzan para demostrar un agravio concreto —actual o inminente— en cabeza del frente actor que pueda encontrar origen en la sola vigencia de la Ley N° 6357”*.

Con respecto a la legitimación particular —a título personal- de los coactores, sostiene que no les asiste un derecho a ser elegidos sino que —en todo caso, de reunir los requisitos- poseen aptitud para serlo, por lo que dictamina que les resulta inaplicable el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que invocan. Añade que no han manifestado su intención de ser elegidos sino que someramente han aducido reunir las condiciones para serlo.

En cuanto a la tacha de inconstitucionalidad formulada con relación al artículo 71 de la ley 6357, opina que *“no resultan verosímilmente inconstitucionales, arbitrarias o irrazonables per se, apoco que se advierta que gran parte de los cargos que cumplen roles institucionales de la más alta relevancia son designados con un procedimiento similar; por caso, el Defensor del Pueblo de la Ciudad, los magistrados cabeza de las tres ramas del Ministerio Público, los Jueces del Tribunal Superior de Justicia, y ello no resulta óbice para que desempeñen la función para la cual son designados velando por el cumplimiento y el respeto de los más importantes y valiosos principios constitucionales de nuestro Estado de Derecho”*.

También rechaza que la norma en cuestión resulte regresiva, puesto que –en su opinión- el análisis sobre tal característica debe ser efectuado *in totum* y no con relación a una pauta jurídica específica. Así, sostiene que *“para analizar si una política pública resulta regresiva debe considerarse la política de global y general, y no sobre un aspecto en particular. Es que, las comparaciones deben hacerse en punto al nivel de satisfacción de los derechos en general y no respecto de un beneficiario puntual”*. Desde tal perspectiva pondera que *“un repaso por el breve articulado de la antigua Ley de Ética Pública N° 4895 en contraste con las extensas revisiones contenidas en los 102 artículos del nuevo régimen de integridad pública instaurado por la Ley N° 6357 no permiten sostener con ligereza que importa una política regresiva en comparación con el régimen anterior”*. En cuanto al recorte de funciones y facultades que los amparistas denuncian, producto de lo normado por el artículo 62, inciso n), el Sr. Fiscal Interino evalúa que no podrían *“agraviarse en torno a regresividad por la imposibilidad de ser querellante ya que la anterior redacción de la ley tampoco lo permitía y se trata de una función propia del Ministerio Público más allá de las competencias propias de otros organismos de control”*.

Como argumento adicional, resalta que la norma fue aprobada por amplia mayoría y citó algunas opiniones de legisladores y legisladoras, vertidas en el marco de debate de la sesión correspondiente a la sanción de la ley. En función de las observaciones que anteceden, postula que la acción debería ser desestimada sin más. Para el supuesto de que se otorgase trámite a la acción, estima que *“el tribunal debería tomar las medidas idóneas para determinar puntualmente cuál es la naturaleza jurídica de los derechos que se pretende salvaguardar mediante la pretensión invocada así como la individualización de la clase presuntamente afectada”*.

Finalmente, se expone en torno a la medida cautelar peticionada y asevera que no se encuentran reunidos los requisitos para su procedencia. En tal orden, indica que el Decreto 48/2021 cuya suspensión pretenden los amparistas *“pone en ejecución la Ley N° 6357 no ostenta una ilegitimidad per se, sino que lo que los actores alegan es que la inconstitucionalidad de la ley acarrea una ilegitimidad del decreto. Lo expuesto implicará hacer un somero análisis de constitucionalidad, al menos en este estado larval del proceso de la citada ley para evaluar si se da el presupuesto antedicho respecto del decreto en tanto aplicación de aquella”*. A tales fines, se remite a las consideraciones vertidas por su parte con relación a la ley 6357.

En cuanto al peligro en la demora sostiene que tampoco se configura y que no se presenta la necesidad de suspender la audiencia pública convocado dado que *“podría igualmente suspenderse el decreto que disponga la designación”*.

IV. Efectuada la reseña que antecede, en función de los reparos planteados por el magistrado interinamente a cargo de la Fiscalía Nro. 1, y sin perjuicio de poner de relieve que el dictamen no resulta vinculante para el Tribunal, por razones de buen orden procesal, corresponde –en primer lugar- analizar y

pronunciarse sobre las cuestiones formales atinentes al cauce y características de admisibilidad de la vía intentada y la legitimación de los accionantes.

En su dictamen, introduce tres objeciones de orden procesal: 1) considera que la Fundación coactora no se encuentra legitimada para promover la demanda; 2) niega la existencia de una causa o caso judicial con sustento en la falta de afectación de un derecho particular o colectivo en concreto; y 3) refiere que –en tanto se pretende una declaración en abstracto de una norma- la acción de amparo no resulta el medio adecuado para dar curso al objeto perseguido, que presentaría las características propias de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

V. En cuanto a la aptitud de la Fundación Apolo Bases para el Cambio para presentarse en calidad de actora en el presente proceso e impulsar la causa, cabe señalar que de la lectura de los instrumentos públicos acompañados con el escrito no surge que entre su objeto y facultades se encuentre la de presentar demandas judiciales ni de intervenir en calidad de parte en los juicios tendientes a efectivizar la finalidad de la entidad, sino que –como lo señala el representante del Ministerio Público- meramente se ha previsto la posibilidad que participe en calidad de asesora, patrocinante o *amicus curiae* del tribunal. Ello así, coincido, en lo sustancial, con las apreciaciones vertidas por el Sr. Fiscal en su dictamen para sostener su falta de legitimación, a cuyos argumentos –por razones de brevedad- cabe remitirse, por lo que será desestimada su participación en autos.

A mayor abundamiento, y en refuerzo de la solución que aquí se adopta, cabe señalar que la primera escritura de constitución de la fundación contenía, en su artículo segundo, un campo de actuación más amplio que contemplaba la facultad de “*actuar administrativa y judicialmente ante organismos públicos y privados*” –sin limitaciones ni especificaciones- y dejaba sentado que “*las posibilidades enunciadas son meramente ejemplificativas y no limitan las formas de cumplimiento del objeto*”. Sin embargo, tales previsiones fueron luego modificadas por segunda escritura -de fecha 4/10/18- mediante la que se delimitó la participación de la entidad en causas judiciales al “*asesoramiento, patrocinio y/o presentación en calidad de amicus curiae*” sin que subsista la referencia a que la enumeración fuese meramente ejemplificativa, por lo que corresponde concluir que no lo es y que a tales actos se acota su marco de actuación. (cf. archivo “Estatuto Fundación Apolo”, adjunto a la actuación Nro.273080/2021). Por ende, cabe concluir que no se encuentra legitimada para intervenir en las presentes actuaciones en la calidad que pretenden sus apoderados y será excluida del proceso.

VI. La legitimación de José Lucas Magioncalda y Pablo A. Torres Barthe surge prístina de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad y no ha sido objeto de cuestionamiento en el dictamen de marras. Sin embargo, allí se niega la existencia de un caso o controversia judicial. El Sr. Fiscal propicia que se trata de un caso de control abstracto de constitucionalidad y no de un supuesto de caso concreto, por lo que –además- puntualiza que la acción debió hacer

encauzado a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos previstos por la ley 402.

Ello así, cabe efectuar las siguientes precisiones. De modo preliminar, cabe tener presente que la procedencia del amparo debe ser analizada con criterio no restrictivo y su rechazo *in limine* debe encontrarse reservado a aquellos casos en los que manifiestamente y de modo evidente la acción resulte inadmisibile, so riesgo de afectar la garantía de acceso a la tutela judicial efectiva.

Se trata, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, “*de un instituto destinado a otorgar garantía efectiva a derechos constitucionales, que no debe ser interpretado con carácter restrictivo*” (TSJCABA in re “*Spisso, Rodolfo R. C/ GCBA s/ amparo* (art. 14 CCABA)”, Expte. 1/10). Así se ha precisado que “*la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expedito y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo) [...] La ‘excepcionalidad’ del amparo 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 autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción*” (TSJCABA, voto de la Dra. Ruiz en “*Vera Miguel Ángel c/ GCBA s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad*”, Expte. 843/01 del 4 de mayo de 2001).

En igual sentido se ha expresado la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, al sostener que “*su admisibilidad debe ser apreciada con criterio amplio, más aún luego de su incorporación al art. 14, CCABA, que en su cuarto párrafo establece que ‘el procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad...’, circunstancia que pone en evidencia una clara intención del legislador constituyente de crear un remedio amplio, expedito y rápido, privilegiando la procedencia de la acción sobre su rechazo liminar*” (Sala I, in re “*Gerpe, Adriana Beatriz c/ GCBA s/ Amparo*”, Expte. EXP 49/00, entre otros).

Por su parte, la Sala II ha dicho también que “[l]a acción de amparo no es una acción típica sino genérica como remedio procesal contra acciones u omisiones que afecten un derecho o una garantía, en tanto no exista otra vía procesal más idónea. La idoneidad, en este contexto debe entenderse no por la especificidad de una acción alternativa sino por sus resultados posibles en relación con el fin perseguido por el amparo, esto es la rápida y eficaz solución al problema suscitado por el acto u omisión que lo genera. Esto quiere decir que el amparo no es un recurso excepcional sino tan normal como la existencia de casos que requieran su interposición. No puede, entonces hablarse de una interpretación restrictiva o amplia del instituto, corresponde hablar de una interpretación estricta en función de los

supuestos del artículo 14 de la CCABA: adviértase la paradoja de aplicar un criterio restrictivo cuando las violaciones fueran sistemáticas y masivas, lo que equivaldría a legitimar todas aquéllas que quedarán fuera del remedio. Por el contrario una interpretación amplia llevaría a considerar al amparo como el remedio idóneo por excelencia en desmedro de otras acciones procesales” (“Pujato, Martín Raúl c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP. 492, sentencia del 13 de marzo de 2001, entre otros).

Con tal contexto interpretativo, cabe señalar que los actores efectivamente alegan una lesión a sus derechos particulares, no pretenden una declaración de inconstitucionalidad basada en el mero control de la legalidad sino que aducen que la norma que impugnan ha recortado prerrogativas de tipo subjetivo –su derecho a participar en el proceso de selección de la autoridad de aplicación de la Ley de Integridad Pública (Ley 6357), sustitutiva de la Ley de Ética Pública-, y que tal afectación resulta inconstitucional. En síntesis, como se reseñara en el considerando I, postulan que la normativa resulta regresiva y violatoria de directivas de jerarquía constitucional y supranacional pues ya no se encontrarían –al igual que el resto de los/as abogados/as de la matrícula que cuentan con los requisitos previstos normativamente- en condiciones de participar para cubrir el cargo en igualdad de condiciones y mediante concurso público. Es decir, sostienen y reclaman una afectación directa y concreta a sus prerrogativas cívico-políticas, de control, de participación y de intervención en el proceso de selección de candidatos a ocupar el cargo público en cuestión.

Así, independientemente de lo que corresponda decidir al momento de dictar sentencia con respecto a si efectivamente les asiste el derecho que invocan o si se presenta la lesión denunciada, lo cierto es resulta procedente tener por acreditada *“la existencia de un interés ‘concreto’, ‘directo’ e ‘inmediato’ de su parte en obtener la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones” que cuestionan* (cf. CSJN *in re* “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional”, del 18/07/2013). Por tanto, corresponde –liminarmente- tener por configurado un caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

A ello cabe añadir que –al menos en este marco de análisis preliminar de la cuestión y sin perjuicio de lo que corresponda decidir al momento de dictar sentencia definitiva y luego de sustanciados los planteos de las partes- la acción meramente declarativa no se presentaría como un medio idóneo para dar curso a la pretensión de los amparistas.

A fin de sostener tal conclusión inicial, vale señalar las siguientes particularidades:

1) La acción promovida no pretende meramente la declaración de inconstitucionalidad de una norma en su faz abstracta sino también del Decreto 48/2021 que resulta ser un acto de ejecución de la ley. Este último, no se trata de una norma de carácter general sino de un acto destinado a concretar las directivas contenidas en la normativa cuya inconstitucionalidad se persigue como fundamento de la impugnación; tal circunstancia vedaría la viabilidad del cauce procesal sugerido por

el representante del Ministerio Público Fiscal (cf. art.17 de la ley 402; TSJCBA en los autos: “Massalin Particulares S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 31/99, sentencia del 5/5/1999; “Doy, Miguel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en expte. n° 52/99, sentencia del 20/4/2001, entre muchos otros);

2) Los actores solicitan el dictado de una medida cautelar que suspenda los efectos del Decreto 48/2021 y la convocatoria a audiencia pública allí efectuada. Sin embargo, conforme consistente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, la acción declarativa no admite el dictado de medidas precautorias en tanto –como se señaló- su único objeto es -sintéticamente- la pérdida de vigencia de una norma de carácter general, por lo que la petición de los amparistas no tendría adecuado marco de estudio en tal vía. En efecto, inveteradamente se ha señalado que “[l]a acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113 inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares, en tanto el carácter abstracto de la pretensión propio de dicha acción imposibilita tratar la existencia de un agravio concreto a cuyo respecto sea necesario una cautelar...” (TSJCABA in re Sánchez Uribe, Ana Elisa c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 14807/17, sentencia del 20/12/2017, del voto del juez Luis Francisco Lozano).

3) La existencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad no conlleva sin más ni automáticamente a la exclusión de la vía del amparo si se configuran las exigencias que tornen a la acción contemplada en el artículo 14 de la CCABA como una alternativa apta para la tramitación de un litigio colectivo. En tal orden, se ha señalado que si se presentan las condiciones para la tramitación por la vía del amparo colectivo, no cabe más que dar curso formal a la demanda. Remitirla al cauce de la acción declarativa resultaría “...*constraintiv[o] del derecho al acceso a la justicia y de garantizar recursos efectivos de tutela judicial porque invalida[ría] una vía que, guste o no, está destinada a ofrecer a todo/a habitante o persona jurídica defensora de derechos humanos un remedio expedito, rápido y gratuito contra actos de autoridad lesivos a derechos colectivos. No alcanza para deshacer este efecto, el argumento (...) respecto de la existencia de la ADI. (...) No hay razones constitucionales que avalen el criterio de esa exclusión; en la Constitución local la ADI y el amparo son instrumentos de protección legal que soportan su uso en paralelo siempre y cuando se corresponda con los presupuestos de su admisibilidad*” (TSJ, in re “Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expediente Nro.13918/16, del 10/11/2018, del voto de la Dra. Alicia Ruiz). En esa misma línea de análisis se especificó que la adopción de un criterio restrictivo no se condice con los lineamientos internacionales en tanto “*si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo*” (Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador párrafo 131).

Ello así, y de acuerdo con tales consideraciones, es posible afirmar -con el grado requerido en este estado provisional del proceso- que se encuentran reunidas las condiciones para dar curso a la acción de amparo colectivo intentada, la que se presenta como un medio judicial idóneo y apto, al tiempo que no se verifica de modo indubitado, evidente ni flagrante su improcedencia, único supuesto en el que procedería su rechazo *in limine*.

Por lo tanto, se advierte que -al menos en este estudio cautelar- los reparos opuestos por el representante del Ministerio Público no resultan suficientes, manifiestos, evidentes ni de una entidad tal que conlleven a desestimar *in limine* el amparo, afectando la garantía del derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, máxime frente a actos que -en principio- parecerían afectar derechos cívico-políticos a la participación en los órganos de control y de lucha contra la corrupción.

VII. Sentado lo anterior, corresponde verter algunas precisiones adicionales relacionadas con el proceso colectivo promovido.

Las características del instituto procesal han sido delineadas -mayoritariamente y en lo que aquí interesa- en el caso *Halabi*. Allí, La Corte Suprema de Justicia de la Nación clasificó tres tipos de derechos: (a) individuales, (b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Además, el máximo tribunal de la Nación La Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que para la procedencia para esta las acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos se precisa “*la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*” (C.S.J.N. *in re* "Halabi, Ernesto c. P.E.N.", del 24/02/2009).

En el caso, de acuerdo con los términos de la demanda y pretensiones formuladas, es posible identificar -en primer término- una clase afectada referida a intereses individuales homogéneos: a aquellas personas que -bajo el régimen de la ley 4895-, en principio, se encontraban en condiciones de ser aspirantes a concursar para el cargo de autoridad de controlar de la Ley de Ética Pública por reunir las condiciones allí enunciadas. Así, los accionantes dicen representar “*al colectivo de profesionales que se ven afectados por una reforma legislativa inconstitucional y anticonvencional, que les impide competir en condiciones de igualdad, transparencia y libre concurrencia por el cargo público mencionado*” y se persigue con respecto a tal clase “*el cese de la vulneración por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del derecho al acceso a los cargos públicos, en función de la idoneidad de las personas, y el cumplimiento de normas internacionales en materia de transparencia y*

anticorrupción que el GCBA elude, en clara vulneración de una de las más preciadas garantías para la vigencia de los DDHH de la ciudadanía porteña”.

Ahora bien, éste último aspecto –atinente a la materia en debate, plexo jurídico nacional e internacional involucrado y su finalidad: transparencia en la función pública, lucha contra la corrupción, idoneidad para el desempeño de cargos públicos y control a cargo de la ciudadanía- permite también tener presente y por acreditada la exigencia relativa a la existencia de un fuerte interés estatal en la protección de los derechos de la población y de las obligaciones a cargo de los órganos de gobierno, por su evidente trascendencia social e impacto institucional.

En definitiva, en tanto la acción implica el análisis sobre el alcance de normas de integridad pública, anticorrupción y transparencia a fin de corroborar si cumple con los estándares internacionales y las pautas constitucionales de aplicación en la materia, es clara también la configuración del aspecto colectivo del caso por involucrar un interés social general, incluso más allá del denunciado por los amparistas en su condición de integrantes de la clase de profesionales que se denuncia afectada.

Finalmente, es claro que el hecho generador común del daño se encuentra constituido por la modificación normativa contenida en la ley 6357 y en el dictado y promulgación del decreto 48/2021 que tiende a implementarla y ejecutarla en el ámbito del Poder Ejecutivo.

VIII. En este estado, corresponde ingresar en el análisis de la petición cautelar formulada en el escrito de inicio, consistente en que se disponga la suspensión de los efectos del Decreto 48/2021.

Cabe precisar que el artículo 15 de la ley 2145, establece: *“En la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva”*. Son requisitos necesarios para su otorgamiento *“la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela (...)”*.

Conforme lo establece el artículo 177 del CCAyT -de aplicación supletoria en virtud del artículo 28 de la Ley de Amparo- 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 (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario). Expresamente la norma dispone que *“[q]uien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la*

sentencia (2do. párr.)...aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)”

Con relación a las exigencias legales para el otorgamiento de la tutela precautoria cabe efectuar las siguientes consideraciones. Respecto del presupuesto de verosimilitud del derecho, el primero de los expresamente mencionados en el art. 15 de la Ley N° 2145, corresponde señalar que este recaudo es materia susceptible de grados, está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculado, y supone la manifestación de conductas tendientes a crear convicción en el juzgador sobre la plausibilidad jurídica del planteo (arts. 178, 2do. párr. y 180 del CCAyT).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosas oportunidades, ha dicho –con relación a ello- que no se exige de los magistrados un examen de certeza sino tan sólo de apariencia (Fallos: 130:5226, entre muchos otros). Es más, el juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar, que se desenvuelve en el plano de lo hipotético.

El segundo presupuesto contemplado en la Ley N° 2145 es el peligro en la demora, que consiste en la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Palacio Lino “Derecho Procesal Civil”, Tª IV-B, pág. 34 y ss.). El peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretenden evitar, pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319: 1277).

Finalmente, el último requisito enumerado en la Ley de Amparo (además de la contracautela), es la no frustración del interés público. En este sentido, y tratándose en el caso de la suspensión de los efectos de un acto administrativo, cabe ponderar que el artículo 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario exige que se efectúe un balance entre las consecuencias que se seguirían de acceder a la medida reclamada y las que derivarían de denegarla, teniendo en cuenta tanto el interés de las partes como el interés público que pueda resultar comprometido.

IX. A los efectos de determinar si se encuentran reunidos en el caso las exigencias legales para la procedencia de la tutelar peticionada, en lo que se vincula a la verosimilitud del derecho invocada, cabe relevar el marco normativo de aplicación.

El artículo 10 de la Constitución local, prescribe que en la Ciudad de Buenos Aires, “[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se

interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

En lo que atañe a instrumentos internacionales relativos a la materia involucrada en autos, es posible encontrar dos convenciones específicas vigentes en nuestro país.

La primera, la Convención Interamericana contra la Corrupción –entre cuyos fundamentos se encuentra **“la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción”**. En su artículo tercero, destinado a regular medidas preventivas, dispone: **“los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses...”** En el apartado 11 de la misma disposición se contempla la promoción de **“Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”**. (el destacado es propio).

La segunda es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Entre otras, su finalidad es la de **“promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”**.

El Artículo 5 referido a **“Políticas y prácticas de prevención de la corrupción”** prescribe que **“Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”** (el énfasis es agregado).

En lo que específicamente atañe a los órganos de control y prevención de la corrupción, la Convención de la ONU prescribe que se **“garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como: a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención”**. Asimismo dispone que se **“otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones”** (cf. art. 6)

En lo que atañe a la ocupación de cargos en el sector público, se establece que se **“procurará adoptar sistemas de convocatoria (...) de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) Estarán basados en principios de**

eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud” (cf. art.7). El último de los incisos del artículo citado estipula que se *“procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas”*.

De la transcripción efectuada, es posible colegir – *prima facie*, con la provisionalidad característica de este marco de estudio preliminar y sin perjuicio de lo que corresponda determinar al momento de dictar sentencia definitiva- que pesa sobre el Estado local el deber de **mantener y fortalecer** los sistemas adoptados tendientes a la lucha contra la corrupción que promuevan la participación de la ciudadanía, la transparencia, la independencia de los funcionarios y las medidas tendientes a evitar conflictos de intereses, así como los de adoptar o mantener y fortalecer mecanismos de convocatoria a los cargos públicos no electivos basados en la *“convocatoria”* y *en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud*.

Ello, en principio, implicaría que una norma local mediante la cual no se mantengan o refuercen tales directivas se encontraría reñida con la normativa internacional vigente y, por ende, debería ser considerada como contraria a derecho, por contradecir normas convencionales de jerarquía superior a las leyes (cf. art.10 de la CCABA y 31 de la Constitución Nacional).

X. Establecido el marco regulatorio constitucional y supranacional, cabe contrastar la normativa de carácter local.

Mediante la ley 6357 se sustituyó la ley 4895.

La norma anterior, Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, se encontraba destinada a *“regular obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que se aplican al ejercicio de la función pública”*. En su capítulo VI, establecía a la autoridad de aplicación de la norma (de manera individualizada para cada uno de los tres poderes del Estado local), y en lo que aquí interesa preveía que *“La modalidad de designación del o de los miembros será mediante concurso público de oposición y antecedentes.”*

La nueva pauta sancionada por el Poder Legislativo, denominada “Ley de Régimen de Integridad Pública” tiene por objeto *“establecer los principios y deberes éticos, las incompatibilidades, los mecanismos de gestión y prevención de conflictos de intereses y las respectivas sanciones por su incumplimiento que rigen la función pública”*.

En lo que aquí interesa, en tanto constituye materia de controversia, a los efectos de velar por el cumplimiento de las pautas legales, se estipula la creación de la Oficina de Integridad Pública en el ámbito de cada uno de los tres poderes (cf. Título VI, ley 6357). Su titular, cuyos requisitos para acceder al cargo se establecen, *“será designado/a por la máxima autoridad del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, según corresponda, mediante un procedimiento de selección público, abierto y transparente que garantice la idoneidad del/a candidato/a que deberá respetar las siguientes pautas: a) La máxima autoridad de cada Poder*

propondrá una (1) persona y publicará el nombre, apellido y los antecedentes curriculares de la misma en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires y en dos (2) diarios de circulación local, durante tres (3) días...” (cf. art. 71).

A todo evento, vale destacar que la disposición transitoria 5ta de la ley 6357 prevé que *“hasta tanto se constituya la Oficina de Integridad Pública de cada poder, las competencias serán ejercidas por la Autoridad de Aplicación establecida en el marco de la Ley 4895 en la órbita de cada poder”*. Tal directiva permite razonablemente asumir que existe continuidad entre los regímenes y entre la figura de la autoridad de aplicación de la ley 4895 y el Titular de la Oficina de Integridad Pública.

Finalmente, es relevante tener presente que mediante Decreto 48/2021, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resolvió *“Artículo 1º.- Propónese al señor Fernando Sánchez, DNI N° 23.273.884, CUIT N° 20-23273884-8 para el cargo de titular de la Oficina de Integridad Pública en los términos de la Ley N° 6.357”*. En consecuencia, también dispuso la convocatoria a *“audiencia pública temática prevista en el artículo 71 de la Ley 6.357, a desarrollarse bajo la modalidad virtual de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 bis de la Ley N° 6 (texto consolidado por Ley N° 6.347), para el día 11 de marzo de 2021 a partir de las 12:00 horas, con el fin de dar tratamiento a la candidatura propuesta para ocupar el cargo de titular de la Oficina de Integridad Pública en los términos de la Ley N° 6.357”*.

XI. De una primera aproximación al articulado de la ley 6357 se desprende que contemplaría un universo mayor de personas alcanzadas por las pautas de conducta allí fijadas y contendría un mayor número de disposiciones, obligaciones y deberes relativos a la función pública, todo lo cual –en principio- importaría un avance en materia de transparencia y de medidas tendientes a evitar la corrupción y los conflictos de intereses por quienes se desempeñan en la función pública conforme lo define la ley

Sin embargo, ello no obstaría a afirmar que, con respecto al cuestionamiento planteado por el frente actor, se verificaría –*prima facie*- que la norma anterior otorgaba a los amparistas –y al resto de los/as integrantes de la clase que representan- **el derecho de participar** en un proceso de selección de **convocatoria pública**, abierto a la ciudadanía, con criterios de evaluación objetivos y –por la dinámica propia del sistema de concursos- que tiende a la selección sobre la base del **mérito, la equidad y la aptitud**. Es decir, acorde a los principios y directivas contenidos en los instrumentos internacionales citados.

Ahora bien, la sustitución de dicho régimen de designación por el regulado ley 6357, privaría a los/as habitantes de la Ciudad de un mecanismo de tales características por uno de condiciones más laxas y subjetivas, lo que importaría *no haber mantenido ni reforzado* las pautas que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción prevé en sus artículos 5, 6 y 7 relativas a los aspectos aquí identificados.

Así, la eliminación de tal modelo de selección por concurso público y la consecuente implementación de un sistema de evidente y manifiesta mayor discrecionalidad y menor apertura, resultaría –en principio- un retroceso en la materia de estándares de transparencia, objetividad e independencia y prescinde de la convocatoria pública y de la utilización de criterios objetivos que contraría los Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y, por ende, -liminarmente- ilegítima.

Paralelamente, con el grado provisional característico del acotado marco de estudio y conocimiento que se configura en esta etapa del proceso y sin perjuicio de lo que corresponda decidir al momento de dictar sentencia definitiva- es dable tener presente que el retroceso señalado importaría también la afectación directa del derecho que los actores invocan.

A todo evento, y en función de lo señalado por el Sr. Fiscal interino en torno a la falta de lesión en los accionantes, cabe advertir que –contrariamente a lo señalado en el dictamen- no se trataría de un cercenamiento de su derecho a ser *elegidos* sino de la eliminación de su prerrogativa a participar en un proceso de selección de concurso público de oposición y antecedentes como medio de acceder al cargo en condiciones de igualdad, objetividad y transparencia.

En este punto cabe señalar que si bien la noción de prohibición de regresividad ha sido acuñada fundamentalmente en materia de derechos sociales, es dable trasladar tal concepto y andamiaje de análisis. En el caso, en principio, dado que la normativa internacional citada se refiere al mantenimiento o mejora de los sistemas institucionales destinados a combatir la corrupción parecería procedente sostener que no resultaría posible fijar estándares más bajos a los ya regulados.

Al explicar la noción de prohibición de regresividad, Christian Courtis señala que *“la prohibición de regresividad (o prohibición de retroceso, como también se la denomina) forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional doméstico, al menos en materia de derechos sociales, aunque su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo”*. Seguidamente indica: *“... la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (...) Al comparar una norma anterior con una posterior, el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado”* (Courtis, Christian –compilador- “Ni un paso atrás”, 1a ed., Ed. Del Puerto, 2006, pag.3 y ss, el destacado es propio).

Ello así, –en principio- es dable sostener que la selección escogida por la nueva ley no resultaría acorde con los lineamientos

estipulados en los instrumentos internacionales y resultaría regresiva en comparación con el sistema anterior pues con respecto al contraste relativo al modo en el que se prevé la cobertura del cargo: 1) no dependería de la participación de quienes se postulan sino de la voluntad de quien elige; 2) restringiría el universo de personas en condiciones de acceder a la designación; 3) sustituiría un proceso de selección basado en parámetros objetivos -que mensura saberes, antecedentes y aptitudes, destinado a propiciar la cobertura por parte de quien ostente o demuestre las mejores condiciones para la función- por un mecanismo subjetivo y discrecional; 4) supondría eliminar un proceso de selección en el que *–prima facie–* no tendrían intervención alguna los/as funcionarios sujetos al control por un método en el cual la designación del/la titular de la autoridad de contralor se encuentra a cargo directamente de la voluntad de quien debe ser controlado/a.

En efecto, cabe señalar que *–en principio–* el concurso público de antecedentes y oposición (contenido en la ley 4895) resultaría la mejor de las alternativas disponibles para asegurar tanto la idoneidad e independencia como la transparencia, para la cobertura de los cargos públicos en cuestión, al tiempo que propendería a evitar los conflictos de intereses en el desarrollo de la función, por lo que *–liminarmente–* es claro que el modelo propuesto en la nueva ley es pasible de ser calificado *–prima facie–* como un retroceso. Cabe tener presente que *–generalmente–* es conteste la jurisprudencia y doctrina que califican al concurso público como aquel que alcanza los mejores estándares para la finalidad en cuestión.

En tal orden, es oportuno destacar que *"la idoneidad, como condición constitucional para el acceso a la función pública, no puede surgir de ninguna presunción "iuris et de iure". Debe ser probada de conformidad con normas legales (Diez, ob. cit., T. III, pág. 370) (...) la más calificada doctrina desde siempre ha sostenido que el concurso es el procedimiento más corriente que se utiliza para conocer, entre varios aspirantes que poseen los requisitos exigidos para ocupar el cargo, aquellos que son más idóneos para el mismo. 'Mientras que en la empresa privada, para elegir aspirantes que deben desempeñar funciones... se tiene libertad de adoptar cualquier criterio y cualquier medio para su determinación , en los entes públicos debe recurrirse al sistema de concurso' (Diez, ob. cit., T. III, págs. 365/366. En igual sentido: Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", pág. 430)" (cf. Corte Suprema de Justicia de la Pvcia. De Santa Fe, Tomo 204, págs. 254/7, sentencia del 29/12/2004).*

XII. Sentado lo anterior, y en función de que la tutela peticionada tiene por objeto la suspensión del Decreto 48/2021, cabe señalar que encontrándose fundado en una norma que es pasible de ser calificada liminarmente como inconstitucional, en principio, el acto en cuestión carecería también de base legal válida, lo que bastaría para determinar su falta de adecuación jurídica.

Asimismo, en función de lo dictaminado por el Sr. Fiscal interino en el sentido de que el decreto no es inválido *per se* por constituir la mera ejecución de las disposiciones de la ley 6357, es dable efectuar un análisis adicional.

Si bien es cierto que –a diferencia de lo que estipulaba el artículo 23 de la ley 4895- el artículo 71 de la ley 6357 no exige la cobertura del cargo por concurso (y –en principio- en eso radicaría su inconstitucionalidad) nada obstaría a que –a fin de decidir su propuesta de designación y como método de selección- el Jefe de Gobierno convocara a un concurso público de oposición y antecedentes para luego designar a quien resulte ganador/a-. Es claro que tal curso de acción no le es ordenado pero tampoco se le encuentra vedado y le resulta facultativo. Desde tal óptica el Decreto 48/2021 no constituiría meramente un acto de ejecución sino una decisión en sí misma sobre el modo en que se interpreta el sistema jurídico local e internacional y se escogen los mecanismos para la cobertura de los cargos públicos, para el control eficaz de la corrupción y para a la promoción de la transparencia e independencia en el ejercicio de la función pública.

XIII. De conformidad con la reseña y análisis efectuados en los considerandos que anteceden, sin perjuicio de lo que corresponda determinar luego de sustanciada la totalidad de la causa al momento de dictar sentencia definitiva, cabe concluir –*prima facie*- que el artículo 71 de la ley 6357 y el Decreto 48/2021 resultarían contrarios a prescripciones contenidas en disposiciones internacionales, de jerarquía normativa superior y, por ende, inconstitucionales, lo que lleva a tener por configurado el requisito de verosimilitud en el derecho invocado por los accionantes.

A todo evento, cabe destacar que –por el momento- no resulta necesario expedirse en torno al acuse de inconstitucionalidad del artículo 62, en tanto no se verifica que el recorte de facultades que denuncian con relación a la autoridad de aplicación pudiese –en la actualidad- generar un agravio directo, ostensible, manifiesto e inminente a los derechos de los amparistas, por lo cual resultaría prematuro un pronunciamiento con respecto a tal disposición.

XIV. En cuanto al peligro en la demora, cabe tenerlo también por configurado frente a la evidente proximidad de la celebración de la audiencia pública convocada por el Decreto 48/2021, fijada para el 11 de marzo del corriente año.

En efecto, avanzar en el procedimiento de designación que –de modo preliminar - resultaría inconstitucional implicaría propender a un dispendio de recursos técnicos, económicos y de personal, sin que se verifique que la celebración de la audiencia pudiese acarrear mayores beneficios que su suspensión mientras dure la tramitación del proceso de amparo y recaiga sentencia definitiva.

XV. Con respecto a la ponderación del interés público comprometido -de acuerdo con a las conclusiones a las que se arribara de modo provisional y en este marco cautelar en los considerandos que anteceden-, la estipulación de estándares más bajos y de carácter más subjetivo para la elección del titular del organismo de contralor (en contraposición de parámetros de mayor objetividad, derivados de la selección por concurso) importaría –en principio- un retroceso en materia de calidad institucional, reduciría la participación ciudadana en el

control de la función pública y afectaría a la objetividad, transparencia e independencia en la integración de los órganos a cargo de la lucha contra la corrupción, de monitorear los actos y conductas personales de quienes se desempeñan en el estado local y de velar por el cumplimiento de las normas de integridad.

Ello así, ante la alternativa de convalidar o suspender cautelarmente la aplicación de una norma que –en principio- consagraría un retroceso en tales aspectos, es claro que la consideración del interés público comprometido impone adoptar el curso de acción que lleve a impedir el detrimento de los estándares consagrados previamente, lo que –en el caso- se traduce en suspender el procedimiento cuestionado hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

XVI. Por las consideraciones vertidas precedentemente, encontrándose acreditados la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora y habiéndose merituado el interés público, corresponde hacer lugar a la medida cautelar peticionada.

Finalmente, en atención a las características de la acción entablada y derechos involucrados, corresponde fijar como contracautela la caución juratoria, la que se tiene por prestada mediante la suscripción de la demanda y del escrito incorporado por actuación nro.309379/2021 del 5/3/2021.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

1) No admitir la intervención en autos de FUNDACIÓN APOLO BASES PARA EL CAMBIO por carecer de legitimación activa para promover demanda o participar en calidad de parte.

2) Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y, por ende, ordenar la suspensión de los efectos del Decreto 48/2021, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en las presentes actuaciones. En consecuencia, **ordénase la suspensión de la Audiencia Pública dispuesta en el Decreto 48/2021, convocada para el día 11 de marzo de 2021 a partir de las 12:00 horas**, con el fin de dar tratamiento a la candidatura propuesta para ocupar el cargo de titular de la Oficina de Integridad Pública en los términos de la Ley N° 6.357.

Notifíquese a los actores, al GCBA y al Sr. Fiscal interviniente por Secretaría y mediante el sistema EJE. Asimismo, líbrese oficio electrónico por Secretaría –con copia de lo aquí dispuesto- a las autoridades presidenciales de la Legislatura a las casillas de correo electrónico oficiales publicadas en la página institucional.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

iJudicial