

## Accion De Amparo Empleo Publico Ingreso A Planta Permanente Extranjero Declaracion De Inconstitucionalidad Discriminacion

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Empleo público. Ingreso a planta permanente.

Extranjero. Declaración de inconstitucionalidad. Discriminación Se declara la inconstitucionalidad del requisito de nacionalidad exigido en los artículos 3 -inciso e- de la ley 3487 y 5 -inciso a- de la ley 5035, en tanto impide al actor participar del procedimiento de ingreso a la planta permanente de la Administración Provincial por su condición de extranjero, al ser contrario al principio de igualdad y a la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre discriminación y razonabilidad.

VIEDMA, 5 de abril de 2016.- VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "F., M. S/ AMPARO? (Expte. 28376/16 -STJ-)?, puestas a despacho para resolver, y CONSIDERANDO: ANTECEDENTES DE LA CAUSA A fs. 9/12 el Sr. M. F. con el patrocinio letrado de los Dres. Luis Emilio Pravato y Pedro Casariego, interpone acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro -Comisión Ejecutiva Central (Decreto N° 1610/15, reglamentario de la Ley N° 5035)- a fin de obtener la autorización que le permita participar del procedimiento de ingreso a la planta permanente de la Administración Provincial conforme lo previsto en la mentada normativa, a pesar de su condición de extranjero. Asimismo solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts 3 inc. e) de la ley n° 3487 y 5 inc. a) de la ley n° 5035, por exigir la condición de ser argentino nativo, por opción o naturalizado para acceder el mentado proceso de pase a la planta permanente. Destaca la inminencia del vencimiento de los plazos fijados por la norma para poder participar del concurso, indicando así que la vía de excepción resulta la única expedita contra el derecho a trabajar y a percibir una remuneración, añadiendo el carácter alimentario que revisten los salarios. Alega que siendo de nacionalidad belga, en fecha 01-03-05 ingresó al país con carácter permanente constituyendo una familia con una ciudadana argentina con la cual tuvo dos hijos. Seguidamente expone que en fecha 01-03-13 comenzó a trabajar en la Lotería de la Provincia de Río Negro acompañando, a sus efectos, constancia de recibo de haberes del mes de enero del corriente año. Relata que inició los trámites para ingresar a planta permanente en la Lotería de la Provincia (cf. ley n° 5035) y que funcionarios del IPAP y de la Comisión Ejecutiva Central, verbalmente le informaron que su postulación iba a ser rechazada quedando excluido del proceso por no revestir la condición de ciudadano argentino nativo por opción o naturalizado. En virtud de ello sostiene que en fecha 24-02-16 presentó notas a las autoridades mencionadas intimando por el plazo de 48 hs a ratificar o rectificar la decisión bajo apercibimiento de interponer la acción que aquí intenta. Alega que la Titular de la Comisión mencionada mediante nota le solicitó que acredite el requisito de naturalización. Finalmente, respeto del agotamiento de la vía afirma que reviste un ritualismo inútil en atención a la gravedad de la discriminación y la perentoriedad de los plazos. A fs. 53/54 vta. la apoderada de la Fiscalía de Estado Dra. María Valeria Coronel, al contestar el informe requerido, solicita el rechazo de la acción ante la ausencia de negativa expresa de la administración y la falta de agotamiento de la vía administrativa. Señala que no hay acto administrativo alguno contra el cual impetrar los recursos pertinentes. Afirma que la inscripción del amparista fue admitida, tal como surge de la constancia acompañada por el propio interesado. Adjunta el cronograma del pase a planta y manifiesta que al momento de la presentación del mentado informe, la Secretaría de la Función Pública se encontraba abocada a la confección de los listados definitivos de los postulantes para su remisión a la Comisión Ejecutiva Central. Por último, en cuanto a la tacha de inconstitucionalidad sostiene que la misma no corresponde al ámbito restringido del amparo y añade que en el caso la declaración peticionada sería en abstracto pues la cuestión ni siquiera tiene dictamen negativo por parte de la administración. DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL A fs. 174/177 vta. la Sra. Procuradora General, Dra. Silvia Baquero Lazcano, en atención a las particularidades de la situación planteada, especialmente teniendo en cuenta las fechas indicadas en el cronograma agregado a fs 51, dictamina que se debe hacer lugar a la acción intentada destinada a que se permita al amparista participar del procedimiento de ingreso a planta permanente previsto en la ley n° 5035. Señala que del Anexo Único del Decreto n° 1610 -reglamentario de la ley n° 5035- que adjunta la Fiscalía de Estado y de las expresiones de la apoderada legal surge que el trámite administrativo se encuentra en la Secretaría de la Función Pública, en la instancia de confección del listado definitivo de postulantes, para su posterior remisión a la Comisión Ejecutiva Central conforme lo dispuesto en el Art. 10 del Anexo II. Considera que las circunstancias apuntadas otorgan el fundamento suficiente para declarar la procedencia de la acción de amparo atento que -a su criterio- en virtud de la inminente resolución sobre el listado definitivo indicado (punto 14) la presente resulta la única vía idónea para salvaguardar los derechos del amparista. Menciona que no debe soslayarse que en el ámbito administrativo, ante la petición formulada por parte del amparista sobre la necesidad de contar con una respuesta escrita referida a la supuesta decisión de excluirlo del proceso dada su condición de extranjero, la Presidente de la Comisión Ejecutiva Central ley n° 5035 en respuesta a ello solicitó, en forma previa, la

acreditación de nacionalización previsto en la normativa aplicable al caso. Teniendo a la vista la fotocopia certificada del documento nacional de identidad (fs 01) advierte que de ella surge que el amparista reviste nacionalidad belga, que ha ingresando al país en carácter permanente el 01-09-05, siendo la fecha de radicación el 10-04-08. Destaca que el amparista si bien nacido en Bélgica, acredita que optó por radicarse en la Argentina, en la Provincia de Río Negro y que se encuentra desarrollando desde el año 2013 su actividad laboral en la Lotería de la Provincia, Asimismo señala que ha constituido una familia con una ciudadana argentina con quien tuvo dos hijos que han nacido, viven, se educan y desarrollan sus actividades en el país. A partir de lo expuesto entiende que el amparista efectivamente ha constituido su centro de vida en la Nación Argentina. Afirma que en el caso en estudio existen constancias suficientes que dan cuenta que el Sr. F. reside en la Argentina en forma permanente desde el año 2008 siendo ello suficiente para demostrar el arraigo que el requisito de la nacionalidad pretende garantizar. Añade que desde su punto de vista, pareciera que el desempeño del amparista en la Lotería de la Provincia no se vincula a funciones esenciales del Estado, en las cuales eventualmente el requisito exigido por la norma puede postularse como conditio sine qua non. Menciona que conforme los principios constitucionales, los tratados incorporados a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, de modo alguno el requisito de la nacionalidad, en el caso concreto, puede restringir y/o impedir al amparista su derecho a participar en el procedimiento de ingreso a la planta permanente de la Administración Provincial. Por último, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la norma opina que debe ser rechazado, atento el acotado margen de prueba y debate que reviste el proceso de amparo y no estar dadas en autos las condiciones necesarias para avanzar en un análisis respecto de la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

**ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO** Ingresando al análisis de la acción intentada, en primer término corresponde señalar que el amparo, en cualquiera de sus formas, es una acción sumarísima de contralor constitucional por la cual se remueve el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho constitucional, en un M. de urgencia, gravedad e inexistencia de otra vía apta suficiente - en eficacia y tiempo - para arribar a ese resultado imperiosamente necesario para el afectado (STJRNS4 Se. 155/14 ?SIERRA?). Precisamente, en el caso de autos se advierte que los actos que restringen los derechos invocados por el amparista se presentan de modo manifiesto, claro y evidente, portadores de una gravedad tal que no admite dilación alguna. En virtud de ello estimo que la presente acción es la idónea para resolver la cuestión suscitada y adelanto que corresponderá hacer lugar a la misma, declarándose la inconstitucionalidad del requisito de nacionalidad exigido en los artículos 3 inc e) de la ley n° 3487 y 5 inc. a de la ley n° 5035, por remisión al mismo inciso. Como bien destaca la Sra Procuradora General, no debe soslayarse que en el ámbito administrativo, ante la petición formulada por parte del amparista sobre la necesidad de contar con una respuesta escrita referida a la supuesta decisión de excluirlo del proceso dada su condición de extranjero, la Presidente de la Comisión Ejecutiva Central ley n° 5035 en respuesta a ello solicitó, en forma previa, la acreditación de nacionalización previsto en la normativa aplicable al caso. En virtud de ello y como medida para mejor proveer a fs 178 se requirió a la Presidenta de la Comisión Ejecutiva Central ley n° 5035 informe si se ha expedido respecto del reclamo del señor M. F.. A fs. 182, la Secretaria de la Función Pública, I. T. expresa que ?el reclamo presentado por el agente no sido objeto de dictamen individual a la fecha?. Repárase que el derecho a la no discriminación deriva en la aplicación del control de constitucionalidad (y de convencionalidad) en su mayor grado de intensidad, lo cual supone que se presume la inconstitucionalidad de los actos u omisiones lesivos y que el sujeto generador de la distinción tiene que demostrar que no existe una situación discriminatoria (Cf. Andrés Gil Domínguez, en su trabajo: ?Derecho a la no discriminación y control de constitucionalidad? (LA LEY 2009-C, 914, STJRNS4 Se. 129/11 ?ROIG?). En el caso de autos la discriminación fundada en la nacionalidad del amparista (belga) como requisito previo para participar del concurso de ingreso a planta permanente conforme el procedimiento previsto en la ley n° 5035 resulta arbitraria por ser contraria a los preceptos constitucionales, máxime cuando no se ha brindado ninguna razón de trascendencia que justifique dicho requerimiento. Este Superior Tribunal de Justicia en las actuaciones ?PEÑA RIVERA? (STJRNS4 Se. 8/11) tuvo en consideración el criterio rector jurisprudencial expresado por la CSJN en ?Repetto, Inés María c/Provincia de Bs. Aires? (Fallos 311:2272) y ?Calvo y Pesini c/Provincia de Córdoba? (Fallos 321:194), casos en que el Tribunal Nacional estableció que las circunstancias o categorías: extranjero o mujer, en principio nunca constituyen categorías razonables de modo que superen el test de constitucionalidad que se desprende del art. 16 de la Constitución Nacional, para establecer cuáles distinciones pueden ser realizadas por el Estado, sin violar el principio de igualdad ante la ley. Frente a la cláusula que discrimina entre extranjeros y nacionales para participar del procedimiento de ingreso a planta permanente, aquí impugnadas, es dable señalar que ante una norma discriminatoria respecto a un derecho consagrado expresamente por la Constitución, el poder público que la dicta, para que sea reconocida su legitimidad, debe acreditar que la misma es necesaria para alcanzar el fin perseguido, por lo cual no resultará suficiente para establecer la razonabilidad de la norma que exista una mínima adecuación de la ley con el fin que se propone obtener sino además deberá probarse "la finalidad fundamental de orden público y la no existencia de otra alternativa menos restricta de los derechos que la reglamentación restringe así como que el daño provocado por la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria" (Conf. Dictamen de la Procuración

General en causa ?ROIG?, antes citada). Expuesto lo anterior, corresponde tener presente los antecedentes "Hooft" (327:5118); "Gottschau" (329:2986) y "Mantecón Valdez" (331:1715) de la C.S.J.N y de este Superior Tribunal de Justicia, Secretaría N° 4, Se. 08/11 ?PEÑA RIVERA?, Se. 129/11 ?ROIG? y 104/15 "SOTO VILLASMIL?", en los cuales se ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que exigían la nacionalidad argentina como requisito para acceder a diversos cargos. En tal sentido, los argumentos de la apoderada de la Fiscalía de Estado relativos a la necesidad del agotamiento previo de la vía administrativa para el tratamiento del asunto puesto a consideración por el amparista, si bien responden al principio general por el cual la existencia de una vía administrativa impide la admisibilidad del amparo, lo cierto es que en el caso particular de autos, donde se configura una discriminación, tal situación afecta principios receptados por normativa de jerarquía constitucional (arts. 2º, 14º y 18º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1º, 2º, 7º, y 23º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, arts. 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conf. Arts. 14º, 14º bis, 16º, 20º, 31º y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y arts. 32º, 39º, 40º y cctes. de la Constitución Provincial (cf. STJRNS4 Se. 104/15 "SOTO VILLASMIL?)) En dicho contexto corresponde reiterar que este Cuerpo en el precedente ?SOTO VILLASMIL? sostuvo que si bien estamos ante la existencia de un proce so administrativo en trámite cabe resolver el planteo de discriminación atento lo normado en el art. 43 de la Constitución Nacional, al prever que: ?Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación (...) El amparo del ?derecho a la igualdad? no encuentra desmedro ante normativa que contemple en forma distinta situaciones que consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupos de personas (Cf. STJRNS4, Se. 58/02, "GATICA"; Se. 104/15 "SOTO VILLASMIL). Por todo lo expuesto, se advierte que la discriminación expuesta en el caso de autos no luce razonable y por ello corresponderá hacer lugar a la acción incoada a fs. 9/12. DECISORIO Por los fundamentos esgrimidos, corresponderá hacer lugar la acción intentada y declarar -para el caso particular de autos- la inconstitucionalidad del requisito de nacionalidad exigido en los artículos 3 inc e) de la ley n° 3487 y 5 inc. a) de la ley n° 5035, en cuanto remite a ese inciso, permitiendo al amparista participar del procedimiento de ingreso a la planta permanente previsto por la ley n° 5053. Con costas (art.68 Cód. Proc. Civ. y Com.). Por ello, EL SEÑOR JUEZ DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DR. ENRIQUE J. MANSILLA RESUELVE: Primero: Hacer lugar la acción intentada y declarar -para el caso particular de autos- la inconstitucionalidad del requisito de nacionalidad exigido en los artículos 3 inc e) de la ley n° 3487 y 5 inc a) de la ley n° 5035, en cuanto remite a ese inciso, permitiendo al amparista participar del procedimiento de ingreso a la planta permanente previsto por la ley n° 5053. Con costas (art.68 Cód. Proc. Civ. y Com.). Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen. Juez Firmante:-MANSILLA - ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA - SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA Correlaciones: Ley 5035 - BO: 11/06/2015 007140E