

Universidad Nacional de la Matanza

Escuela de Posgrado

Especialización en Derecho Administrativo (Resolución CONEAU 1088/11)

Trabajo Final Integrador

REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA EL INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

NACIONALIDAD ARGENTINA E INEXISTENCIA DE PROCESO
PENAL PENDIENTE: ¿DOS CONDICIONES
INCONSTITUCIONALES?

Alumno: Giselle Soledad Couronne (T° 107 F° 433)

Director del Trabajo: Nora Vignolo

Noviembre de 2016

INTRODUCCIÓN

Cuando decidí comenzar la carrera de abogacía lo hice atraída por el Derecho Penal, pero una vez iniciada me fui poco a poco enamorando del universo jurídico en sus diferentes ramas. Sin embargo, el Derecho Administrativo fue la disciplina que menos logró captar mi interés. Lo percibía como algo completamente diferente al resto de las ramas del Derecho. Me resultaba difícil comprender la existencia de todo un procedimiento reglado previo a la instancia judicial, con reclamos llamados “recursos” y resueltos por la misma Administración, la que a su vez paradójicamente, es parte en el reclamo. No comprendía en ese entonces la necesidad de por ejemplo una investigación anterior a la que se despliega en el proceso judicial propiamente dicho, llamado “sumario”. Me preguntaba por qué ello no existía también en el ámbito privado.

Cuando ingresé en la Administración Pública, y en consecuencia en el universo del Derecho Administrativo, comencé a formar parte de ese procedimiento que me resultaba tan ajeno y complicado, y no sólo comprendí el porqué de sus particularidades, sino también la necesidad de éstas.

El empleo público, como parte del Derecho Administrativo, tiene características que lo hacen especialmente interesante: hablamos de derechos y obligaciones laborales regulados de una forma especial, distinta, pues una de las partes en esa relación de empleo, el empleador, no es una persona privada, sino el mismo Estado, con todo lo que ello implica, y el trabajador un funcionario público.

Esto hace por ejemplo que para el ingreso a la Administración Pública se deba cumplir con determinadas exigencias no previstas en el ámbito de una relación de empleo privado: quien comienza a formar parte del Estado debe saber que comenzará a prestar servicios para un ente cuyo fin último es el “bien público”, ese interés general del que a menudo escuchamos hablar. En razón a esto es que resulta entendible que al momento de establecer las exigencias para el ingreso a la Administración, el legislador haya tenido en cuenta requisitos tales como “condiciones de buena conducta” e “idoneidad”.

No obstante ello, alguno de estos requisitos e impedimentos han sido cuestionados doctrinaria y jurisprudencialmente, en especial el que hace referencia a la nacionalidad argentina.

Como empleada pública del Estado Nacional, y cumpliendo funciones dentro de una Oficina de Recursos Humanos, me he interesado por el análisis de estos requisitos, y en especial de aquellos dos

cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, para el caso del que exige la nacionalidad argentina, o podría serlo, en el caso del impedimento que rige para aquél que posee un proceso penal pendiente.

Me he preguntado en reiteradas oportunidades si éste último impedimento no afecta una garantía pilar del Derecho Penal: “el principio de inocencia”, consagrado en nuestra Constitución Nacional. Y considero de relevante importancia llevar a cabo un análisis que nos permita dilucidar esta problemática, porque en un Estado de Derecho no debemos permitirnos aplicar sin más normas que podrían atentar contra garantías tan fundamentales. Es deber nuestro velar por leyes respetuosas de nuestra Constitución.

El propósito de este trabajo será entonces hacer un relevamiento de normas, jurisprudencia y doctrina en materia de requisitos e impedimentos para el ingreso a la Administración Pública Nacional, haciendo principal hincapié en el requisito de la nacionalidad argentina y en el impedimento del proceso penal pendiente, respecto de los cuales se analizará la constitucionalidad.

Al estudiar el referido impedimento estaríamos adelantándonos al análisis de un requisito que en algún momento, por qué no, podría ser cuestionado por aquella persona que intenta ingresar a la Administración Pública pero que en principio se encontraría impedida por estar procesada, aunque para el Derecho sea aún inocente. Quizás este trabajo pueda servir de guía para aquél que deba evaluar si el aspirante a un determinado cargo público reúne los requisitos que la ley exige.

Fernando García Pullés, en su obra “Régimen de Empleo Público”, al explicar por qué ha decidido escribir sobre éste, señala que emprendió el tema como una aventura, “porque es un tema menos comercial, porque es la cenicienta del derecho administrativo, porque es un riesgo dado el aquelarre normativo, porque hace rato que es un tema de los laboristas, porque sólo alguna interpretación de la abogacía libre pone un tesoro en otros lares, porque la jurisprudencia es escasa y limitada en los temas, porque la doctrina ha postergado su tratamiento, por todo aquello que la Administración, los agentes, los gremios y la sociedad piensa de sus respectivas posiciones en este ámbito”.¹

Quizás un poco de todo esto ha tenido que ver también la elección del tema de este trabajo.

¹ García Pullés, Fernando. “Régimen de Empleo Público”. Prefacio.

CAPÍTULO I

El ingreso a la Administración Pública Nacional

1. Antecedentes legislativos

Hasta el año 1980 las condiciones para el ingreso a la Administración Pública Nacional eran reguladas por el Decreto Ley N° 6666/57 que aprobó el Estatuto para el personal civil de la Administración Pública Nacional. Al igual que las normas que regularon la Función Pública con posterioridad, se establecían en ésta en disposiciones separadas los requisitos “positivos” y “negativos” con los que se pretendía circunscribir la noción de “idoneidad”. Para García Pullés los requisitos propiamente dichos, entendidos como “requisitos positivos” constituirían condiciones generales de acreditación necesaria y previa por parte del postulante, mientras que los impedimentos, en tanto “requisitos negativos” parecerían en cambio, no alcanzados por una estricta obligación probatoria (impertinencia de la prueba del hecho negativo), aunque su ocultamiento justifica la sanción de nulidad de la designación que dispone el artículo 6° de la Ley Marco. En la práctica estos impedimentos son hoy acreditados mediante una Declaración Jurada que debe firmar el ingresante a los fines de dejar sentado que no se encuentra incurso en ninguno de ellos.

El Decreto Ley N° 6666/57 fue derogado por el Decreto Ley 22.140 del 13 de Enero de 1980, que estableció el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública.

El mismo regulaba en su Capítulo III, artículo 7° las condiciones para el ingreso y en su artículo 8° los impedimentos. Así, disponía que el ingreso a la Administración Pública Nacional se hiciera previa acreditación de las siguientes condiciones:

- a) Idoneidad para la función o cargo mediante los regímenes de selección que se establezcan
- b) Condiciones morales y de conducta
- c) Aptitud psico-física para la función o cargo
- d) Ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía. Las excepciones a cualquiera de estos requisitos deberán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en cada caso.

Mientras que en lo referente a los impedimentos señalaba que no podía ingresar:

- a) El que hubiera sido condenado por delito doloso. Sin embargo, el poder ejecutivo

Nacional podía autorizar su ingreso, si en virtud de la naturaleza de los hechos, las circunstancias en que se cometieron, o por el tiempo transcurrido, juzgaba que ello no obstaba al requisito de las condiciones morales y de conducta.

- b) El condenado por delito cometido en perjuicio de o contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.
- c) El fallido o concursado civilmente no casuales, hasta que obtuvieren su rehabilitación.
- d) El que tuviera proceso penal pendiente que pudiera dar lugar a condena por alguno de los delitos enunciados en los incisos a) y b).
- e) El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos.
- f) El sancionado con exoneración en el ámbito Nacional, Provincial o Municipal mientras no fuera rehabilitado, y el sancionado con cesantía conforme con lo que determinara la reglamentación.
- g) El que integrara o hubiera integrado en el país o en el extranjero grupos o entidades que por su doctrina o acción hubieran abogado, hecho pública exteriorización o llevado a la práctica, el empleo ilegal de la fuerza o la negociación de los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional y, en general quien realizare o hubiera realizado actividades de tal naturaleza, en el país o en el extranjero.
- h) El que se encontrara en infracción a las leyes electorales o del servicio militar.
- i) El deudor moroso del fisco en los términos de la Ley de Contabilidad, mientras se encontrara en esa situación.
- j) El que tuviera más de sesenta (60) años de edad, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, quienes sólo podrían incorporarse como personal no permanente.

Este Régimen tuvo vigencia hasta el año 1999, momento en que se sancionó la Ley 25.164, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional.

2. Regulación actual

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, su Decreto Reglamentario N° 1421/2002 y el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional,

homologado por el Decreto N° 214/2006, son las normas que actualmente disponen los requisitos e impedimentos para el ingreso a la Administración Pública Nacional.

Sancionada el 15 de septiembre de 1999, y promulgada de hecho el 06 de Octubre de ese año, vino a compatibilizar mediante distintos elementos, el ordenamiento legal que ha de regir al empleado público con la Ley 24.185, referente a la negociación colectiva en el ámbito de la administración Pública Nacional. Ello es así en tanto la anterior, dictada por un gobierno de facto, establecía un procedimiento autoritario respecto de la relación de empleo público, colisionando en forma clara y concreta con la Ley 24.185. No hacía referencia a la importancia de incentivar, estimular o promover la negociación colectiva, tal como lo disponen los Convenios números 151 y 154 de la Oficina Internacional del Trabajo, sino que por el contrario contenía disposiciones que claramente la limitaban, como las que establecían expresa y taxativamente los derechos y obligaciones de los empleados, poniendo en manos del Estado el dictado de las normas que implementarían el funcionamiento del sector y la forma de llevar a cabo las funciones y tareas de los agentes.

Fue éste el panorama existente hasta la sanción de la Ley 25.164. Estas excesivas prerrogativas a favor del estado fueron las que generaron resistencias en los gremios del Sector Público Nacional, llevando a que se realicen diversas consultas para que cada uno de ellos emitiera su opinión. Es así que luego de un año y medio de gestiones y tratativas (la iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó a la Cámara de Diputados de la Nación con fecha 11 de Marzo de 1997, promulgándose recién el 06 de octubre de 1999) se arribó a un proyecto consensuado entre ATE y UPCN.

La Ley 25.164, si bien en líneas generales mantuvo los requisitos e impedimentos de la Ley 22.140, introdujo algunas modificaciones.

Reguló los requisitos para el ingreso en el artículo 4° de su capítulo II, y al igual que la ley anterior dispuso que la acreditación de estos requisitos debe darse con carácter previo al ingreso a la Administración.

En su inciso a) establece el requisito de la nacionalidad argentina: dispone que quien aspire a ingresar a la Administración Pública debe ser argentino nativo, por opción o naturalizado. No estableciendo sin embargo, a diferencia de lo que disponía la Ley 22.140 un mínimo de ejercicio de ciudadanía para el caso de los argentinos naturalizados, aunque sí mantiene la posibilidad de una excepción dada por el poder Ejecutivo. La forma en que debe solicitarse esta excepción se ha establecido en el artículo 4° del Decreto 1421/2002:

- “I) Debe ser solicitada por la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo descentralizado.
- II) La presentación deberá efectuarse con carácter previo a la designación. Con relación al personal amparado por el régimen de estabilidad, dicho trámite deberá iniciarse en oportunidad de la finalización del proceso de evaluación de méritos y antecedentes de los postulantes y del cual pudiera resultar seleccionado el interesado.
- III) Deberán adjuntarse las constancias de acreditación de los demás requisitos exigidos por el presente artículo y aquéllas que acrediten que el postulante no se encuentra incurso en los impedimentos del artículo 5° del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente”.

Finalmente, en los incisos b) y c) se exige como lo hacía la ley anterior condiciones de conducta e idoneidad para el cargo y aptitud psicofísica, siendo también el mencionado Decreto el que establece los casos en los que se considerará que el aspirante a ingresar a la Administración pública no cumple con el requisito de buena conducta.

En lo que respecta a los impedimentos para el ingreso, la Ley Marco dispuso en su artículo 5° que se encontrarán impedidos para desempeñarse dentro de la Administración las siguientes personas:

- a) El que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena.
- b) El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública nacional, Provincial o Municipal.
- c) El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b).
- d) El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos.
- e) El sancionado con exoneración o cesantía en la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, mientras no sea rehabilitado conforme lo previsto en los artículos 32 y 33 de la Ley.
- f) El que tenga la edad prevista en la Ley previsional para acceder al beneficio de la jubilación o el que gozare de un beneficio previsional, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad.
- g) El que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar, en el supuesto del artículo 19 de la Ley 24.429.

- h) El deudor moroso del Fisco Nacional mientras se encuentre en esa situación.
- i) Lo que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena.

Como se puede observar, también se ha mantenido en líneas generales lo que la ley 22.140 establecía en materia de impedimentos, con sólo algunas modificaciones, como por ejemplo en relación al inciso a), en el que se suprime la posibilidad de una excepción dada por el Poder Ejecutivo.

Proponemos realizar seguidamente una breve descripción de cada uno de los requisitos e impedimentos que la Ley 25.164 dispuso para el ingreso a la Administración Pública Nacional, a fin de conocer el contenido de éstos conforme la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han realizado, dejando para el final de este trabajo los dos puntos más controvertidos de la temática, los que serán analizados más exhaustivamente.

CAPÍTULO II

Requisitos para el ingreso. Desarrollo

1. Buena Conducta e Idoneidad

Como señalábamos, este requisito es exigido por el inciso b) del artículo 4° de la Ley de Empleo Público. Dispone éste: “condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que se acreditará mediante los regímenes de selección que se establezcan asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública. El convenio colectivo de trabajo, deberá prever los mecanismos de participación y de control de las asociaciones sindicales en el cumplimiento de los criterios de selección y evaluación a fin de garantizar la efectiva igualdad de oportunidades”

Asimismo, el Decreto 1421/2002 reglamentó este requisito estableciendo aquellos supuestos en los que se considerará ausencia de buena conducta. Al respecto, dispuso el artículo 4°: “...sin perjuicio del sistema de acreditación de las condiciones de conducta que establecerá el señor Jefe de Gabinete de

Ministros, o en su caso la autoridad de aplicación según el artículo 2º, deberá considerarse como causales que impiden la acreditación de dicho requisito, las siguientes:

I-Cuando el ex agente hubiera renunciado en los términos del segundo párrafo del artículo 22 del Anexo a la Ley que se reglamenta por el presente y que como resultado del sumario instruido, de haber continuado en servicio, le hubiera correspondido la aplicación de una sanción expulsiva.²

II-Cuando el ex agente hubiera violado los períodos de carencia previstos en el artículo 24 de la presente reglamentación o en las otras vigentes respecto de las prohibiciones establecidas en el artículo 24 del anexo a la Ley que se reglamenta por el presente...³

² Art. 22 ley 25.164, segundo párrafo: "...La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial..."

³ Art. 24. Decreto N° 1421/2002: "Hasta tanto se aprueben los respectivos convenios sectoriales, mantienen vigencia las prohibiciones que se desprenden de la naturaleza propia de las funciones incluidas en los ámbitos sectoriales y que hubieran estado previstas en los correspondientes estatutos o en otras normas específicas.

Sin perjuicio de las previsiones pertinentes de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188 y su modificatorio y reglamentación, y el Código de Ética aprobado por Decreto N° 41 del 27 de enero de 1999, el personal queda sujeto a las determinaciones establecidas según el presente.

a) Esta prohibición se extenderá hasta después de UN (1) año de su egreso.

b) Cuando el cargo desempeñado por el agente tenga competencia funcional directa con las situaciones mencionadas en el inciso que se reglamenta por el presente, éste deberá abstenerse de tomar intervención durante su gestión en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o que tenga participación societaria, en virtud de lo establecido por la Ley N° 25.188 y su modificatorio.

c) Resulta de aplicación el período de carencia de TRES (3) años. El agente deberá abstenerse de tomar intervención en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado.

d) Rige el período de carencia de TRES (3) años previsto por la citada Ley N° 25.188 y su modificatorio, con el alcance mencionado en el inciso b) del presente..."

Art. 24 Ley 25.164: "... El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo:

a) Patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones.

b) Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicio remunerados o no, personas de existencia visible o jurídica que gestionen o exploten concesiones o privilegios de administración en el orden nacional, provincial municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas..."

Las “condiciones de conducta” hacen referencia a la llamada “aptitud ética” que debe tener el funcionario público. Es la trayectoria, respeto y reconocimiento social que el postulante ha logrado mantener en su vida, y que lo califica como persona ética o moral. En razón a ello, no estarán dentro de esta calificación las personas con antecedentes desfavorables en su vida social, ya sean administrativos o judiciales.

Si bien el establecimiento del sistema de acreditación de estas condiciones o requisitos de conducta correspondería al Jefe de Gabinete de Ministros o bien a la Secretaría de Empleo Público del Ministerio de Modernización, al no haberse aún reglamentado, en la actualidad se sigue utilizando (en muchos casos por remisión) lo dispuesto en materia de contratos por la Circulares 1/1995 SL y T y la Aclaratoria 4/2002. Así, según establece el artículo 6° del Decreto 601 del 11/04/2002 “los proyectos de decreto que propicien designaciones, contrataciones que no impliquen renovación o prórroga y reincorporación de personal en el ámbito de la Administración Pública Nacional deberán ser acompañados por la documentación detallada en la circular del Secretario Legal y Técnico 4/2002. La mencionada circular requiere como documentación a presentar: fotocopia del DNI, LC o LE de la persona cuya designación se propone; fotocopia autenticada del título universitario u otro que posea el interesado; currículum vitae firmado por el causante con el detalle de los últimos cargos desempeñados y los que actualmente ejerce; declaración jurada conforme circular 1/1995 SL y T y Ley 25.188-Dec. 85/2002 (incompatibilidades y conflictos de intereses), certificación por parte de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que avale que el interesado no está comprendido en los alcances del Decreto 1019/2000 (prohibición de reingreso para el personal acogido al sistema de retiro voluntario, conforme decisión administrativa 5/2000) y certificación de antecedentes penales expedido por la Dirección del registro Nacional de reincidencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Por otra parte, el último párrafo de este inciso faculta al Jefe de Gabinete de Ministros para habilitar al postulante en principio impedido, cuando los antecedentes del caso y el tiempo transcurrido lo ameriten y exista un dictamen favorable de la autoridad de aplicación.

Es importante señalar que el artículo 4° de la Ley Marco que establece este requisito que nos encontramos analizando ha suprimido el concepto de “condiciones morales” al que hacía referencia el artículo 7° del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, aprobado por la mencionada Ley 22.140. Podríamos decir que ha sido ésta una modificación acertada, ya que no se refería expresamente

a “condiciones éticas”, como hubiere correspondido, sino más bien a aspectos vinculados a la esfera íntima de la persona, lo cual se encuentra vedado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, al señalar que “...las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”

En lo que respecta a la “idoneidad”, dicho precepto es reconocido en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional desde el texto originario de 1853. Éste dispone, como una de las aplicaciones del principio de igualdad, que “todos los habitantes de la Nación serán admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya había señalado en su artículo 4º que la ley debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”. Ello se dispuso en contraposición a lo que sucedía en el Antiguo Régimen donde, en palabras del Dr. Eugenio Palazzo, la función pública era un privilegio de la nobleza o se concedía por precio, lo que ocasionó que llegara a ser un recurso fiscal habitual.⁴ Como señala el citado autor, la ley puede establecer diversas condiciones para ingresar en los empleos públicos, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio.

El concepto de “idoneidad” es definido en el artículo 12 del Código de Ética para la Función Pública, aprobado por el Decreto 41/1999, como “la aptitud técnica, legal y moral...esencial para el acceso y ejercicio de la función pública”. Sin embargo, más allá de su definición la idoneidad debe ser entendida como una clara expresión de la “igualdad jurídica” que caracteriza a los regímenes republicanos y democráticos

Este artículo tiene sus antecedentes mediatos en el derecho republicano francés y sus inmediatos en el derecho patrio.

El artículo 1º de las Disposiciones Fundamentales de la Constitución francesa de 1971 señala que se garantizan como derechos naturales y civiles, que todos los habitantes son admisibles en los puestos y empleos, sin otra distinción que las virtudes y los talentos. Principio que se reitera luego en

⁴ Palazzo, Eugenio Luis. “El empleo Público en la Constitución, los tratados y la jurisprudencia” (EDCO, 2004-734).

la Constitución francesa de 1793, al señalarse en su artículo 4° que todos los ciudadanos son igualmente admisibles en todos los puestos, empleos y funciones públicas, sin otros motivos de preferencia que las virtudes y los talentos.

En la Constitución Argentina de 1826 se señalaba igualmente que “a ningún hombre o corporación se concederá ventajas, distinciones o privilegios sino los que sean concedidos a la virtud y los talentos”

Sin embargo, es el artículo 10 de la Constitución francesa de 1848 el más semejante a nuestro texto actual: “todos los ciudadanos son igualmente admisibles a todos los empleos públicos sin otro motivo de preferencia que su mérito y de acuerdo con las condiciones que serán fijadas por las leyes”.

Al respecto, Alberdi en el acápite de los Derechos “De igualdad” propone en el artículo 17 de las bases: “La Ley no reconoce diferencia de clase ni de persona. No hay prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay fueros personales, no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles en los empleos. La Ley Civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales”.

Es en estos antecedentes donde se ha inspirado la Comisión redactora de nuestra Constitución Nacional. Su texto se aprobó por mayoría en la sesión del 25 de abril de 1853, no centrándose la discusión en lo referente a la admisión en los empleos, sino en la supresión de los fueros eclesiásticos establecida por la primera parte del artículo. Finalmente, un texto semejante fue aprobado sin discusión y por unanimidad por la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires y por la Convención Reformadora de 1860.

La condición de idoneidad mediante la cual como hemos dicho se garantiza la igualdad jurídica en el ingreso al empleo público, es el requisito esencial, casi podríamos decir el único y real condicionamiento para el ingreso a la Administración Pública, ya que el resto de los requisitos e impedimentos dispuestos por ley no son más que reglamentaciones a esta exigencia, pautas mediante las cuales quedará acreditada la idoneidad del aspirante. Es decir, cada una del resto de las condiciones que se han establecido normativamente no buscan más que demostrar que la persona es “idónea” para el cargo. Es éste el fin desde el cual deben analizarse e interpretarse cada uno de los requisitos e impedimentos, respondiéndonos siempre a la pregunta de si ese condicionamiento en particular hace a la idoneidad de la persona para desarrollarse en ese cargo concreto al que aspira.

Este requisito sine qua non para acceder a la función pública no resulta sin embargo de tan sencilla comprobación, ya que a la luz de su regulación legal, comprende términos objetivos

(ciudadanía, aptitud psicofísica, edad, etc), pero también otros subjetivos, los cuales en ocasiones pueden ser sospechados de cierta parcialidad: la acreditación de la idoneidad mediante los regímenes de selección que se establezcan.

Es en estos sistemas de selección, los cuales conforme el texto legal deberán asegurar el “principio de igualdad en el acceso a la función pública”, en los que se determinará para el supuesto de acceso a cargos permanentes a través del examen de antecedentes, pruebas de oposición y entrevistas personales, el mérito de los postulantes o candidatos a un determinado puesto. Se ha denominado a este tipo de sistema “concurso”, el cual puede tener carácter de interno (si sólo se permite la participación de los agentes de la misma repartición convocante), general (en el caso de que se puedan presentar todos los agentes de la Administración Pública Nacional, sean o no de la repartición pública convocante) o abierto (si se pueden presentar al mismo tanto agentes de la Administración Pública como ajenos a ella).

Para García Pullés es este último tipo de concurso el de mayor equidad por cuanto permite el acceso a cargos públicos a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos de idoneidad para un cargo.

Para el referido autor la idoneidad en un sentido amplio implica decencia, capacidad, profesionalidad y sobre todo, vocación de servicio público, pues no sólo debe circunscribirse al aspecto “técnico”, sino que se extiende a las condiciones de orden “moral” y, en algunos casos, hasta a aspectos de orden “económico”.

Para Mario Midón la idoneidad es sinónimo de aptitud, o sea de disposición específica para hacer algo también específico. Señala este autor que no debe confundirse con capacidad jurídica, pues ella es la aptitud de una persona para contraer obligaciones o adquirir derechos⁵. Según la Constitución, es un presupuesto indispensable que debe llenarse para acceder al empleo público, una obligación o recaudo ineludible que el aspirante debe cumplir.

Sostiene Bidart Campos que “cuando la constitución abre el acceso a los empleos sin otra condición que la idoneidad, exige también y siempre idoneidad ética o moral, además de la que resulte

⁵ Midón, Mario A. “Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo público”. Publicado en LA LEY 1983-A, 920.

necesaria según la naturaleza del empleo al que aspira o que se va a discernir a una persona determinada”⁶

Por su parte, Bielsa afirma que “la idoneidad es un concepto comprensivo y general, pues se trata de la competencia o suficiencia técnica, profesional o moral”.⁷

Podríamos decir entonces que la idoneidad se compone así, como las caras de una moneda, de dos aspectos: la habilitación y técnica apropiada por un lado, y la ética y las buenas costumbres por otra.

Señala Linares Quintana que la idoneidad es requerida para toda clase de servicio u ocupación, ordinaria o extraordinaria, permanente o transitoria en la Administración Pública, desde la menor jerarquía hasta la mayor. La diferencia en todo caso radicará en las modalidades legislativas aplicables para una u otra situación.

Este requisito debe ser acreditado en todos los casos y no puede presumirse, aunque debe tenerse presente que no todos los cargos ni puestos tienen las mismas responsabilidades y por lo tanto, de la trascendencia de la función dependerá el tipo de exigencias. Por ello deberá constatarse en cada supuesto particular que el postulante se encuentre debidamente capacitado e instruido para cumplir con las responsabilidades y deberes éticos que el cargo o función requieran. “El requisito de la idoneidad, por oposición al favoritismo, además de constituir una exigencia constitucional, se considera como calidad esencial de eficiencia administrativa en la ciencia de la Administración. Desde el ángulo administrativo, la idoneidad consiste no sólo en la idoneidad técnica-aptitud profesional, intelectual, para el desempeño del cargo, sino también en la idoneidad moral”.⁸

La Corte Suprema ha sido coincidente con la doctrina en sus diversos fallos al momento de analizar el contenido del concepto. Así por ejemplo, en la causa “Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación-Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados”, del 13 de Julio de 2007, ha señalado que “ha quedado determinado que la idoneidad requerida

⁶ Bidart Campos. “Manual de la Constitución Reformada”. T III Ediar, Buenos Aires, 1997, p.36

⁷ Bielsa, Rafael. “Derecho Constitucional”. Segunda Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 521

⁸ Segundo V. Linares Quintana. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Parte Especial, T. III, Ed, Alfa, Buenos Aires, p. 505.

constitucionalmente para ocupar un cargo público, aún en la hipótesis en que su legitimación provenga del voto de la soberanía popular, abarca el concepto de idoneidad moral o ética”. (con cita también de fallos 321:194).

Debe tenerse presente que la igualdad en el acceso al empleo público bajo la sola condición de la idoneidad, no sólo configura un derecho del ciudadano, sino también una protección del interés público involucrado al favorecer la máxima concurrencia en la selección de los agentes públicos, que redundaría en el nombramiento de los más idóneos. Al respecto ha dicho García Pullés que en razón de ello “cuanto más objetivos y transparentes sean los procedimientos de selección y designación adoptados, mejor se consultará el derecho de los ciudadanos a la igualdad y mejor resultará el beneficio para el interés público comprometido en la obtención de agentes más idóneos para el servicio administrativo”.

1. Aptitud psicofísica

Este requisito es exigido en el artículo 4º inciso c) de la Ley 25.164, haciéndose sólo referencia a la “aptitud psicofísica para el cargo”. Tampoco el Decreto que reglamentó esta norma se ha exployado en el concepto, ya que sólo ha dispuesto que “no podrá efectuarse ninguna designación sin la correspondiente acreditación del certificado de aptitud psicofísica”. Al respecto la Oficina Nacional de Empleo Público ha dicho que “el cumplimiento con la normativa señalada en cuanto al acompañamiento de los certificados de “apto físico” no se suple mediante el informe...que da cuenta del estado del trámite de los mismos, razón por la cual deberán acompañarse las certificaciones correspondientes que acrediten debidamente el cumplimiento del citado requisito de ingreso”⁹

Se alude al estado de salud, físico y psíquico, del postulante, ya que no debe padecer de ninguna enfermedad que imposibilite u obstaculice el ejercicio normal de la función o cargo al cual pretende acceder. El tipo de examen médico dependerá del tipo de cargo a cubrir, ya que varían las capacidades requeridas conforme al puesto de que se trate. No obstante esto último, por lo general dichos exámenes consisten actualmente en un análisis de sangre y orina completos, un examen de agudeza visual cercana y lejana informado por un oftalmólogo, una radiografía de tórax y un electrocardiograma, entre otros.

⁹ Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N°1258/2008.

En lo que respecta al lugar en que deben llevarse a cabo estos exámenes, para García Pullés, el postulante tendría derecho a elegir dónde efectuarlos, pudiendo incluso realizarlos en entidades de salud privada, pues según explica el autor, la autorización estatal para el funcionamiento de estas instituciones y la rehabilitación a los médicos y técnicos que integran sus planteles impediría alegar falta de competencia a esos fines. Sin embargo, en estos supuestos los gastos serían a cargo del postulante. No obstante ello, en caso de que existiera algún tipo de duda respecto de su salud, la Administración podría solicitar nuevos estudios en instituciones oficiales.

Resulta aplicable a estos exámenes psicofísicos la Resolución 43/1997 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. La misma establece en su artículo 1° entre los exámenes médicos que se encuentran incluidos en el sistema de riesgos del trabajo los “preocupacionales o de ingreso”, detallando en su artículo 2° los objetivos y contenidos de éstos, su obligatoriedad, oportunidad de su realización, y responsables de los mismos:

“1. Los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán. En ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo. Servirán, asimismo, para detectar las patologías preexistentes y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante- en función de sus características y antecedentes individuales- para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo determinados por el Decreto N° 658/96.

2. Su realización es obligatoria, debiendo efectuarse de manera previa al inicio de la relación laboral.

3. Los contenidos de estos exámenes serán, como mínimo, los del ANEXO I de la presente Resolución. En caso de preverse la exposición a los agentes de riesgo del Decreto N° 658/96, deberán, además, efectuarse los estudios correspondientes a cada agente detallados en el ANEXO II.

4. La realización del examen preocupacional es responsabilidad del empleador, sin perjuicio de que el empleador pueda convenir con su Aseguradora la realización del mismo.

5. A los efectos del artículo 6°, apartado 3, punto b) de la Ley N° 24.557, los exámenes preocupacionales podrán ser visados o, en su caso, fiscalizados, en los organismos o entidades públicas,

nacionales, provinciales o municipales que hayan sido autorizados a tal fin por la SUPENNTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO.”

Se trata de la aptitud necesaria para llevar a cabo las tareas que exige el puesto en concreto, lo que significa que, si se hallare alguna patología a partir de los exámenes físicos y psíquicos realizados, ello no sería un obstáculo para el ingreso del postulante, si dicha anomalía no impide el desarrollo normal de las tareas que éste deberá llevar a cabo diariamente.¹⁰ En este sentido ha opinado la Procuración del Tesoro de la Nación al señalar en sus dictámenes que la aptitud física que se le exige al funcionario es la que hace a su idoneidad en el cargo. Así ha dicho por ejemplo en un caso elevado a su consulta que “el padecimiento de coloboma congénito de iris en ambos ojos...debe ser considerada sólo como un problema de idoneidad, en el sentido de aptitud física, con respecto a la función para la cual el agente ha sido designado”, y como en el caso concreto “los informes agregados no demuestran que el causante no haya podido dar cumplimiento, por razones físicas, a las funciones que le corresponde cumplir sino que por el contrario es muy útil para la dependencia..., el padecimiento señalado no constituye impedimento para el ingreso a la Administración Pública Nacional”.¹¹

Del mismo modo, ha señalado con posterioridad, afirmando lo dicho, que la “aptitud es relativa a la naturaleza del servicio”, por lo que “el certificado debe indicar las enfermedades del agente y qué impedimentos produce”.¹² “La aptitud psico-física anterior para una función, no hace presuponer

10

ANEXO I

LISTADO DE LOS EXAMENES Y ANALISIS COMPLEMENTARIOS GENERALES

I. Examen físico completo, que abarque todos los aparatos y sistemas, incluyendo agudeza visual cercana y lejana.

II. Radiografía panorámica de tórax.

III. Electrocardiograma.

IV. Exámenes de laboratorio:

A. hemograma completo

B. eritrosedimentación

C. uremia

D. glucemia

E. reacción para investigación de Chagas Mazza

F. orina completa

V. Estudios neurológicos y psicológicos cuando las actividades a desarrollar por el postulante puedan significar riesgos para sí, terceros o instalaciones (por ejemplo conductores de automotores, grúas, autoelevadores, trabajos en altura, etcétera).

VI. Declaración jurada del postulante o trabajador respecto a las patologías de su conocimiento.

¹¹ Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación. Tomo 126. Pág. 11. (02/07/1973). Hacienda y Finanzas.

¹² Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación. Tomo 128. Pág. 276. (30/01/1974).

necesariamente la existencia de la misma para la realización de tareas que correspondan a un nuevo nombramiento”.¹³

CAPÍTULO III

Impedimentos para el Ingreso. Desarrollo

1. Requisitos negativos

Como señalamos, el artículo 5° de la Ley 25.164 establece los impedimentos para el ingreso a la Administración Pública Nacional. Estos requisitos negativos hacen referencia a antecedentes perjudiciales de aquel que aspira a ocupar un cargo en el Estado, entendiéndolos de esta forma porque harían presumir una carencia de idoneidad o condiciones de conducta del postulante. La inclusión del postulante en alguno de estos supuestos conlleva la falta de aptitud para ser funcionario público.

1.1- Inciso a) “El que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena”.

A diferencia del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional (homologado por el Decreto 66/1999) que no fijaba en su artículo 11 un término a este impedimento, la Ley Marco impone como límite el cumplimiento de la pena o bien la prescripción de ésta. Teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 3°, párrafo segundo del referido Convenio, frente al caso concreto debe optarse por esta última regulación, por resultar más beneficiosa al trabajador.

Un aspecto que merece análisis en este inciso es el hecho de que sólo hace referencia al “delito doloso”, dejando de lado los tipos culposos del Código Penal. Resulta ello cuestionable si tenemos en cuenta que pueden existir delitos culposos que impliquen la falta de idoneidad del aspirante, pero que sin embargo no quedarían abarcados por la norma. A modo de ejemplo, García Pullés menciona el caso del condenado por incendio culposo que aspira al puesto de sereno para una instalación pública en la que se conservan artefactos de valor o importancia estratégica. Si bien es claro que atendiendo a la letra

¹³ Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación. Tomo 98. Pág. 146. (02/08/1966)

del inciso esta condena no quedaría abarcada por la prohibición, también es real que la misma demostraría la inaptitud del postulante para cubrir el mencionado puesto.

La Oficina Nacional de Empleo Público, sujetándose a la letra de la norma, se ha expedido casi de manera automática, sin realizar ningún tipo de análisis, en casos en que el ingresante a la Administración Pública que posee antecedentes penales por comisión de un delito culposo, resolviendo que no existe en estos supuestos el impedimento del inciso a) del artículo 5° de la Ley 25.164.¹⁴

Del mismo modo, pero a la inversa, nos preguntamos si podría darse el caso de que una persona se encontrara alcanzada por este impedimento por haber sido condenada por la comisión de un delito doloso aunque en nada se relacione con el ejercicio del cargo al que aspira, lo que nos haría pensar que no se presumiría su falta de idoneidad para el empleo. Es esta una situación hipotética que sin embargo encontraba solución en la Ley 22.140, ya que existía la posibilidad de que el Poder Ejecutivo otorgara una excepción si consideraba “en virtud de la naturaleza de los hechos y las circunstancias en que se cometieron, que ello no obstaba al requisito de las condiciones morales y de conducta exigibles para el cargo”.

En razón a ello, coincidimos con el autor en que sería mucho más acertada una redacción que dispusiera que “se encuentran impedidos de ingresar a la Administración Pública los que hubieren cometido algún delito que evidencie la falta de idoneidad para el desempeño del cargo concreto al que se postula”.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se discutió ante el Tribunal Superior de Justicia, en dos precedentes similares y de cercana fecha, una cuestión semejante.¹⁵

Si bien en estos casos no se trataba del ingreso a la Administración Pública, se cuestionaba una decisión administrativa que, basada en la normativa vigente, había denegado la renovación de una

¹⁴ Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 041/10: “De los antecedentes penales del nombrado surge que fue condenado por ser autor material y penalmente responsable de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas y el artículo 5 inciso a) de la citada ley establece como impedimento para ingresar a la administración pública nacional el que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o por el término previsto para la prescripción de la pena. En razón a ello, y siendo que... fue condenado por los delitos culposos ya referidos, además de haber transcurrido el término de la pena privativa de la libertad, no existe impedimento para que sea contratado conforme el artículo 9° del Anexo de la Ley N° 25.164.

¹⁵ “Fernández, Marcelo Fernando c/GCBA s Amparo. Art. 14 CCABA s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido. Tribunal Superior de Justicia 19-04-2006” y “Pérez, Aníbal c/ GCABA s/ Amparo-Art. 14 CCABA s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido. Tribunal Superior de Justicia 21-03-2007”.

licencia profesional para conducir. Dicha legislación impedía el otorgamiento de la licencia a aquellas personas que habían cometido determinados delitos dolosos que allí se enunciaban. En ambos casos la parte actora cuestionaba la constitucionalidad de la norma por violatoria del principio “non bis in ídem” (no es posible ser penado dos veces por el mismo hecho), y el artículo 14 bis de la CN que garantiza el derecho a trabajar, a ejercer industria lícita, y los derechos de defensa y debido proceso.

El Tribunal Superior no declara en ninguno de los dos precedentes la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, del mismo modo que no se mete a analizar el impedimento de la doble punición alegado por los actores, sino que resuelve señalando que la letra de la norma que establece el impedimento no debe aplicarse en abstracto, sino evaluando cada caso concreto a fin de poder determinar si el delito puntual del que se trate atenta contra ese bien jurídico que la ley intenta proteger. Sólo así se hará una aplicación razonable de la norma.

Sería ésta la solución más acertada frente a una posible existencia del impedimento: habrá que determinar en cada caso en particular si el delito cometido hace o no a la idoneidad del postulante para el cargo concreto.

En el voto de dos jueces de uno de estos precedentes se resume el holding de la cuestión:

“No basta, según la ley vigente, con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia. La Administración está obligada a hacer algo más que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o no la licencia a quien registra alguno de los antecedentes previstos...Es claro que el carácter facultativo que se inserta para innovar en el diseño del sistema de concesión de licencias de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión. El carácter facultativo de la regla no solo permite sino que condiciona a la Administración a llevar adelante algún tipo de actuación orientada a verificar la idoneidad del solicitante en cada caso concreto. En este sentido, la constancia de antecedentes penales del actor no autoriza a denegar sin más razones, la licencia petitionada”.¹⁶

¹⁶ Fundamentos de los Doctores Ana María Conde y José Osvaldo Casás en la causa “Pérez Anibal”.

1.2 Inciso b) “El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal”

El Código Penal trata los Delitos contra la Administración Pública en el Título XI, enunciando los siguientes tipos: Atentado y Resistencia contra la Autoridad; Falsa Denuncia; Usurpación de Autoridad, títulos u honores; Abuso de Autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; Violación de sellos y documentos; Cohecho y Tráfico de influencias; Malversación de Caudales Públicos; Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; Exacciones ilegales; Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; Prevaricato; Denegación y retardo de justicia; Falso testimonio; Encubrimiento; Evasión y Quebrantamiento de pena.

La enunciación que efectúa el Código es claramente amplia, de manera tal que resultaría difícil encontrarse en los hechos con una conducta en perjuicio de la Administración que no pueda encuadrarse en alguno de estos tipos penales. No obstante ello, en nuestra opinión, todo aquel accionar que directa o indirectamente se haya llevado a cabo en perjuicio de alguna de las tres Administraciones, quedaría comprendido en este inciso aunque no pueda ser subsumido en alguno de estos delitos.

Existen dos diferencias con el impedimento del inciso anterior: En primer lugar la Ley no dispone que deba tratarse de un delito doloso, razón por la cual podría pensarse que las condenas por delitos culposos también integran esta prohibición, y en segundo lugar no hay límite temporal, ya que el impedimento subsistirá aún con el cumplimiento de la pena o la prescripción prevista para ésta. La conducta en perjuicio de la Administración ha sido considerada por el Legislador tan grave como para impedir que quien la ha cometido pueda acceder alguna vez a un cargo público. Sin embargo...no contradice ello la letra del Código Penal? Al regular los mencionados delitos contra la Administración Pública, la ley establece en determinados casos (como por ejemplo en el delito del artículo 242, Atentado y Resistencia contra la Autoridad y 246, Usurpación de Autoridad, Títulos u Honores) como pena accesoria la inhabilitación especial por un tiempo determinado. Ello significaría que si bien el condenado estaría impedido de acceder a un cargo público, sólo lo estaría por el plazo que la norma dispone, no subsistiendo con posterioridad, una vez cumplida la pena, este impedimento. Acaso la Ley 25.164 establece una pena distinta a la que establece el Código y la que en consecuencia podría establecer el juez en la sentencia? Si ello es así, sería legítimo? No estaría imponiendo un Poder distinto al Judicial (en este caso el Legislativo) una pena?

1.3 Inciso d): “El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos”

Hace referencia este inciso a uno de los tipos de pena existentes en el Código Penal, la que aparece generalmente como accesoria a una principal. Expresa el artículo 5° que “las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

La inhabilitación puede ser especial o absoluta. El artículo 19 del citado cuerpo legal señala que “la inhabilitación absoluta importa...la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas”. Mientras que el artículo 20 dispone que “la inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otra del mismo género durante la condena. Es decir, que una de las diferencias entre ambos tipos recae en la duración de las mismas.

A modo de ejemplo podemos citar el artículo 214 del Código Penal, dentro del Título IX de los Delitos contra la Seguridad de la Nación, el que dispone que “será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno y otro caso, inhabilitación absoluta perpetua...todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro...”

Se podría decir que ya existiendo la inhabilitación como una pena establecida en el Código Penal, su inclusión como impedimento resultaría redundante.

1.4 Inciso e): “El sancionado con exoneración o cesantía en la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, mientras no sea rehabilitado conforme lo previsto en los artículos 32 y 33 de la presente ley”.

Mientras el artículo 32 de la Ley 25.164 establece las causales para imponer cesantía, el 33 dispone las de exoneración. Ambos artículos establecen el tiempo mínimo que deberá transcurrir para considerar el pedido de rehabilitación en cada caso: dos (2) años de consentido el acto por el que dispusiera la cesantía o de declarada firme la sentencia judicial (si la cesantía se dio a consecuencia de la comisión de un delito doloso como lo dispone el inciso f) del artículo 32 o por haber sido concursado

o declarado en quiebra no causal, conforme el inciso d) y cuatro (4) años para los supuestos de exoneración, computados en igual forma.¹⁷

Asimismo, el Decreto 1421/2002 dispuso en el artículo 5º que la rehabilitación tanto en uno como en otro supuesto podrá ser otorgada (una vez transcurridos los mencionados plazos) por el Jefe de Gabinete de Ministros a pedido del interesado y previo dictamen fundado, favorable, de la autoridad de aplicación.

Para el caso del cesanteado por haber cometido delito doloso (es decir, en el supuesto del inciso f) del art. 32 de la Ley Marco) la reglamentación establece que, previo dictamen favorable de la Autoridad de Aplicación, el Jefe de Gabinete de Ministros podrá autorizar la incorporación, mediando propuesta circunstanciada y fundada del titular de la Jurisdicción u Organismo descentralizado.

La decisión administrativa mediante la que se dispone la rehabilitación debe ser publicada en el boletín oficial.

¹⁷ Artículo 32. — Son causales para imponer cesantía:

- a) Inasistencias injustificadas que excedan de 10 (diez) días discontinuos, en los 12 (doce) meses inmediatos anteriores.
- b) Abandono de servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de cinco (5) inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas.
- c) Infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a treinta (30) días de suspensión en los doce meses anteriores.
- d) Concurso civil o quiebra no causal, salvo casos debidamente justificados por la autoridad administrativa.
- e) Incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere.
- f) Delito doloso no referido a la Administración Pública, cuando por sus circunstancias afecte el prestigio de la función o del agente.
- g) Calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz durante tres (3) años consecutivos o cuatro (4) alternados en los últimos diez (10) años de servicio y haya contado con oportunidades de capacitación adecuada para el desempeño de las tareas.

En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los dos (2) años de consentido el acto por el que se dispusiera la cesantía o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso.

Artículo 33. — Son causales para imponer la exoneración:

- a) Sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.
- b) Falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública.
- c) Pérdida de la ciudadanía.
- d) Violación de las prohibiciones previstas en el artículo 24.
- e) Imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los cuatro (4) años de consentido el acto por el que se dispusiera la exoneración o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso.

La exoneración conllevará necesariamente la baja en todos los cargos públicos que ejerciere el agente sancionado.

1.5- Inciso f) “El que tenga la edad prevista en la ley previsional para acceder al beneficio de jubilación o el que gozare de un beneficio previsional, salvo aquellas personas de reconocida aptitud, las que no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad”.

El inciso establece dos supuestos diferentes que configurarían impedimentos: el de aquél que ya se encontrare gozando del beneficio provisional, y el de aquél que si bien aún no se ha jubilado, tuviere la edad prevista para ello. Sin embargo, establece también una excepción: aquellas personas que no obstante estar dentro de alguna de las dos situaciones descritas, tuvieran reconocida aptitud para ocupar el cargo, aunque igualmente no podrán ser incorporadas al régimen de estabilidad.

Para García Pullés el inciso establece el impedimento de incorporar al régimen de estabilidad a aquel postulante que tuviera la edad necesaria para acceder al beneficio jubilatorio, o que ya gozare de algún beneficio de la seguridad social, pero existiendo la posibilidad de incorporarlo a otros regímenes previstos por la Ley Marco, como el de contrataciones, ad honores o gabinete.

Sin embargo, aún en este último supuesto debe tenerse presente el requisito que la ley establece, por lo que resulta correcto afirmar que aquellas personas podrán ser incorporadas al régimen de contrataciones, ad honorem o gabinete siempre que se acredite que las mismas son de “reconocida aptitud”. Claro está que la cuestión radica entonces en dilucidar de qué habla la ley cuando hace referencia a ese concepto que podríamos considerar como los “jurídicamente indeterminados”. En nuestra opinión ello significa que debe existir prueba expresa, concreta, de que aquella persona se encuentra perfectamente capacitada para desarrollarse en el puesto al que está ingresando, ya sea porque posee algún título específico relacionado con la tarea en concreto, o comprobables referencias que den cuenta de su desempeño en tareas similares. Ello es así en tanto se debiera demostrar que dicho aspirante aún estando incurso en la mencionada incompatibilidad resulta más idóneo que cualquier otro para ocupar el puesto.

Ahora bien, qué sucede con la aspirante mujer?. El artículo 19 de la Ley N° 24.241, Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, establece como requisito para acceder al beneficio previsional la edad de 65 años para los hombres, y de 60 para las mujeres. Sin embargo, el mismo artículo en su último párrafo establece que “las mujeres podrán optar por continuar su actividad laboral hasta los sesenta y cinco (65) años de edad”. Cuál es entonces la edad límite de la mujer para acceder a un cargo público, los 60 o los 65 años? Sobre esto se ha expedido la Oficina Nacional de

Empleo Público (ONEP) a través de sus Dictámenes 3742/2006 y 4118/2010. En ambos sostuvo que la edad que debe considerarse para el acceso a la administración pública en el caso de las mujeres es la de 65 años. Tomar la edad de los 60 años sería, a criterio de este Organismo, ir en contra de aquella igualdad entre hombres y mujeres que ha garantizado la propia Ley de Jubilaciones y Pensiones, al otorgarle a la mujer la posibilidad de optar por continuar trabajando hasta los 65 años. Al respecto dijo la Oficina Nacional de Empleo Público en su Dictamen N° 3742/2006: “Si el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, aprobado por la Ley N° 24.241, ha previsto expresamente el derecho de la mujer de posponer su acceso al beneficio de la jubilación, se estima que, el límite de edad aplicable para su ingreso a la Administración Pública Nacional debe atenerse a dicho parámetro normativo y ser el mismo que para los hombres, es decir, sesenta y cinco (65) años. Al respecto, nótese que interpretar lo contrario aparejaría un perjuicio para la mujer, quien en virtud de la Ley N° 24.241 cuenta con la opción de continuar su vida laboral, pero en la práctica se le estaría restringiendo dicha posibilidad al negarle, en supuestos como el que se ventila en autos, el ingreso a la Administración Pública Nacional”.

Para dar fundamento a esta interpretación la ONEP citó una serie de normas en las que se garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, impidiéndose cualquier tipo de trato discriminatorio, entre ellas la Ley N° 23.179 aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, que establece en su artículo 11 que “los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano, b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.”

1.6- Inciso g) “El que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar, en el supuesto del artículo 19 de la Ley 24.429”.

En lo que respecta al deber de cumplimiento del servicio militar, dicha obligación hace referencia al supuesto en que, por falta de postulantes voluntarios, el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso, convoca a ciudadanos de dieciocho años de edad para formar parte del Servicio. A ello

hace mención el artículo 19 de la Ley 24.429 sobre Servicio Militar Voluntario.¹⁸ Mientras la referencia a la infracción de leyes electorales alude al cumplimiento de los deberes básicos de ciudadanía, como la emisión del voto en las elecciones obligatorias o el cumplimiento de la obligación de ser autoridad de mesa cuando hubiere mediado convocatoria a tales efectos, conforme lo disponen los artículos 12 y 14 del Código Nacional Electoral, aprobado por Ley 19.945.

1.7- Inciso h) “El deudor moroso del Fisco Nacional mientras se encuentre en esa situación”

Esta es una prohibición que se extenderá hasta que el postulante salde su deuda con el fisco, haciéndose referencia no sólo a las deudas de impuestos, sino también a las provenientes de juicios administrativos y de responsabilidad por perjuicio fiscal. Es decir, se encontrará con este impedimento todo aquel que posea una deuda, o mejor dicho un crédito a favor del Estado, de cualquier naturaleza, y no lo hubiere cancelado.

1.8- Inciso i) “Los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional, y el título X del Código Penal, aún cuando se hubiere beneficiado por el indulto o la condonación de la pena”.

El mencionado artículo 36 establece que la “Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

¹⁸ Artículo 19 ley 24.429:

“En el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el artículo 3, el Poder Ejecutivo podrá convocar, en los términos establecidos por la ley 17.531, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año.

Para realizar la convocatoria el Poder Ejecutivo deberá previamente requerir la autorización por ley del Congreso Nacional, expresando las circunstancias que motivan la solicitud y las razones por las cuales no pudieron cubrirse los cupos pertinentes”

Artículo 12 de la Ley 19.945:”Deber de votar. Todo elector tiene el deber de votar en la elección nacional que se realice en su distrito”.

Artículo 37 de la Constitución Nacional: “El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”.

Artículo 14 de la Ley 19.945:“Funciones de los electores. Todas las funciones que esta ley atribuye a las autoridades de mesa son irrenunciables y serán compensadas en la forma que determina esta ley y su reglamentación”

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

Así, por ejemplo, en la Causa “Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación-Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados, del 13 de Julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia resolvió que estaba bien denegada la incorporación a la Cámara del Sr. Bussi, por haber participado éste en un gobierno de facto. Y si bien la sentencia se funda en la falta de “idoneidad moral o ética”, como uno de los requisitos para el ingreso, claramente se encontraba también impedido el actor para ser funcionario público por haber atentado contra el orden institucional y democrático.

CAPÍTULO IV

Ética en el Ejercicio de la función Pública: Código de Ética, Ley 25.188 y Decreto N° 164/99

Debemos tener presente que los impedimentos para el ingreso a la Administración Pública Nacional no se agotan en las previsiones de la Ley 25.164, en tanto la Ley sobre ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188), con su Decreto reglamentario, y el Código de Ética establecen una serie de incompatibilidades y conflictos de intereses que también deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar una designación.

El artículo 1° de la referida norma dispone que esta Ley “establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

El Capítulo V de este texto legal es el que legisla sobre “Incompatibilidades y Conflicto de Intereses”. De este modo, el artículo 13 dispone que “es incompatible con el ejercicio de la función pública:

- a) Dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.
- b) Se proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

Asimismo, el artículo 15 establece para el caso del funcionario que se encuentre alcanzado por alguna de estas incompatibilidades dos opciones posibles:

- a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo.
- b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga participación societaria.

Los actos emitidos por funcionarios que se encuentren en incompatibilidades serán por disposición de la misma ley, nulos de nulidad absoluta.

Por otro lado deben tenerse en cuenta también las incompatibilidades establecidas por los Decretos 8566/61 y 9677/61. El primero de estos decretos estableció en su artículo 1° dos incompatibilidades:

- 1- Ninguna persona podrá desempeñarse ni ser designada en más de un cargo o empleo público remunerado dentro de la jurisdicción y competencia del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal.
- 2- El desempeño de una función o cargo remunerado o prestación contractual con o sin relación de dependencia, bajo cualquier modalidad en la Administración Pública Nacional, es incompatible con la percepción de un beneficio previsional o haber de retiro proveniente de cualquier régimen de previsión nacional, provincial o municipal.

El Decreto N° 9677/61 amplió la incompatibilidad de cargos disponiendo que “asimismo es incompatible el ejercicio de un cargo o empleo público remunerado en la jurisdicción y

competencia del Poder Ejecutivo Nacional, con cualquier otro cargo público retribuido en el orden Nacional, Provincial o Municipal...”

CAPÍTULO V

El Requisito de la Nacionalidad Argentina

1. El principio de igualdad en el ámbito nacional.

1.1 La Constitución Nacional

Como dijimos, este requisito, regulado en el artículo 4º inciso a) de la Ley 25.164 ha sido uno de los más cuestionados. Dispone la referida norma como condición para ingresar a la Administración Pública Nacional “ser argentino nativo, por opción o naturalizado”, estableciéndose seguidamente que “el Jefe de Gabinete de Ministros podrá exceptuar del cumplimiento de este requisito mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la Jurisdicción solicitante”

El debate sobre esta condición ha tenido lugar a partir de su posible colisión con el principio de igualdad, consagrado en el texto de la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales.

Es en razón a ello que consideramos oportuno comenzar por una aproximación al concepto de igualdad, pues sólo conociendo el contenido de este principio podremos determinar si el requisito de la nacionalidad argentina para ingresar a la Administración Pública es o no constitucional.

Este principio encuentra antecedentes en nuestra Constitución desde la Asamblea del Año XIII, y está actualmente consagrado en su artículo 16 donde se expresa: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Como podemos observar este principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional pareciera abarcar diferentes aspectos. Veamos a continuación el significado de cada uno.

-“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza”: Hace referencia aquí a la abolición de los títulos de nobleza que tuvo lugar a través de la Asamblea Constituyente del año XIII, la que puso final a la opresión de los

esclavos, decretando la “libertad de vientres”, aplicándose a toda persona que hubiese nacido en territorio argentino desde el 31 de Enero de 1813 en adelante.

La abolición de estos títulos y de la esclavitud responden a la interiorización de la igualdad como principio rector de nuestra Constitución.

-“Todos sus habitantes son iguales ante la ley”: Esta igualdad ante la ley surge como consecuencia lógica de aquella abolición de los títulos de nobleza y de la esclavitud. Se trata de una igualdad civil, que se traduce en el reconocimiento de los derechos civiles a todos los habitantes del suelo argentino, incluyendo a los extranjeros.

-“Admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”: Para Bidart Campos existen dos tipos de igualdad: una formal y otra real. La formal es aquella en que todos somos considerados como iguales ante la ley, todos somos sujetos de derecho con iguales derechos civiles. La igualdad real en cambio es aquella en que el Estado juega un rol intervencionista intentando estabilizar la igualdad económica-social de sus habitantes. Un ejemplo de este último tipo de igualdad sería la del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

El artículo 16 garantiza la igualdad formal o jurídica de todos sus ciudadanos por cuanto dice que todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Esto significa que todo hombre puede ser admitido en cualquier empleo sin que existan privilegios para algunos o restricciones para otros. La idoneidad como condición para el ingreso deja de lado cualquier elección o designación a un empleo basadas en elementos arbitrarios o discriminatorios aunque reconociendo en cambio las desigualdades derivadas de las aptitudes naturales de cada individuo, las cuales obviamente son diversas.

En referencia a esto último Quiroga Lavié señala que es totalmente constitucional realizar clasificaciones o categorizaciones por parte de la ley, pero siempre que no se incurra en diferenciaciones arbitrarias, como ser: por raza, sexo, nacionalidad, lengua u opinión política entre otras.¹⁹

¹⁹ pág. 84 “Constitución de la Nación Argentina Comentada” Humberto Quiroga Lavié.

La idoneidad ha sido definida casi de manera semejante por la doctrina, sin mayores distinciones: para Linares Quintana es la “aptitud o suficiencia para el desempeño de un cargo”, para Bidart Campos es una “aptitud en el sentido técnico, salubre, de edad, moral, etc, y para Gregorio Badeni ²⁰ es una “aptitud moral-intelectual”.

-“La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”: Se hace referencia aquí a la igualdad fiscal, entendiéndose en términos relativos y no absolutos, ya que de lo contrario pagaría lo mismo aquél que más tiene que el que menos tiene, razón por la cual debe entenderse como una igualdad en igualdad de condiciones. Debe existir proporcionalidad y progresión en el impuesto que se deba abonar en relación con la riqueza de cada uno.

Del análisis total de este artículo se puede extraer la idea de que los seres humanos pueden ser tratados de manera diferencial en tanto las diferencias en juego sean relevantes, lo que implica que lo que se prohíbe son las diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables.

Eduardo Rabossi señala que el tema de la discriminación nos permite observar una notable evolución en la historia de la humanidad, pues ha existido en torno al principio de igualdad un progreso moral a partir del cual se ha ido dejando de lado un sistema de situaciones que otorgaban desde el comienzo a cada individuo posiciones que implicaban obviamente violaciones a este principio, las que se han ido afortunadamente restringiendo y posteriormente eliminando.²¹

Como señalaba, para este autor es posible visualizar la historia moral de la humanidad en estos temas, dando pasos sucesivos en dirección a un estado en el que las situaciones de desigualdad son consideradas nocivas, no solamente por el daño que pueden causar a los que participan en ellas, sino porque globalmente, desde el punto de vista social, se considera que son el desencadenante de procesos de violencia en la sociedad.

²⁰ “Reforma Constitucional e Instituciones Políticas”

²¹ En el libro de Marcelo Alegre, “Derecho a la Igualdad”

1.2 La Ley N° 23.592

En el ámbito nacional estos parámetros señalados por los diversos tratados internacionales para determinar si una distinción normativa debe ser considerada discriminatoria aparecen en la Ley 23.592.

Se trata ésta de una norma breve, de tan sólo siete artículos, sancionada el 03 de Agosto de 1988, denominada de “actos discriminatorios”. Se adoptan en ella las medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional. Dispone su artículo 1°: “...Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos...”

Como se puede observar, la ley menciona como “criterios críticos” la raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica, posición social y caracteres físicos. Mientras que en su artículo 2° establece una sobrecarga en las penas, en los casos en que los delitos hayan sido cometidos por motivaciones discriminatorias. Aunque en este caso los criterios críticos se restringen a la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, y a la destrucción total o en parte de un grupo nacional étnico o racial o religioso. Finalmente, el artículo 3° configuró una nueva figura delictiva, para el caso de aquellos que participaran de organizaciones o realizaran propagandas basadas en ideas o teorías de superioridad racial, o atentaran o instaran a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas.

Vemos entonces como también en el ámbito nacional una distinción basada en la nacionalidad será considerada prima facie discriminatoria.

2. El principio de igualdad en el ámbito internacional

Como señalábamos, a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, ninguna persona debe ser preferida a otra. Sin embargo, el interrogante surge justamente respecto a cuáles son estas razones relevantes y aceptables, y cuáles por el contrario son aquellos parámetros o

condiciones que de ser empleados al momento de establecer un criterio de selección deben ser considerados prima facie como discriminatorios, en el sentido negativo del término y por lo tanto violatorios del principio de igualdad.

El concepto de “discriminación” aparece primeramente formulado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1958 en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) llamado Convenio N° 111. Estable su artículo 1°: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo...”

La definición allí formulada fue luego tomada en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza del año 1960, luego mejorada en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 y posteriormente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

Al respecto estableció en su artículo 1° la Convención contra la discriminación en la esfera de la enseñanza: “...A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana...”

Mientras que la citada Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispuso que: “...A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...”

Al momento de revisar los textos básicos de la normativa internacional nos encontramos con que hay una constante en ellos, en el sentido de que formulan nóminas de “criterios críticos”, rasgos o condiciones generales que pueden significar, típicamente, la realización de actos discriminatorios.

La Declaración Universal de Derechos Humanos ha sentado la base de enumeración estándar de criterios críticos, que incluye rasgos o condiciones: los adquiridos naturalmente (raza, color, sexo), los condicionados culturalmente (idioma, religión, origen social, posición económica), los condicionados jurídicamente (origen nacional) y los decididos personalmente (opinión política o de cualquier otra índole). Esta nómina se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana.

Dispone el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que “... Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su parte establece que”... Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” Al mismo tiempo que compromete a cada estado parte “a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter...”

Y finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “...Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” Estableciendo en el su artículo 2º al igual que el Pacto anteriormente mencionado la obligación de los estados parte de llevar a cabo medidas positivas que permitan dar efectiva protección a este principio de igualdad y no discriminación.

A partir de este breve análisis se puede observar cómo las convenciones han evolucionado en el tratamiento del tema, en lo que respecta al contenido de las definiciones: en un primer momento se apunta a identificar el tipo de actos, es decir, a especificar cuáles son los tipos de actos que pueden significar actitudes o políticas discriminatorias (se emplean verbos como distinguir, excluir, preferir, limitar, restringir) luego aparecen los llamados “criterios críticos”, aquellos aspectos, propiedades o cualidades que juegan un papel fundamental en las actitudes, decisiones, normas o acciones discriminatorias (así, se mencionan la raza, el color, el sexo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional, el origen social, el idioma, las opiniones políticas, posiciones económicas, circunstancias de nacimiento) posteriormente se efectúa la enumeración de finalidades u objetivos discriminatorios que se persiguen (por ello en algunas convenciones, como la de Discriminación en materia de enseñanza, se han enumerado una serie de situaciones que se consideran “especiales”) , y finalmente se apunta a precisar la esfera que se reconoce como aquella en la que la discriminación tiene

lugar, es decir, la definición del ámbito (en la Convención N° 111 es el empleo o la ocupación, en la de la enseñanza la enseñanza, en la racial se mencionan los ámbitos políticos, económico, social, cultural u otros ámbitos de la vida pública). Hay en todos estos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos una constante: las diferenciaciones llevadas a cabo sobre la base de ciertas características específicas serán consideradas prima facie contrarias a Derecho, es decir, discriminatorias.

3. Las llamadas “categorías sospechosas”: Criterios razonables y criterios críticos

Como hemos visto no toda exclusión constituirá un acto discriminatorio, sino sólo aquella que resulte arbitraria o irrazonable. Sin embargo, lo difícil es determinar cuándo estamos en presencia de ello, ¿existen criterios que nos permitan determinar de una forma objetiva cuándo un acto es discriminatorio y cuándo una preferencia razonable? Veremos a continuación qué ha dicho la jurisprudencia al respecto y de que se habla cuando se mencionan las llamadas “categorías sospechosas”.

El concepto de “categoría sospechosa” fue utilizado por primera vez, aunque sin llamarlo de esta forma, en el fallo “Strauder v. West Virginia” de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1879. Se declaró en éste inconstitucional una ley que excluía a los ciudadanos afroamericanos de los jurados criminales, por entender que dicha disposición violaba la Enmienda Catorce mediante la cual se pretendía asegurar a la mencionada raza todos los derechos civiles de que gozaba el resto de los ciudadanos americanos. Finalmente el concepto con la misma denominación fue empleado en el caso “Korematsu v. United States” de 1944 en el que se discutió la validez constitucional de un decreto que prohibía a las personas japonesas (pues recientemente había ocurrido el ataque a los Estados Unidos por este país) fueran o no ciudadanas estadounidenses residir en la costa oriental de los Estados Unidos. Si bien la Corte declaró la norma constitucional estableció el criterio que posteriormente sería tomado por los diversos tribunales. Explicó la Corte que “en primer lugar, debe ser señalado que todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”.

El concepto de “categoría sospechosa” hace referencia a una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado, que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. Es decir, prima facie la distinción será considerada inválida, inconstitucional por presumirse violatoria del principio de igualdad, siendo en consecuencia el mismo Estado quien debe demostrar que existe una “necesidad social imperiosa” que justifica la utilización de la cuestionada categoría. Al respecto ha dicho la Corte de los Estados Unidos que “el estado debe demostrar al menos que la clasificación impugnada tiende a satisfacer objetivos estatales importantes y que los medios discriminatorios utilizados tienen una relación sustancial con el logro de esos objetivos. La Justificación debe ser genuina, no basada en hipótesis o inventada posteriormente en respuesta al litigio. Y no debe estar basada en generalizaciones excesivamente amplias acerca de los diferentes talentos, capacidades o preferencias de los hombres y las mujeres”²²

Se trata de una inversión de la carga de la prueba donde la parte demandada es quien debe demostrar la legitimidad de sus actos.

3.1 La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En 1984 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 4/1984 en un caso presentado por Costa Rica. La cuestión era determinar si la norma que establecía que la mujer no costarricense obtenía esta nacionalidad si se casaba con un hombre de Costa Rica, implicaba un trato discriminatorio o por el contrario una preferencia razonable.

La Corte se expidió declarando que la cláusula era discriminatoria y analizó la diferencia entre discriminación y preferencia razonable. Explicó que no toda diferencia en el trato puede considerarse ofensiva por sí misma a la dignidad humana, ya que como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Señaló la Corte que existen desigualdades de hecho que pueden legítimamente traducirse en desigualdades en el trato jurídico. Puntualizó que “no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda

²² Caso “United States V. Virginia, 518 U.S. 515, 1996 en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una norma local que prohibía el acceso de las mujeres a una academia militar.

diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo si esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresan de modo proporcionado una fundada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que la circunstancia de hecho puede hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en la que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”.

Señaló en el caso uno de los magistrados de la Corte que el concepto de discriminación encierra tres conceptos básicos: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias. De acuerdo a la razonabilidad, una distinción sería discriminatoria y por lo tanto ilegítima cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de estos criterios de razonabilidad en cada caso concreto es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles ajustados a aquellos principios. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, aun siendo razonable sería discriminatoria si no se adecúa armónicamente a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y de valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo. Y finalmente, de acuerdo con el criterio de adecuación, una distinción aun razonable y proporcional puede resultar discriminatoria e ilegítima con vista de las circunstancias históricas relativas (históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.) de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos”.²³

²³ Juez Piza Escalante

Ya ha dicho la Corte Europea que la “igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima, se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hechos y de derechos que caractericen la vida de la sociedad en el Estado en el que, en calidad de parte contratante, responde de la medida impugnada”.²⁴

3.2 Las categorías sospechosas en la Jurisprudencia argentina

Se podría decir que el principio de igualdad ha tomado mayor fuerza a partir de la reforma constitucional de 1994, ya que con ésta se le ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales que, como hemos visto, colocan a la igualdad y la prohibición de discriminar como uno de los derechos fundamentales y establecen aquellas categorías consideradas “sospechosas”. Veamos a continuación cómo ha tratado el tema de las categorías sospechosas la justicia nacional, y cómo ha incorporado dentro de éstas a la distinción basada en la nacionalidad.

Caso Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires s/Acción de Inconstitucionalidad

En la Argentina este concepto de “categoría sospechosa” fue el adoptado en el caso “Repetto” (fallos 311:2272) de 1988, en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que vedaba el acceso a la docencia, en escuelas privadas, a los extranjeros. Se empleó aquí el concepto estadounidense señalándose que sólo un “interés estatal urgente” podría justificar el tratamiento desigualitario entre argentinos y extranjeros, el cual no se advertía en el caso.

²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Case “relating to certain aspects of the laws on the uses of language in education in Belgium (Merite). Judgment of the 23 of July.

La actora, Inés Repetto, nacida en los Estados Unidos plantea la inconstitucionalidad del artículo 5° inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas vigente por Resolución 2877 que establece el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada, por entenderlo contrario a los artículos 14, 16, 20, 25 y 28 de la Constitución Nacional.

La demandada respondió en su defensa que no existía violación alguna a las mencionadas disposiciones constitucionales, en tanto lo que se había llevado a cabo mediante la cuestionada norma era una razonable reglamentación del derecho a enseñar, ya que la trascendencia de la educación, sobre todo en los niveles iniciales justifica la intervención del Estado quien al interpretar el requisito de la idoneidad ha entendido que es necesaria la nacionalidad argentina a efectos de salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional.

La Corte resolvió sin embargo la inconstitucionalidad de la norma por entender que vulneraba el artículo 20 de la Constitución que dispone que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano” pudiendo “ejercer su industria, comercio y profesión”. En razón a ello señaló en sus considerandos 4) y 5) que “no hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus funciones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”. Y “si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”.

En el voto de los Dres. Petracchi y Bacqué queda reflejado lo que quizás sería la clave en lo que respecta a la forma que debe ser justificada una distinción que efectuada por una norma debe ser considerada prima facie discriminatoria y en consecuencia “sospechosa” de inconstitucionalidad. Explican estos magistrados en el considerando 7) de su voto que “aquél que sostenga la legitimidad de

la citada distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”. A su entender, la demandada no ha cumplido con este requisito por no haber probado ese “interés estatal insoslayable” que según la demandada se buscaba proteger mediante la exclusión de los extranjeros en el acceso a los referidos puestos, no bastando, como lo afirma el voto de la mayoría invocar de manera genérica el interés vital de del Estado en la Educación para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias impugnadas. Queda claro con este fallo que siempre que se realice una distinción basada en la nacionalidad, ésta será considerada inconstitucional, debiendo probarse en cambio lo contrario.

Caso “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/amparo”

En el año 1998 la Corte Suprema falla en el caso Calvo y Pesini aplicando los fundamentos del caso Repetto. Se trató aquí de un planteo de inconstitucionalidad del artículo 15 inciso a) de la ley de la Provincia de Córdoba (Ley 7625) que impedía el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integra el Equipo de Salud Humana a quienes no cumplan con el requisito de ser argentinos. La actora es una licenciada en psicología de ciudadanía española inició acciones judiciales a consecuencia de su impedimento para ingresar como médica a un Hospital Neurosiquiátrico. Planteó la inconstitucionalidad de la norma por considerarla violatoria del artículo 14 (en cuanto impedía ejercer su profesión por ser extranjero) del artículo 16 (en cuanto garantiza el ingreso a los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad) y de los artículos 20, 25 , 28 y 31 de la Constitución Nacional.

La Corte declaró aquí la inconstitucionalidad de la norma dejando un importante aporte con su fallo en lo que respecta a la interpretación del requisito de la nacionalidad para el ingreso a los empleos públicos, señalando que dicha exigencia será razonable cuando haga a la idoneidad de la función concreta para la que se requiere. Señala así el considerando 7º que “en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones. No se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos”. Correspondía decidir entonces si la condición de argentino

contenida en el art. 15 de la ley 7625 supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, en este caso, el desempeño como psicóloga en un hospital público. Esto es, juzgar de la condición en concreto.

Entendió la Corte que la demandada no ha logrado dar una justificación suficiente de la restricción consagrada en la Ley 7625, ya que su defensa sólo ha consistido en una “dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare”, razón por la cual hace lugar a la acción de amparo y declara la inconstitucionalidad del artículo 15 inc. a de la Ley 7625.

Caso “ADC V. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

En este caso se llegó a una resolución distinta a la arribada en fallos anteriores. Se declara en éste la constitucionalidad de una norma que establece una distinción basada en el requisito de la nacionalidad.

Se trata éste sin embargo de un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el que se analizó, en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por una Asociación de Derechos Civiles, la constitucionalidad del Estatuto Docente Municipal que exige el requisito de la nacionalidad argentina (nativo, por opción o naturalizado) para el ingreso a la docencia.

El Tribunal confirma, aunque con una apretada mayoría, la constitucionalidad de la norma.

Lo que se discutió en el caso es si el artículo 1º inciso a) de la Ley 668 que establece como condición para ingresar a la docencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires ser argentino nativo, por opción o naturalizado “es producto del ejercicio legítimo de la facultad que los poderes políticos tienen para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulte conveniente a efectos de llevar adelante sus objetivos, o si por el contrario se trata de una distinción inconstitucional por responder a perjuicios o estereotipos que tienen por fin excluir del ejercicio legítimo de sus derechos a un colectivo de personas”.

El Tribunal entendió que no era aplicable al caso el precedente Repetto, por considerar que existían circunstancias de hecho diferentes: mientras en el primero se trataba del ingreso de extranjeros

a la docencia en escuelas privadas, en este caso en cambio, se discutía la restricción impuesta para el caso de escuelas públicas.

Asimismo, para sostener la constitucionalidad de la norma examinada sostuvieron que:

2. No resultaba aplicable al caso el artículo 20 de la Constitución Nacional, ya que a su entender el ingreso a la docencia en un establecimiento público no tiene el carácter de derecho civil. En relación a ello, el Dr. Lozano señaló que el ejercicio de un empleo público implica el acceso a recursos naturales, y que estos recursos son restringidos en el caso concreto por existir un cupo limitado para estos cargos. Para éste, el hecho de que se trate del acceso al empleo público le quita todo contenido “civil” al ejercicio del derecho a enseñar. Es en razón a ello que sostuvo el Tribunal que el análisis de la norma debe realizarse sobre la base de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en sus empleos sin otra condición que la idoneidad”
3. Exigir la nacionalidad argentina es razonable como requisito de idoneidad para el ingreso a los cargos públicos a la luz del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Para la mayoría del Tribunal en el caso de análisis era razonable exigir el requisito de la nacionalidad argentina, pues la docencia en el ámbito público debía ser considerada como un “cargo sensible”, entendiéndose por tal al ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas”, ya que los alumnos a quienes se les debe impartir los valores nacionales y de la ciudadanía están permanentemente expuestos a la influencia de los profesores. En razón a ello, estos magistrados sostuvieron que válidamente el legislador puede excluir a los extranjeros del acceso a estos “cargos sensibles”, en el caso concreto por haber entendido quizás, que los individuos que poseen la nacionalidad argentina tienen también un mayor “compromiso con la comunidad que los recibe”.

La disidencia en cambio, compuesta por los votos de los Doctores Ruiz y Maier, se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la norma, argumentando su postura en la afirmación de que se presenta en el caso una norma que establece una distinción basada en una “categoría sospechosa”: la nacionalidad. Y no ha logrado la demandada, quien tiene en consecuencia la carga de la prueba, demostrar que dicha distinción no es arbitraria, pues como ha sostenido el Dr. Maier el Estado no logró justificar aquella distinción entre nacionales y extranjeros para el

ingreso a la docencia, por haber utilizado una argumentación “falaz”, “confusa”, “pobre”, propia de una “típica generalización estereotipada de los extranjeros”, “autocontradictoria” (por hablar de “íntimas convicciones por un lado, y de la solución de la cuestión mediante un simple trámite burocrático) y sin relación directa entre la prohibición a los extranjeros y los objetivos que se propuso la norma.

Para éstos, las distinciones fundadas en la nacionalidad son sospechosas debido a que la prohibición de distinguir entre nacionales y extranjeros surge expresamente de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional y 11 de la local.

En nuestra opinión resulta mucho más acertado el voto de la disidencia, ya que sin lugar a dudas, como señala ésta, la demandada no ha logrado hacer caer esa presunción de inconstitucionalidad que pesaba sobre la norma impugnada, siendo por otro lado perfectamente aplicable a diferencia de lo sostenido por la mayoría lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el precedente Repetto.

Caso “HOOFT, Pedro Cornelio Federico s/ inconstitucionalidad artículo 177 constitución provincial”.

Se trata éste de un fallo de la Corte Suprema del año 1999 en el que si bien la mayoría declara la causa de competencia originaria de la Corte, sin resolver la cuestión de fondo, lo que resulta sin embargo interesante es el voto en disidencia del Dr. Antonio Boggiano.

En el caso se cuestiona la constitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto exigía a los postulantes para ser juez de una Cámara de Apelación haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubieren nacido en el extranjero.

La demanda es iniciada por un juez de Primera Instancia de la localidad de Mar del Plata, que si bien había adquirido la ciudadanía, había nacido en Holanda, con padres de esa nacionalidad también. Inicia éste acciones contra la Provincia de Buenos Aires, por entender que dicha norma resulta violatoria del artículo 20 de la Constitución Nacional, que garantiza a los extranjeros el goce en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, pudiendo ejercer su industria, comercio o profesión.

EL Dr. Boggiano vota en contra de la constitucionalidad de la norma provincial, señalando que resulta claramente arbitraria aquella distinción basada en la nacionalidad del aspirante al cargo, señalando que el requisito de ser argentino ni siquiera es exigido para cargos tales como el de “Juez de la Corte de la Nación”, el que podrá ser nombrado sin más requisito que el de la idoneidad, o el de “Legislador Nacional”, a quien se le exigen sólo determinados años de ciudadanía. Aun teniendo en cuenta respecto de éste último que por ejemplo tiene a su cargo funciones que hacen a la seguridad nacional, como autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra o hacer la paz (artículo 75, inc. 25 de la Constitución Nacional), o fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra (artículo 75, inciso 27).

Debe tenerse presente que la exigencia de ser argentino o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero sólo aparece en la Constitución Nacional para el supuesto de Presidente y Vicepresidente (Artículo 89 de la Const. Nacional). Y como ha señalado el Magistrado limitaciones como las establecidas en el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires resultan manifiestamente contrarias a la Constitución Nacional, ya que hieren la vocación igualitaria de ésta.

Caso “GOTTSCHAU, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, S/amparo”

En este caso del año 2006 la Corte declara la inconstitucionalidad de un artículo del Reglamento de Concursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que imponía el requisito de la nacionalidad argentina para concursar el cargo de Secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad. La demandante era una abogada de nacionalidad alemana y radicada desde el año 1983 en la Argentina, donde realizó sus estudios secundarios y universitarios. Al presentarse como postulante en el concurso para la selección de secretario, su solicitud fue rechazada, invocándose que no cumplía con el requisito de la nacionalidad argentina exigido por el artículo 10 del mencionado reglamento. Frente a la confirmación del Consejo de la Magistratura la actora interpuso acción de amparo alegando que dicha norma resultaba violatoria de todos aquellos preceptos constitucionales que ponían en pie de igualdad a nacionales y extranjeros, garantizándoles los mismos derechos. Primera, segunda y Tercera Instancia de la justicia local declararon la constitucionalidad de la norma, y frente a ello Gottschau interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte señaló que lo que debía analizarse es si la norma impugnada resultaba contraria al artículo 16 de la Constitución Nacional, y no al artículo 20, ya que no se encontraba restringido ningún derecho civil, sino aquella igualdad que se garantizaba en el artículo 16, toda vez que de lo que se trataba es del acceso a un empleo público.

Al respecto señaló que esta norma impone sólo un principio genérico que reza la igualdad ante la ley de todos los habitantes, pero que no impide sin embargo la existencia de diferencias legítimas, ya que “la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros”.

“El ámbito del Artículo 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación...en tanto no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos habitantes de la Nación”.

Se remitió el Máximo Tribunal a lo ya dicho en la causa “Hooft”, en la que se dijo que “cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” corresponde considerarla sospechosa de discriminación, y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar.”. Aplica el “test” de Hooft, en el que existiendo en estos casos una inversión de la carga de la prueba, la demandada sólo podría argumentar una legítima distinción basada en la nacionalidad mediante una “cuidadosa” prueba en relación a los “fines” que se han intentado resguardar y los “medios” utilizados para ello. No bastará un simple análisis de razonabilidad, el que sólo es suficiente para el caso de aquellas normas que por el contrario, deben presumirse como constitucionales.

La Corte entendió en esta causa que no existía ningún fin esencial o sustancial que debiera protegerse, ya que teniendo en cuenta las tareas específicas que corresponderían al cargo de Secretario, no estaría ni siquiera comprometida la función jurisdiccional, como tampoco era posible sostener que el medio empleado (el requisito de la nacionalidad) es el adecuado al caso, por no existir alternativas menos gravosas, ya que a opinión de la Corte hubiera podido por ejemplo exigir una determinada residencia en el país, o que los estudios hayan sido realizados en éste.

Es en razón a todo lo mencionado que se declara la inconstitucionalidad de la norma.

El voto de los doctores Highton de Nolasco y Maqueda en su Considerando 6° resume este análisis al expresarse que lo que corresponde es “dirimir si la condición de argentino (ciudadanía que

no están obligados a admitir los extranjeros, conforme el artículo 20 de la Constitución Nacional) supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretende acceder, con justificación suficiente entre el medio elegido (requisito de nacionalidad argentina) y el fin perseguido por la norma, que debe representar algún interés estatal esencial.

Caso “MANTECÓN VALDÉS, Julio c/estado Nacional-Poder Judicial de la Nación”

En esta causa la Corte resuelve el planteo de inconstitucionalidad recurriendo a lo que había dicho en los precedentes de Hooft y Gottschau.

Se impugnaba en el caso la Resolución que había llamado a concurso para cubrir el cargo de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por considerarla contraria al principio de igualdad que consagra el artículo 16 de la Constitución nacional, al establecer entre los requisitos el de la nacionalidad argentina. La acción fue llevada a cabo por el Sr. Mantecón Valdés, a quien se le había rechazado la postulación por ser cubano.

Señaló la Corte ese mismo criterio que ya hemos transcripto: que “tratándose de una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad”. Entendió que la demandada no ha logrado probar esa legitimidad de la norma, al no haber demostrado fehacientemente cuál era ese interés o fin esencial del Estado que se buscaba proteger (ya que la tarea de auxiliar bibliotecario no pareciera ser ninguna función primordial para el Estado) como tampoco que el requisito impugnado haya sido el único medio posible para garantizar ese fin, sin existir alternativas menos gravosas o lesivas para el postulante. Es en razón a ello que declara la inconstitucionalidad de la mencionada Resolución.

Podríamos decir que el fallo es una síntesis de Hooft y Gottschau, ya que la Corte resuelve la cuestión, como señalábamos recurriendo a los principales considerandos de estos precedentes.

Caso” PÉREZ ORTEGA, LAURA FERNANDA C/EN-CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN-RESOLUCIÓN N° 443/89”.

En este caso, la actora inicia la demanda a consecuencia de haber sido cancelada su designación como personal de planta permanente (personal administrativo y técnico) de la Cámara de Diputados de la Nación, alegándose que el acto mediante la cual se la designó era nulo por no haberse cumplido con el requisito de la nacionalidad argentina que para ese entonces requería la Ley 22.140.

La Sra. Pérez Ortega alega la inconstitucional de la prescripción prevista en el artículo 7° inciso d) de la citada norma en tanto imponía una distinción basada en la nacionalidad, y por lo tanto debía ser considerada sospechosa de discriminación y en consecuencia portadora de una presunción de inconstitucionalidad.

Haciendo referencia a los precedentes ya analizados, la Cámara declara la inconstitucionalidad de la norma para el caso en cuestión, señalando que la demandada no logró, ante esa norma sospechada de inconstitucional, demostrar que con ella se intentaron resguardar fines sustanciales para el Estado y que no existían otras medidas alternativas (a la exigencia de la nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.

4. Las normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad y sus consecuencias en el acto administrativo

Señala el Dr. Patricio Sammartino que el escenario jurídico que se nos presenta a partir de esta serie de antecedentes jurisprudenciales que hemos analizado, en donde la Corte ha declarado cierta categoría de normas como sospechosas de violar el principio de no discriminación y en consecuencia carentes de la presunción de constitucionalidad de que goza todo acto del Estado, le plantea a la teoría del acto administrativo un “elenco de problemas” novedosos.

Así, se cuestiona, si es jurídicamente posible que una previsión normativa portadora de presunción de inconstitucionalidad se constituya válidamente en la “causa”, entendida ésta como antecedente de derecho, de un acto administrativo. Y por otro lado, cuál es la posición que deben asumir los órganos que despliegan la función administrativa frente a normas que, según la Corte Suprema de Justicia, se presumen inconstitucionales. Es decir, frente a situaciones que presentan características similares a las resueltas en los casos “Repetto”, “Gottschau”, “Mantecón Valdés” o “Pérez Ortega”.

Para el autor, la presunción de inconstitucionalidad de aquellas previsiones normativas sospechadas de discriminatorias produce, además de la inversión del onus probandi, otra consecuencia relevante: tales normas no vinculan en principio a la obediencia. Ello es así en tanto debe aplicarse el razonamiento inverso: así como la norma que se presume legítima está dotada por ello de fuerza obligatoria, la disposición normativa que no goza de esa suposición general de validez carece, en principio, de exigibilidad jurídica.

En consecuencia, señala Sammartino, estas normas, portadoras de presunción de inconstitucionalidad, no pueden en principio sustentar jurídicamente un acto administrativo. Es decir, no pueden ser la causa válida que exige el inciso b) del artículo 7° de la Ley de Procedimientos administrativos, como uno de los requisitos esenciales del acto. Y en el supuesto caso de que la Administración igualmente las aplique, ese acto adolecerá de vicio grave en la “causa” como antecedente de derecho. En razón a esto, y sobre la base del principio de juridicidad administrativa en el Estado Constitucional, es que entiende el autor que frente al caso concreto, debe la Administración abstenerse de aplicar la norma. Para él, en el Estado constitucional, la juridicidad supone el reconocimiento de la efectiva supremacía de la Constitución y de su fuerza normativa inmediata, y ello es lo que habilita a la Administración a inaplicar por sí toda norma que se presuma inconstitucional. Como fundamento más de sus conclusiones, señala asimismo, que la Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación viene sosteniendo que la Administración debe acatar los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativos a la aplicación e interpretación del derecho.

Según el autor, “en el Estado Constitucional, el “derecho aplicable” al que se refiere el artículo 7° inc. b) de la Ley N° 19.549, tiene en su vértice a la Ley Fundamental. Ella, en tanto norma jurídica, tiene para todos los órganos estatales, fuerza normativa. Ignorar que la Administración está dotada de potestad de inaplicar por sí aquellas normas legales que, con arreglo a la doctrina de la Corte, exhiben presunción de inconstitucionalidad lleva a desconocer la eficacia práctica de la Constitución y de los valores que ella reconoce y ampara”.

5. El requisito de la nacionalidad argentina en la legislación local

El siguiente cuadro nos permitirá observar que la nacionalidad argentina se presenta no sólo como condición para el ingreso a la Administración Pública Nacional sino que es también un requisito

presente en la mayoría de las normas locales que regulan la materia:

PROVINCIA	REQUISITO DE LA NACIONALIDAD ARGENTINA
BUENOS AIRES	LEY 10430 –ART. 2° “Son requisitos para la admisibilidad: a) Ser argentino nativo, o por opción o naturalizado. Por excepción podrán admitirse extranjeros que posean vínculos de consanguinidad en primer grado o de matrimonio con argentinos, siempre que cuenten con dos (2) años como mínimo de residencia en el país. Asimismo, se admitirán extranjeros cuando se tengan que cubrir vacantes correspondientes a cargos indispensables de carácter profesional, técnico o especial...”
CATAMARCA	DTO 560/73-ART. 10: “El ingreso a la función pública se hará previa acreditación de la idoneidad. Son además requisitos indispensables: ser argentino, salvo caso de excepción cuando determinados tipos de actividades así lo justifiquen...”
CHACO	Ley 2017-ART. 14: “LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA EL INGRESO SON LOS SIGUIENTES: 1) SER ARGENTINO NATIVO O NACIONALIZADO SALVO CASOS DE EXCEPCION, CUANDO DETERMINADO TIPO DE ACTIVIDAD ASI LO JUSTIFIQUE...”
CHUBUT	LEY 74: Artículo 2º.- Para el ingreso a la Administración Pública se requerirá: a) Ser argentino nativo, por opción o

	naturalizado. Por excepción podrán admitirse extranjeros que posean vínculos de consanguinidad en primer grado o de matrimonio con argentinos, siempre que cuenten con dos (2) años de residencia como mínimo en el país...”
CÓRDOBA	LEY 7233-ART. 12: NO establece entre los requisitos para el ingreso la nacionalidad argentina
CORRIENTES	LEY 4067-ART. 18 “- Son requisitos para la admisibilidad en la Administración Pública Provincial: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado con la excepción establecida por el segundo párrafo del Artículo N° 24 de la Constitución de la Provincia, respecto a extranjeros...”
ENTRE RIOS	LEY 9755-ART. 4: “El ingreso a la Administración Provincial estará sujeto a la previa acreditación de las siguientes condiciones: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado...” Decreto N° 5703 MGJE-ART. 2°: “Para el nombramiento de los empleados comprendidos en esta Ley, se exigirán los requisitos siguientes: a) Ser ciudadano argentino o naturalizado, siendo varón; ser argentina, siendo mujer, y tener en ambos casos dieciocho años de edad como mínimo
FORMOSA	LEY 696-ART. 4°: “Para ingresar a la Administración Pública Provincial, será necesario cumplir con las siguientes

	condiciones: a) Ser argentino, Excepcionalmente el Poder Ejecutivo podrá autorizar el ingreso a extranjeros cuando razones técnicas o científicas en determinado tipo de actividades o el interés de la Administración así lo requieran, siempre y cuando no se vulneren las normas de defensa o protección de fronteras que dictare la Nación o la Provincia. Las causales deberán acreditarse fehacientemente y constarán en el decreto de designación...”
JUJUY	LEY 3161-ART. 15°: NO se establece entre los requisitos para el ingreso la nacionalidad argentina
LA PAMPA	LEY 643-ART. 15°: “: El ingreso a cualquiera de las ramas está condicionado a los siguientes requisitos generales... b) ser argentino, salvo que determinados tipos de actividades justifiquen la excepción...”
LA RIOJA	LEY 3870-ART. 14: “son requisitos para el ingreso: a) Ser argentino...”
MENDOZA	DECRETO LEY 560/73-Art.10: “ El ingreso a la función pública se hará previa acreditación de la idoneidad. Son además requisitos indispensables: ser argentino, salvo caso de excepción cuando determinados tipos de actividades así lo justifiquen...”
MISIONES	LEY 1556-ART. 7°:” El ingreso a la Administración Pública Provincial, se hará Previa acreditación de las siguientes condiciones, en la forma que determine

	la Reglamentación... b) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, con no menos de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía...”
NEUQUÉN	Decreto N° 1853/1958-ART. 5°: “Las personas que ingresen a la Administración Provincial deberán llenar los requisitos siguientes: a) Ser argentino, nativo o naturalizado, y tener no menos de dieciocho (18) años de edad, pudiendo apartarse en casos de excepción y cuando la función o actividad específica así lo justifique, del requisito de nacionalidad, debiendo mediar resolución expresa del Poder Ejecutivo Provincial, a la propuesta del Ministerio o Repartición interesada...”
RIO NEGRO	Ley 1844-ART. 10: NO se establece entre los requisitos para el ingreso la nacionalidad argentina.
SALTA	Ley 5546-ART. 3° “Son condiciones necesarias y concurrentes para ingresar o reingresar a la Administración Pública Provincial, las siguientes... b) Ser argentino nativo o naturalizado con un año de ejercicio de la ciudadanía...”
SAN JUAN	Ley 3816-ART. 13: NO se establece entre los requisitos para el ingreso la nacionalidad argentina.
SAN LUIS	Ley N° XV-0390-2004 (5618)-ART. 10:” Son requisitos indispensables para el ingreso: a) Ser Argentino o nacionalizado...”
SANTA CRUZ	LEY 591-ART. 3°: “El ingreso a la Administración Pública Provincial se

	<p>hará previa acreditación de idoneidad demostrada en el respectivo concurso. Son además requisitos indispensables: 1º) Ser argentino nativo o por opción o naturalizado. En este último caso deberán acreditarse cinco (5) años en ejercicio de la radicación definitiva concedida por la Dirección Nacional de Migraciones...”</p>
SANTA FE	<p>Ley 8525-ART. 10º:” Son requisitos indispensables...e) Ser argentino, salvo en los casos que determine el Poder Ejecutivo en atención a la función a desempeñar...”</p>
SANTIAGO DEL ESTERO	<p>LEY 5642-ART.6º: “El ingreso a la función pública se hará previa acreditación de la idoneidad. Son además requisitos indispensables: ser argentino; salvo en caso de excepción cuando determinados tipos de actividades así lo justifiquen...”</p>
TIERRA DEL FUEGO	<p>Ley 22.140-ART. 7º: “Ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) de ejercicio de la ciudadanía.”</p>
TUCUMÁN	<p>LEY 5473-ART. 4º: NO establece entre los requisitos para el ingreso a la nacionalidad argentina.</p>
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES	<p>LEY 471-ART. 7º: El artículo establece las condiciones de admisibilidad por la negativa, es decir señalando quiénes no podrán ingresar, no mencionándose a los extranjeros. No se requiere en consecuencia la nacionalidad argentina.</p>

6. Recapitulando el requisito de la nacionalidad argentina: Conclusiones

De los precedentes analizados surge que la Corte Suprema no ha declarado la inconstitucionalidad en sí del inciso a) del artículo 4° de la Ley 25.164, en cuanto exige la nacionalidad argentina para el ingreso al empleo público nacional, sino que ha considerado dicha exigencia una “categoría sospechosa”, sospechosa de discriminatoria. Esta presunción invierte la carga de la prueba, al invertirse el principio general de que las leyes y los actos del Estado se presumen constitucionales: aquí por el contrario, frente a una norma que establezca entre los requisitos para el acceso a determinado cargo público el de la nacionalidad argentina, será ésta considerada prima facie violatoria del principio de igualdad, y será el estado eventualmente demandado quien deba probar que dicho requisito resulta indispensable para satisfacer un fin esencial, no pudiendo reemplazarse por ningún otro.

El análisis deberá realizarse en cada caso particular, ya que la exigencia de la nacionalidad argentina podría resultar legítima para un empleo determinado y discriminatoria para otro. La clave se encuentra en el requisito de la idoneidad, única exigencia conforme el texto de la Constitución para ser admisibles en los empleos, razón por la cual siempre que se requiera la nacionalidad argentina deberá la Administración probar que la misma hace a la idoneidad requerida de ese puesto concreto para el que se exige. Esto ha dicho la Corte al señalar en el precedente Calvo y Pesini que “la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, distinguiéndose entre los que configuran exigencias genéricas (aptitud física, técnica, moral) de aquellas específicas como la nacionalidad, consideradas para el ejercicio de determinadas funciones. No se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos, siempre bajo el principio rector que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional en favor del reconocimiento pleno de los derechos de todos los habitantes, incluido el ejercicio de su profesión”.

No debemos perder de vista que la igualdad en el acceso a la empleo público ha sido colocada por la Carta Iberoamericana de la Función Pública como un criterio orientador y un principio rector para los Estados iberoamericanos firmantes, señalando este Documento al respecto la obligación de impulsar “políticas activas para favorecer la igualdad de género, la protección e integración de las

minorías, y en general la inclusión y la no discriminación por motivos de género, origen social, etnia, discapacidad u otras causas” (puntos 7.i y 8 de la Carta).²⁵

Debemos preguntarnos por qué entonces, el requisito de la nacionalidad aparece en la mayoría de los Estados iberoamericanos (además de la Argentina por ejemplo, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) como condición para el ingreso al empleo público en las normas que de manera genérica lo regulan. Por qué existiendo Tratados Internacionales, ratificados por estos mismos Estados que prohíben cualquier tipo de discriminación injustificada aún se mantiene en dichas normas este requisito. Esta igualdad tan añorada entre los hombres es quizás aún hoy sólo un ideal sobre el cual se debe trabajar de manera insistente para que se convierta en un derecho cierto.²⁶ El requisito de la nacionalidad argentina es todavía la regla general y no la excepción en la letra de la Ley 25.164.

CAPÍTULO VI

El impedimento del Proceso Penal Pendiente

1. Regulación

²⁵ Del mismo modo, los puntos 20 y 23 de la Carta Iberoamericana disponen al regular el “acceso al empleo” que la gestión de los procesos de acceso al empleo público se ha de llevar a cabo en todo caso de acuerdo con determinados principios, entre ellos el de la “libre concurrencia, de acuerdo con unos principios generales de acceso al empleo público y sin más restricciones que las derivadas del perfil de competencias, que en todo caso deberá corresponderse con los requerimientos del puesto...”

Los mecanismos propios de la función pública garantizarán en todo caso, en los procedimientos de acceso al empleo público, la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación, así como los de igualdad de género e inclusión de las minorías necesitadas de especial protección, incorporando en caso necesario políticas y medidas activas de discriminación positiva o acción afirmativa...”

²⁶ Brasil: Ley 8112. Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Unión, las autoridades locales y fundaciones públicas federales. Art. 5: “los requisitos básicos para un cargo público en dotación: la nacionalidad brasileña”; Chile: Ley 18.834-Estatuto Administrativo. Art. 11: “para ingresar a la Ley 18.834, Administración del Estado será necesario cumplir los siguientes requisitos: a) Ser ciudadano. No obstante, en casos de excepción determinados por la autoridad...podrá designarse en empleos o contratar a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial...En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos...; Paraguay: Ley 1.626 de la Función Pública. Art. 14: “los interesados en ingresar a la función pública deberán reunir las siguientes condiciones: a) tener nacionalidad paraguaya”; Uruguay: Decreto-Ley N° 10.388-Estatuto del Funcionario. Art. 2: “para ingresar a las funciones públicas se requiere: a) estar inscripto en el Registro Cívico. Los ciudadanos legales no podrán ser llamados a los empleos públicos sino tres años después de haberseles otorgado la carga de la ciudadanía...”

Establece el artículo 5° inciso c) de la Ley 25.164 que no podrá ingresar a la Administración Pública Nacional “el que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b)” del referido artículo, esto es delito doloso o delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.

La crítica a este impedimento surge a partir de la circunstancia de que se está restringiendo el ingreso al empleo público a aquella persona que tenga un proceso penal pendiente, es decir a alguien que aún goza conforme nuestro sistema jurídico de la presunción de inocencia.

Nos proponemos seguidamente analizar este inciso partiendo de un análisis del principio de inocencia y realizando un recorrido por la legislación local e internacional. Veremos también si el tema ha sido analizado jurisprudencialmente y cuáles serían las posibles consecuencias de aceptar como empleado público a aquel aspirante que en principio está siendo “sospechado” de la comisión de un delito.

2. El principio de inocencia

En el Siglo XVIII aparece uno de los postulados fundamentales de la reforma liberal, en oposición al sistema represivo que imperaba hasta entonces: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano busca poner fin a un modelo de justicia penal represivo, fundado en las pruebas legales (como ser el uso indiscriminado de la tortura como medio legítimo para obtener la confesión).

Se trataba aquel de un sistema inquisitivo donde el acusado no era considerado un sospechoso, sino un “culpable”. No era el Estado quien debía probar su culpabilidad sino el acusado quien debía probar su inocencia.

Fue Beccaría a partir de su obra titulada “De los Delitos y de las Penas” uno de los máximos referentes de esta reforma penal y procesal penal, razón por la cual, reconocido como el fundador de la ciencia penal moderna, partiendo de la premisa de que todo imputado es prima facie inocente, estableció en su obra diversos postulados que surgen como consecuencia de ésta: así por ejemplo dirá tratándose la prisión preventiva de un “anticipo” de la pena, debe tener el Estado suficientes pruebas de que el imputado al menos prima facie, puede ser el autor del delito, del mismo modo que menciona la separación en los recintos carcelarios de acusados y convictos, fundado ello en que “un hombre no

puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”²⁷

Para Manzini Vizenzo el principio de inocencia es un axioma que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona, condición de derecho que se tiene frente al ius puniendi, categoría a priori de la experiencia y que por lo tanto, resulta absurdo que sea probada por quien goza de ella, debiendo por el contrario ser acreditada su pérdida con elementos empíricos y argumentos racionales, por los órganos que ejercen la función represiva del Estado cuando un individuo lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos y dignos de protegerlos con la potestad punitiva de aquél”.²⁸

La presunción de inocencia es entonces una condición inherente a la persona como sujeto de derecho, la que debe hacer caer el Estado mediante pruebas concretas que lleven a un grado de certeza tal que permita concluir en una sentencia definitiva condenatoria

Esto deriva en una serie de postulados a favor del imputado, como por ejemplo el “in dubio pro reo”. El Estado encargado de llevar adelante la acción penal no logra por medio de elementos de convicción empíricos acrecentar esa probabilidad de culpabilidad que tiene la persona respecto de la participación en un hecho delictivo, debe optar por su inocencia, ya que es ésta entonces la condición que goza mayor grado de certeza.

La presunción de inocencia configura entonces una garantía básica del proceso penal en un Estado de Derecho y en consecuencia una regla de tratamiento del imputado durante todo el proceso penal, ya que como decíamos, al partirse de la idea de que el imputado es inocente, se debe reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos del imputado durante la tramitación del juicio.

Determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable, mientras no exista una sentencia condenatoria. Sólo ésta es el instrumento idóneo capaz de vencer esta presunción.

La presunción de inocencia encierra en consecuencia los siguientes cuatro aspectos:

²⁷ Beccaría, César, “De los Delitos y de las penas” 2º Edición, Ediciones Jurídicas-Europa-América. Pág. 119. Bs. As. Argentina, 1974.

²⁸ Tratado de Derecho Penal, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América-Pág. 180, Bs. As. 1951

-Es una garantía básica del proceso penal: Sobre ella se construye el modelo de proceso penal en un Estado de Derecho. Al mismo tiempo que significa un límite para el legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleve para el acusado la carga de probar su inocencia.

-Es una regla de tratamiento del imputado: En tanto se parte de la idea de que el imputado es inocente y no culpable se debe reducir durante el proceso al mínimo toda medida restrictiva de sus derechos.

-Es una regla de juicio del proceso: la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpaado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

-Es una presunción “iuris tantum”: Significa ello que si bien se parte de la inocencia del imputado, podrá concluirse en lo contrario, si se ha logrado en el desarrollo del proceso y a partir de las pruebas aportadas demostrar la participación del mismo en alguno de los tipos delictivos que la ley establece.

2.1 La presunción de inocencia como garantía constitucional: los Tratados Internacionales

La presunción de inocencia como garantía para el imputado se ha reconocido implícita en el artículo 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Asimismo se encuentra reconocido de manera expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Constitución Nacional a partir de la Reforma de 1994.

Con el término de la Segunda Guerra Mundial las naciones se han visto en la necesidad de consagrar en estos diversos textos internacionales los derechos inherentes a la persona humana con el propósito de obligar a los Estados en forma universal, quizás ello a consecuencia de las atrocidades cometidas por los países que participaron de este conflicto bélico.

Establecen los mencionados Tratados:

*Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 11.1

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Artículo 8.2

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad”

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo XXVI.

“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14.2

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

2.2 Derecho Comparado

El principio de inocencia como garantía procesal se encuentra consagrado en la mayoría de las constituciones de los Estados Democráticos. Así por ejemplo, en la Constitución de Bolivia (art. 16: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”) en la Constitución de Colombia (art. 29: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya judicialmente culpable”), en la de Ecuador (art. 24.7 “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”), en la de Paraguay (art. 117.1: “en el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a que sea presumida su inocencia”), en la de Perú (art. 2.24: “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales y, en consecuencia...toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”), en la de Brasil (art. 5.26 “Nadie será considerado culpable hasta la

firmeza de la sentencia penal condenatoria”), y en la de Chile (art. 3: “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.”²⁹

Esta presunción “subyace al propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”.³⁰

“Una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.³¹ Se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena a una persona con meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas; cuando se presume la culpabilidad del imputado imponiéndole la carga del *onus probando* de su inocencia; cuando se condena sin haber recibido las pruebas de cargo; como también cuando se condena en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer violando derechos fundamentales o sin las garantías constitucional y legalmente debidas, o cuando de hechos no probados se extraigan consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten los derechos fundamentales, entre otras situaciones posibles.

2.3 El principio de inocencia en la esfera extra-procesal

²⁹ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 02 de Julio de 2004

³⁰ Caso “Suarez Rosero”. Sentencia del 02 de Noviembre de 1997

³¹ Caso “Cantoral Benavidez” Sentencia del 18 de Agosto de 2000

La presunción de inocencia se debe aplicar a toda resolución jurisdiccional o administrativa. Es decir, no sólo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional que se base en conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos o una sanción, ya que ello funcionaría como una manifestación del ámbito punitivo estatal.

“El principio de presunción de inocencia debe ser respetado no sólo en el proceso judicial sino en todos los ámbitos de la vida de aquel que se encuentra por el momento “sospechado”, a quien se le debe otorgar el trato de no partícipe en hechos delictivos. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la presunción de inocencia poder ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”. Exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquélla”.³²

Es precisamente esto lo que sucede con la letra del inciso c) del artículo 5º, ya que lo que hace el Estado es establecer una pena (impedimento de ingresar a la Administración Pública) a aquel que conforme las propias garantías constitucionales es inocente, por no haber mediado aún una sentencia judicial que determine lo contrario.

Se genera así una clara contradicción: el Estado que dice garantizar en su actividad jurisdiccional esta presunción de inocencia del imputado a lo largo de todo el proceso, lo termina condenando de manera anticipada, a través de su propia actividad legislativa.

Quien es investigado por la comisión de un delito se encuentra ya “condenado”, sufriendo los prejuicios no sólo de la sociedad sino del mismo Estado.

Al respecto de la Opinión Pública Parra Quijano ha señalado que “nuestros medios masivos de comunicación aparecieron y llegamos a la adultez con lo que ellos nos han estampado. Nuestra opinión pública es lo que los medios masivos de comunicación quieren que sea. Cuando las investigaciones se entregan al conocimiento de los medios de comunicación, la opinión que es inerte, manifestará lo que los medios quieren.

Cada vez que los medios masivos de comunicación “contaminan” los procesos, se viola la presunción de inocencia y el hombre aún absuelto fue condenado. La verdadera condena para un

³² Caso “Lori Berenson vs. Perú” Sentencia del 24 de Noviembre de 2004

hombre de bien se cumple fuera de la cárcel, cuando ya no puede exhibir su talento o autoestima, o cuando a pesar de hacerlo sabe que no es creído por la opinión pública. La inocencia tiene autoridad, que se pierde cuando a pesar de no existir prueba que la desvirtúe, fue hallada por los medios masivos de comunicación: la Justicia es humildad y no espectáculo”.

3. El impedimento del Proceso Penal Pendiente en la Legislación Local

El referido impedimento no sólo aparece en la normativa que regula el ingreso a la Administración Pública Nacional, sino que realizando una lectura de las legislaciones locales podemos observar que se encuentra presente en la mayoría de las normas provinciales que regulan el acceso a la Administración. Veamos a continuación un cuadro en el que se transcriben las normas pertinentes:

PROVINCIA	IMPEDIMENTO DEL PROCESO PENAL PENDIENTE
BUENOS AIRES	Ley 10.430 art. 4° inc. b):” No podrá ingresar a la Administración...el que tenga proceso penal pendiente o haya sido condenado en causa criminal, por hecho doloso de naturaleza infamante, salvo rehabilitación”
CATAMARCA	Decreto 560/73-Estatuto del Empleado Público. Art. 11 inc. d): “No podrá ingresar a las dependencias comprendidas en el ámbito del presente estatuto...el que tenga pendiente proceso criminal”
CHACO	Ley 2017-Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial. El artículo 16 al mencionar los impedimentos para el ingreso no hace referencia al proceso penal pendiente.
CHUBUT	Ley N° 74-Estatuto para el Personal de la Administración Pública. Art. 4° inc. c): “No podrán ingresar a la Administración Pública Provincial...el que tenga proceso criminal pendiente, o

	<p>haya sido condenado en causa criminal por hecho doloso, que a criterio de la autoridad administrativa competente, implique desmedro moral suficiente”.</p>
CÓRDOBA	<p>Ley 7233-Estatuto del Personal de la Administración Pública Provincial. Art. 12 inc. e): “Son requisitos para el ingreso...no tener pendiente proceso criminal por hecho doloso referido a la Administración Pública o que no refiriéndose a la misma, cuando por sus circunstancias afecte el decoro de la función o el prestigio de la Administración”</p>
CORRIENTES	<p>Ley 4067-Estatuto del Empleado Público. El artículo 24 establece quiénes no podrán ingresar a la Administración Pública Provincial, no mencionándose a quien posee proceso pendiente.</p>
ENTRE RÍOS	<p>Ley 9755-Marco de Regulación del Empleo Público de la Pcia. De Entre Ríos. El artículo 5° establece los impedimentos para ingresar, permanecer y reingresar a la Administración Provincial, no haciéndose referencia al proceso penal pendiente.</p>
FORMOSA	<p>Ley 696-Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial. Art. 5° inc. b) “No podrán ingresar o reingresar a la Administración Pública Provincial, los que se encuentren en las siguientes condiciones: los que hubieren sido condenados por delitos dolosos, mientras no hayan cumplido la pena y sus accesorias o se haya producido la prescripción y los que tengan proceso criminal pendiente por delito de la misma índole”</p>
JUJUY	<p>Ley 3161-Estatuto para el personal de la Administración Pública de la Provincia de Jujuy. Art. 16° inc. 3): “No podrán ingresar ni reingresar en la Administración Pública...los que</p>

	tengan proceso penal pendiente”.
LA PAMPA	Ley 643-Estatuto para los Agentes de la Administración Pública Provincial dependiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Art 29 inc. d): “No podrán ingresar, ser readmitidos o contratados: los que tenga pendiente proceso criminal por delito doloso”.
LA RIOJA	Ley 3870-Estatuto para el personal de la Administración Pública Provincial y Municipal. Art. 15° inc. d) “No podrá ingresar, reingresar ni permanecer en la Administración Pública Provincial y Municipal, según corresponda: el que tenga pendiente proceso criminal por hecho doloso referido a la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, o que no refiriéndose a la misma, cuando por sus circunstancias afecte el decoro de la función o el prestigio de la Administración”.
MENDOZA	Decreto Ley 560/73-Estatuto del Empleado Público. Art. 11 inc. d) “No podrá ingresar a las dependencias comprendidas en el ámbito del presente estatuto...el que tenga pendiente proceso criminal”.
MISIONES	Ley 1556-Régimen Jurídico Básico de la Función en la Administración Pública Provincial. Art. 12 inc. a): “No podrán ingresar a la Administración Pública Provincial...el condenado o procesado por delito cometido en perjuicio de/o contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal o por cualquier delito doloso que afecte el decoro o el prestigio de la Administración Pública”.
NEUQUÉN	Decreto N° 1853/1958-Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Provincial. Art. 8° inc. d): “No podrán ingresar a la Administración Provincial...el que tenga

	pendiente proceso criminal y hasta tanto se dicte sentencia absolutoria definitiva”.
RIO NEGRO	Ley 1844-Estatuto y Escalafón del Personal de la Administración Pública de la Provincia de Río Negro. No se menciona como impedimento para el ingreso la existencia de un proceso penal pendiente. (Art 10)
SALTA	Ley 5546-Estatuto del Empleado Público. Art. 6° inc. c) “No podrá ingresar ni reingresar en la Administración Pública Provincial...el que tenga proceso penal pendiente o haya sido condenado en causa criminal, por delito doloso. En caso de delitos leves, el Poder Ejecutivo previa evaluación de los mismos, podrá otorgar la dispensa de este impedimento en forma expresa”.
SAN JUAN	Ley 3816-Estatuto y Escalafón para el Personal Civil de la Administración Pública de la Provincia de San Juan. Art. 19° inc. c): “No podrá ingresar a la Administración Pública...el que tenga pendiente proceso criminal por delito doloso...”
SAN LUIS	Ley N° XV-0390-2004 (5618) Estatuto del Empleado Público. Los artículos 10 y 11 regulan los requisitos e impedimentos para el ingreso a la Administración provincial. Sin embargo no se menciona la existencia de proceso penal pendiente.
SANTA CRUZ	Ley 591-Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Provincial. Art. 4° inciso d): “no podrán ingresar a la Administración Pública Provincial...el que tenga pendiente proceso criminal...”
SANTA FE	Ley 8525-Art. 12° inc. e): “No pueden ingresar...el que tenga proceso penal pendiente por los hechos previstos en los incisos a) y b) (delitos contra o en perjuicio de la Administración Pública y delito doloso cuando no haya

	transcurrido un plazo igual a tres veces el de la condena, el cual no puede ser nunca inferior a diez años...”
SANTIAGO DEL ESTERO	Ley 5642- Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Provincial. Art. 8° inc. d): “No podrán ingresar o reingresar a las dependencias comprendidas en el ámbito del presente Estatuto...el que tenga pendiente proceso criminal con auto de procesamiento dictado.
TIERRA DEL FUEGO	Ley 22.140-Art. 8° inc. d):”no podrá ingresar...el que tuviera proceso penal pendiente que pudiera dar lugar a condena por alguno de los delitos enunciados en los incisos a) y b)...”
TUCUMÁN	Ley 5473. Art. 5° inciso 9): “No podrán ingresar a la Administración...los que tengan procesos pendientes que puedan dar lugar a condena por alguno de los delitos enunciados en el inciso 3.de este artículo...” (delito doloso)
CIUDAD AUTÓNOMA DE BS.AS.	Ley 471-Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Art. 7° inc. a): “No pueden ingresar...quienes hubieran sido condenados o se encuentren procesados con auto de procesamiento firme, situación procesal equivalente por delito contra la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”

Como se puede observar, la existencia de un proceso penal pendiente es un impedimento para el acceso al empleo público en la mayoría de las provincias, incluyendo a la Ciudad de Buenos Aires, con la sola excepción de las provincias de Chaco, Corrientes, Entre Ríos, Río Negro y San Luis.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el ingreso al empleo público en algunos de nuestros países hermanos: Brasil, Chile y Paraguay establecen como hemos observado entre sus requisitos el de la nacionalidad, pero no así la existencia de proceso penal pendiente como un impedimento, y lo mismo ocurre con Bolivia. Las normas chilena y paraguaya sobre función pública no mencionan la existencia

de un proceso, sino que recién consideran un impedimento la condena cierta, por sentencia firme a consecuencia de la comisión de algún delito.³³

4. Jurisprudencia

No hemos encontrado caso judicial en que se haya cuestionado o analizado este requisito. Tan sólo un Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público (Dictamen n° 3992/09) ha echado cierta luz al alcance del mismo. Éste se emitió en el marco de una consulta efectuada por la Dirección de Sumarios del Ministerio del Interior acerca del alcance que se le debe otorgar a las previsiones del inciso c) del artículo 5° de la Ley N° 25.164 en cuanto establece que no podrá ingresar a la Administración Pública Nacional “el que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b) “del referido artículo. El Ministerio solicitó que se especifique si tal precepto se debe interpretar con un sentido amplio o por el contrario restringido, o sea, si se requiere el procesamiento firme o basta la mera imputación y el llamado a indagatoria para que se constituya el impedimento de ingreso.

La Oficina Nacional de Empleo Público, compartiendo el dictamen previo del servicio jurídico del Ministerio, señala que, “en cuanto al alcance que se le debe otorgar a las previsiones del inciso c) del artículo 5° de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164...debe tomarse en consideración , a tal fin, la presunción de inocencia contemplado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, y toda vez que el inciso en cuestión no habla de condenado, parece prudente entender que dicho término alcanza a las personas sobre las cuales ha recaído, cuanto menos, auto de procesamiento, obviamente respecto de los delitos a que aluden los incisos a) y b) del artículo 5° de la Ley N° 25.164...”

Dicho criterio, a entender por el Órgano al que se consulta, “tiene entre otros fundamentos la mayor certeza que el auto de procesamiento, dictado por el juez de la causa, brinda respecto del hecho investigado, y evitaría, a su vez, limitar el ingreso a la función pública por una simple denuncia, que como tal carece de la entidad que ostenta el auto de procesamiento, todo visto a la luz del principio de inocencia ya citado...”

³³ Art. 12 ley 18.834-Chile y art. 16 ley 1.626-Paraguay

Para la Oficina Nacional de Empleo Público es ésta una interpretación razonable, acorde con los principios del artículo 28 de la Constitución Nacional, en cuanto no desvirtúa los derechos constitucionales, por considerarse una reglamentación razonable del artículo 16 de la Constitución.³⁴

Recuerda lo dicho por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en relación al auto de procesamiento en la causa “Astiz, A. S/ procesamiento, Causa N° 29.987: “para la adopción de una decisión como el auto de procesamiento basta la exigencia de elementos de convicción suficientes para juzgar, en este momento y provisionalmente, que se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo y que de lo que se trata es de habilitar el avance del proceso hacia el juicio, que es la etapa en la que se desarrollarán los debates y la confrontación con amplitud.

Concluye entonces la Oficina Nacional de Empleo Público que lo que establece el inciso c) del artículo 5° del Anexo a la Ley 25.164 es que no podrá ingresar a la Administración Pública Nacional aquella persona sobre la que hubiera recaído auto de procesamiento en el marco de procesos penales que puedan dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b) del citado artículo.

En nuestra opinión, si bien la Oficina Nacional de Empleo Público adopta una interpretación restringida del inciso aceptando que el impedimento “roza” con el principio constitucional de inocencia, la interpretación que efectúa resulta igualmente violatoria del mismo. Ello es así porque aun cuando existiera auto de procesamiento respecto del postulante a ingresar a la Administración Pública, la situación jurídica de éste, conforme nuestro régimen legal, seguirá siendo la de inocente, hasta tanto exista una condena firme que lo declare culpable.

Es decir, la interpretación de la Oficina Nacional de Empleo Público no resuelve la cuestión, ya que ello no puede hacerse sin caer en la “declaración inconstitucional” del inciso. Sólo opta entre las dos posibles interpretaciones, por la menos gravosa.

³⁴ Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”.

CONCLUSIONES FINALES

No existen dudas de que el requisito de la nacionalidad argentina y el impedimento del proceso penal pendiente generan por lo menos cierta “molestia” en cuanto los percibimos dentro del marco general de los derechos, principios y garantías de la Constitución Argentina. Tan es así, que el requisito de la nacionalidad configura como vimos, la excepción a la regla general que dispone que las normas se presumen constitucionales: se invierte aquí la carga de la prueba, siendo el Estado esta vez

quien debe demostrar que este requisito, considerado prima facie inconstitucional por su esencia discriminatoria, resulta para el caso concreto ajustado a derecho.

Y si bien la Corte no se ha expedido aún respecto del impedimento en cuestión, del análisis que hemos llevado a cabo a lo largo de este trabajo surge claramente que no hay forma de conciliar el impedimento del proceso penal pendiente con el principio de inocencia de nuestra Constitución Nacional.

Qué hacer entonces al respecto? Quizás haya llegado el momento de pensar en una reforma de la Ley 25.164. Si nuestro Máximo Tribunal ha catalogado al requisito de la nacionalidad como “categoría sospechosa” por qué el extranjero que ha ingresado a la Administración Pública debe aún aguardar que el Estado Argentino le otorgue la excepción? Procedimiento éste que lejos está de tener una respuesta rápida, ya que la práctica nos demuestra que la excepción del Jefe de Gabinete tarde en llegar entre uno o dos años. Y mientras tanto, el funcionario no argentino, que por cierto ha demostrado ser el más idóneo para el cargo que ocupa, mantiene una especie de “designación precaria” hasta tanto no se le otorgue dicha excepción.

Pedirle al Estado que exceptúe a cada ingresante no argentino es transformar lo que debe funcionar como regla en excepción: si el requisito de la nacionalidad argentina debe ser considerado discriminatorio, por qué todo extranjero debe ser exceptuado? Es cierto que la Corte ha dicho que el requisito no es inconstitucional, pero también ha dicho que es “sospechoso” de tal, razón por la cual resulta necesaria su reforma, de modo que la nacionalidad argentina sea sólo un requisito en aquellos casos en que resulte razonablemente exigible, por las específicas particularidades del cargo. Se evitaría de esta forma un procedimiento innecesario y además incómodo tanto para la Administración como para el administrado.

Debemos tener presente que la Carta Iberoamericana de la Función Pública establece entre sus principios orientadores el “impulso de políticas activas para favorecer la igualdad de género, la protección e integración de las minorías y en general la inclusión y la no discriminación por motivos de género, origen social, etnia, discapacidad u otras causas”.

Lo mismo debe hacerse respecto del impedimento del proceso penal pendiente. Aun cuando podamos pensar que los fundamentos del mismo radican en la ética pública, y que el legislador lo incorporó por haber percibido éticamente incorrecto que quien aspire a ingresar a la Administración Pública se encuentre sospechado de haber cometido un delito, no podemos permitirnos normas que nieguen garantías tan elementales de nuestro estado de derecho, como lo es el “principio de inocencia”. Quien aún no ha sido condenado goza de la presunción de inocencia y en consecuencia debe ser tratado como tal, más allá de las características tan especiales de la función pública, de las que hablábamos al comenzar nuestro trabajo.

Y ningún desenlace perjudicial podría acarrear esto para la Administración, ya que en el supuesto caso de que el ingresante imputado resulte efectivamente condenado, podría dejarse sin efecto su designación, porque entonces habrá incurrido en los impedimentos de los incisos a) o b) del artículo 5° de la Ley 25.164. Esta solución permitiría dejar en resguardo tanto la ética que se exige para todo cargo público como el principio de inocencia.

Consideramos que modificar la Ley Nacional de Empleo Público en aras de una ley más respetuosa de la Constitución Nacional es la propuesta más acertada a las conclusiones a las que hemos arribado en este trabajo. Y mientras ello suceda, la postura más adecuada a tomar por la Administración es quizás la doctrina del Dr. Miguel Marienhoff, en momentos en que era Procurador del Tesoro la Nación³⁵: la Administración no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pues ello es una tarea judicial, pero en cambio sí puede abstenerse de aplicar una norma inconstitucional, cuando ellas fueran manifiestamente inconstitucionales y hubiera reiterados pronunciamientos judiciales que declararan la inconstitucionalidad de esa norma. Pareciera que no hay dudas de que es éste el caso que se plantea con las normas que establecen como parámetro de selección el requisito de la nacionalidad argentina, como lo hace la Ley 25.164.

Y si bien es cierto que puede concebirse a esta postura como reñida con el principio de división de poderes, debemos remitirnos a las palabras del Dr. Patricio Sammartino, quien como vimos adhiere a esta doctrina: “siendo que la división de los poderes es una garantía de libertad de las personas, y

³⁵ Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. T I Pág. 397-Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Tomo 84 pág. 102

dado que mediante la inaplicación por sí de una norma legal sospechosa de discriminación la Administración procura garantizar in natura un derecho fundamental, el de igualdad, es evidente que al actuar de ese modo no se afecta la tésis inspiradora de ese principio. Paradojalmente, la inobservancia razonada de la ley presuntamente inconstitucional, es la observancia de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce”.³⁶

BIBLIOGRAFÍA

-Legislación:

³⁶ Patricio M. E. Sammartino. “La causa y el Objeto del Acto Administrativo en el Estado Constitucional” pág.88.

- Carta Iberoamericana de la Función Pública
- Código Nacional Electoral
- Código Penal
- Código de ética para la Función Pública
- Constitución Nacional
- Constituciones de las 23 provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Constitución de Bolivia (art. 16)
- Constitución de Colombia (art. 29)
- Constitución de Ecuador (art. 24.7)
- Constitución de Paraguay (art. 117.1)
- Constitución de Perú (art. 2.24)
- Constitución de Brasil (art. 5.26)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional (Dto. 66/99).
- Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Decreto Reglamentario de la Ley 25.164 (Decreto 1421/2002)
- Decreto 214/2006- Convenio Colectivo General para la Administración Pública Nacional
- Decreto 8566/61- Incompatibilidades

-Decreto 9677/61- Incompatibilidades

-Ley N° 23.592-Actos Discriminatorios

-Ley N° 24.241-Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones

-Ley N° 24.429-Servicio Militar Voluntario

-Ley N° 25.164- Ley Marco de Regulación de Empleo Público

-Ley 25.188- Ética en el Ejercicio de la Función Pública

-Normativa Local (Leyes y Decretos Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires):

-Ley N° 3161/1974 de la Provincia. De Jujuy (Estatuto para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Jujuy) Texto actualizado a Dic. 2012

-Ley N° 591/1967 de la Provincia de Santa Cruz (Estatuto para el personal Civil de la Administración Pública Provincial: Río Gallegos-Santa Cruz)

-Ley N° 10430 de la Provincia. De Buenos Aires (Estatuto y Escalafón para el personal de la Administración Pública)

-Ley N° 9755 /2007 de la Provincia. De Entre Ríos (Ley Marco de Regulación del Empleo Público de la Provincia. De Entre Ríos)

-Ley N° 7233 de la Provincia. De Córdoba (Estatuto del Personal de la Administración Pública Provincial)

-Ley N° 2017 de la Provincia. De Chaco (Estatuto para el Personal de la Administración Pública Nacional)

-Decreto 560/73 de la Provincia de Catamarca.

-Ley N° 74 de la Provincia de Chubut.

-Ley N° 4067 de la Provincia de Corrientes

- Ley N° 696 de la Provincia de Formosa.
- Ley N° 3161 de la Provincia de Jujuy
- Ley N° 643 de la Provincia de La Pampa
- Ley N° 3870 de la Provincia de La Rioja
- Decreto Ley N° 560/73 de la Provincia de Mendoza
- Ley N° 1556 de la Provincia de Misiones
- Decreto N° 1853/1958 de la Provincia de Neuquén
- Ley N° 1844 de la Provincia de Río Negro.
- Ley N° 5546 de la Provincia de Salta
- Ley N° 3816 de la Provincia de San Juan
- Ley N° XV-0390-2004 (5618) de la Provincia de San Luis
- Ley N° 591 de la Provincia de Santa Cruz
- Ley N° 8525 de la Provincia de Santa Fe
- Ley N° 5642 de la Provincia de Santiago del Estero.
- Ley N° 5473 de la Provincia de Tucumán
- Ley n° 471 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley N° 28175 de Perú (Ley Marco del Empleo Público)
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Resolución N° 43/1997 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Doctrina:

- Alegre, Marcelo. “Los derechos fundamentales” Bs. As. Editores del Puerto. 2003.
- Alegre, Marcelo- Gargarella, Roberto (Coordinadores) “El derecho a la Igualdad”
- Aquinos Britos, Armando Rafael “La posibilidad de las candidaturas de los procesados y el pacto de San José de Costa Rica”. En: La Ley Litoral Bs. As. N° 10 (Nov. 2001)
- Baró, Daisy L. “La Relación de Empleo Público”. Ed. De la Fundación de Derecho Administrativo. Bs. As. 1982
- Beccaria, César. “De los Delitos y de las Penas”. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas-europa-América. Bs. As. Argentina 1974
- Bielsa, Rafael. “La Función Pública”. Ed. Depalma. Bs. As. 1960
- Bidart Campos, Germán. “Manual de la Constitución Reformada”. T III. Ediar. Buenos Aires. 1997.
- García Pullés, Fernando “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional”. Bs. As. Lexis Nexis. 2005.
- Garzini, Silvia. “La situación del Empleado Público en la Legislación Comparada”. En: Revista Derecho del Trabajo. Bs. As. N° 11 (Nov. 1994) ps. 2091-2109
- Gelli, María Angélica. “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada” La Ley Bs. As. 2001
- Gordillo, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”. Fundación de Derecho Administrativo. Bs, As. Quinta Edición 1998.
- Ivanega, Miriam Mabel. “Las Relaciones de Empleo Público” Bs. As. La Ley 2009.
- Jairo Parra Quijano “Presunción de Inocencia”
- Linares Quintana, Segundo V. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte Especial. T. III. Ed. Alfa. Buenos Aires.

- Maier, Julio B. J. “Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal”. Bs. As. LEA. 1981.
- Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”. Bs. As. Editores del Puerto. 2003
- Maier, julio. “Derecho Procesal Argentino”. Tomo I. Fundamentos. Editorial del Puerto SRL. Segunda edición. Bs. As. 1996
- Manzini Vizenso. “Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Bs. As. 1951
- Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo” Abeledo Perrot. Bs. As. 1970. Abeledo Perrot. Bs. As. 2012
- Mogni, Hernán. “Los derechos constitucionales de elegir sus autoridades y de ser elegidos y el respeto inquebrantable del principio de inocencia en el caso de los ciudadanos privados de libertad y los condenados sin sentencia firme”/Revista Jurídica de UCES. Bs. As. N° 10 págs. 246-260 (2006)
- Palazzo, Eugenio Luis. “El Empleo Público en la Constitución, los Tratados y la Jurisprudencia” (EDCO, 2004-734).
- Piña, Alejandro “Principio de la Inocencia, prisión preventiva y marco constitucional” En: La Ley Gran Cuyo, Voces Jurídicas. Bs. As, N°6 (Dic. 2003) ps. 745-768
- Quiroga Lavié, Humberto. “Constitución de la Nación Argentina Comentada”.
- Sammartino, Patricio M. E. “La cusa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional”.
- Tosto, Gabriel “El Principio de Igualdad en las relaciones laborales” En: Revista del Derecho del Trabajo. Bs. As. N° 7 (Jul. 2011) págs. 1665-1676
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Procesal Penal. Parte General” Sexta Edición. Bs. As. Ediar. 1988

Jurisprudencia

- “ADC V. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad art. 177 Const. Provincial”
- “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de S/ amparo”
- “Cantoral Benaidez”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 18/08/2000
- Fernández, Marcelo Fernando c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido. Tribunal Superior de Justicia. 19/04/2006
- “Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. S/Amparo.
- “Hooft, Pedro Cornelio Federico s/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Bs. As. s/ amparo”.
- “Lori Berenson vs. Perú”. Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. 24/11/2004
- “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación”
- Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido. 21/03/2007
- Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/Empleo Público. CSJN. 21/02/2013
- “Repetto, Inés M.C. Provincia de Buenos Aires s/ acción de Inconstitucionalidad.
- “Suarez Rosero”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 02/11/1997

Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Oficina Nacional de Empleo Público

- Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 3992/09
- Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 1258/08
- Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 041/10
- Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 4118/10

-Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 3742/06

-Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 2968/11

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 84 pág. 102

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 126 pág. 11

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 69 pág. 217

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 98 pág. 146

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 128 pág. 276

-Dictamen de la Procuración del Tesoro Tomo 128 pág. 272

ÍNDICE

INTODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO I

El ingreso a la Administración Pública Nacional

1. Antecedentes legislativos.....	2
2. Regulación actual.....	4

CAPÍTULO II

Requisitos para el ingreso. Desarrollo

1. Buena conducta e Idoneidad.....	7
2. Aptitud psicofísica.....	15

CAPÍTULO III

Impedimentos para el ingreso. Desarrollo

1. Requisitos negativos.....	18
1.1 Inciso a) El que haya sido condenado por delito doloso.....	18
1.2 Inciso b) El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública.....	21
1.3 Inciso d) El inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos.....	22
1.4 Inciso e) El sancionado con exoneración o cesantía.....	22
1.5 Inciso f) El que tenga la edad prevista en la ley previsional para acceder al beneficio de jubilación o el que gozare de un beneficio previsional.....	24
1.6 Inciso g) El que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar.....	26
1.7 Inciso h) El deudor moroso del Fisco Nacional mientras se encuentre en esa situación.....	27
1.8 Inciso i) Los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.....	27

CAPÍTULO IV

Ética en el ejercicio de la función Pública: Código de Ética, Ley 25.188 y Decreto N° 164/99.....	28
---	----

CAPÍTULO V

El requisito de la nacionalidad argentina

1. El principio de igualdad en el ámbito nacional.....	30
1.1 La Constitución Nacional.....	30
1.2 La Ley N° 23.592.....	33
2. El principio de igualdad en el ámbito internacional.....	33
3. Las llamadas “Categorías Sospechosas”: Criterios razonables y Criterios críticos.....	37
3.1 La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	38
3.2 Las categorías sospechosas en la Jurisprudencia Argentina.....	40
3.2.1 Caso “Repetto”.....	40
3.2.2 Caso “Calvo y Pesini”.....	42
3.2.3 Caso “ADC V.GCBA”.....	43
3.2.4 Caso “Hoof”.....	45
3.2.5 Caso “Gottschau”.....	46
3.2.6 Caso “Mantecón Valdés”.....	48
3.2.7 Caso “Pérez Ortega”.....	49
4. Las normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad y sus consecuencias en el acto administrativo.....	49
5. El requisito de la nacionalidad argentina en la legislación local.....	51
6. Recapitulando el requisito de la nacionalidad argentina: conclusiones.....	54

CAPÍTULO VI

El impedimento del proceso penal pendiente

1. Regulación.....	56
2. El Principio de Inocencia.....	57
2.1 La presunción de inocencia como garantía constitucional: Los Tratados Internacionales.....	59
2.2 Derecho comparado.....	60
2.3 El Principio de Inocencia en la esfera extra-procesal.....	61
3. El Impedimento del Proceso Penal Pendiente en la Legislación Local.....	63
4. Jurisprudencia.....	67
CONCLUSIONES FINALES.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	72
ÍNDICE.....	73