

El principio de igualdad en el caso *Restuccia*¹ irrazonablemente bajo sospecha

Por JOSEFINA PAZOS

“(…) Dirigió una mirada a su alrededor sobre el planeta del geógrafo; nunca había visto un planeta tan majestuoso. —Es muy hermoso su planeta. ¿Hay océanos aquí? —No puedo saberlo —dijo el geógrafo. — ¡Ah! (El principito se sintió decepcionado). ¿Y montañas? No puedo saberlo —repitió el geógrafo. — ¿Y ciudades, ríos y desiertos? —Tampoco puedo saberlo. — ¡Pero usted es geógrafo! —Exactamente —dijo el geógrafo—, pero no soy explorador, ni tengo exploradores que me informen. El geógrafo no puede estar de acá para allá contando las ciudades, los ríos, las montañas, los océanos y los desiertos; es demasiado importante para deambular por ahí. Se queda en su despacho y allí recibe a los exploradores. Le interroga y toma nota de sus informes. Si los informes de alguno de ellos le parecen interesantes, manda hacer una investigación sobre la moralidad del explorador...”, ANTOINE DE SAINT EXUPÉRY, *El principito*, p. 18.

1. Reflexión inicial

1.1. Parece a todas luces irrazonable² que una odontóloga que se desempeñó durante un período de trece (13) años en carácter de Coordinadora interina del “Programa de Salud Escolar” dependiente del Departamento Área Programática de Salud del Hospital General de Agudos “Parmenio Piñeiro”- que ha cursado posgrados, que ha sido premiada y

¹Se comenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de fecha 27-III-14 dictada en el marco del expte. n° 9803/13 *Restuccia, Adriana Noemí y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Restuccia, Adriana Noemí y otro c/ GCBA y otros s/ amparo* que denegó el Recurso de Queja oportunamente impetrado. Huelga señalar que el TSJ, en fecha 10 de Septiembre de 2014, rechazó el Recurso Extraordinario Federal presentado por la amparista MANCINI PATRICIA MÓNICA y no se fue en Queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Se reproduce aquí, lo que se dijo en PAZOS JOSEFINA, *¿Peligrosa razonabilidad de la ley 2148 mediante la que se aprobó el Código de Tránsito y Transporte de la C.A.B.A.?*, Buenos Aires, *Errepar*, Compendio Jurídico, tomo 58, p. 299, Diciembre de 2011, al señalar que el *principio de razonabilidad*, da cuenta de la adecuada y proporcionada relación que, debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales que justifiquen la adopción de determinada decisión –los que, por cierto, deben ser suficientes- y los medios escogidos. A su vez, debe existir proporción entre la finalidad perseguida por la norma y los medios adoptados para alcanzarla. En el análisis de estas cuestiones debe, pues, verificarse que el medio sea adecuado, para lo cual debe necesariamente efectuarse un cotejo entre el efectivamente adoptado y los otros posibles; para finalmente, decidirse por aquel que sea el menos restrictivo de los derechos constitucionales involucrados y que deben, paralelamente, protegerse. Asimismo, sobre el principio de razonabilidad tiene dicho el Dr. AGUSTÍN GORDILLO, en el *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2013, cap. X, p.29 que la proporcionalidad debe analizarse en un triple sentido, entre: “a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal”. Ampliar en CAYUSO, SUSANA, *La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales*, Año VI, N° 6, Lima, 1999.

que no ha sido sancionada en su obrar- se vea impedida de participar en el concurso para la selección del mismo cargo de revista que venía ejerciendo en los hechos de modo de poder, eventualmente, ser evaluada en su **idoneidad** para mantener su estabilidad y continuar avanzando en sus respectivas actividades, conocimientos y responsabilidades.

Lo anterior obedeció a lo establecido mediante la Nota n° 2011-00953346-MSGC³ que impuso la exigencia de la profesión de médica a los participantes del concurso antes mencionado. Exigencia que no fue contemplada expresamente por las normas jerárquicamente superiores, a saber: decreto 281/11 y ordenanza 41.455/86.⁴

Huelga destacar que, en tanto la agente reviste título de odontóloga, se encuentra incluida en la Carrera de Profesionales de la Salud, de acuerdo a los términos del art. 1º de la citada ordenanza. Consecuentemente puede –con mayor razón aún- participar en concursos para acceder a cargos de jefatura.

Se aclara que no estoy debatiendo sobre su derecho a que se le adjudique el cargo, estoy analizando su razonable derecho a participar del concurso convocado a efectos de que tenga la posibilidad de ser, objetivamente evaluada respecto de su **idoneidad**, para continuar desempeñando el cargo que –se reitera- ejerció, en los hechos, durante trece largos años.

1.2. En un segundo orden de ideas, parece a todas luces desacertada y arbitraria la fundamentación dada por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA -al tiempo de rechazar el tratamiento de la Queja incoada ante ese estrado en el marco de la causa judicial *RESTUCCIA*- cuando afirmó que: *“(...) la valoración de cuál debe ser la profesión y especialidad exigible para asegurar la elección del personal más idóneo para desempeñar los cargos concursados, corresponde a la Administración Pública, y el Poder Judicial no puede revisar los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia tenidos en cuenta para ejercer esa prerrogativa, pues su eventual intervención debe limitarse exclusivamente a ponderar la legalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas. En otras palabras, no corresponde analizar y determinar por la vía judicial si la profesión de (...) odontóloga [que ostenta la actora] asegura la misma idoneidad que la de médico para los cargos de autos, porque ello implicaría una invasión del Poder Judicial en atribuciones reservadas a la Administración*

³ Mediante la nota n° 2011-00953346-MSGC literalmente se dispuso: *“(...) para llamar a selección interna de los cargos de División, Programas y Centros de Salud o selección Salud Escolar, de acuerdo a lo determinado por el Decreto N° 281/11, el suscripto en virtud de lo establecido en el artículo 10 del régimen de concursos, determina que en ambos casos, la profesión en que deben revistar los concursantes será la de médico.”*

⁴ El art. 10 de la Ordenanza 41455/86 se ocupa de recordar a la autoridad de aplicación que hay un régimen que tiene que cumplir, que debe convocar a los concursos y suministrar la información necesaria para la correcta participación de los interesados pero -de ninguna forma- indica que deberá determinar la profesión como requisito excluyente para la inscripción. Expresamente sienta: *“La Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente llamará a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud y para acceder a las funciones de conducción vacantes en las áreas Técnica Sanitaria y Técnica Administrativa y asistencial indefectiblemente el primer día hábil del mes de junio de cada año. Si lo estimare necesario, podrá efectuar nuevo llamado en la fecha que considere oportuno. Asimismo, deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado, el establecimiento, el régimen horario, la fecha de apertura y cierre de la inscripción. (Conforme texto Art. 1º de la Ordenanza N° 43.254, B. M. 18.463).”*

Pública (conf. art. 104 inc. 9 CCABA), que no han sido ejercidas en forma irrazonable.”⁵ (lo destacado me pertenece)

Lo anterior, por cuanto parece al menos peligroso, utilizar el concepto de *zona de reserva de la administración* para hacer referencia a la exclusividad en la toma de sus decisiones discrecionales. Sabido es -la idea de este trabajo no apunta a reproducir conceptos doctrinarios- que la discrecionalidad administrativa tiene límites específicos⁶ que deben respetarse de modo de no ingresar en la zona gris de la arbitrariedad administrativa.

2. Antecedentes fácticos y jurídicos

La Dra. PATRICIA MÓNICA MANCINI de profesión odontóloga ingresó a trabajar en el Hospital General de Agudos “Dr. Parmenio Piñeiro” de la Ciudad de Buenos Aires en 1991, y se ha desempeñado como coordinadora del “Programa de Salud Escolar” desde junio de 2001 hasta septiembre del año 2014 habiendo recibido premios por su gestión.

Mediante el decreto 281/GCBA/2011 se realizaron modificaciones en el organigrama de los Hospitales y Centros de Salud y Acción Comunitaria (CESAC) de la Ciudad de Buenos Aires. De este modo, se elevó el nivel de las Áreas Programáticas de Salud de los Hospitales de la Ciudad y se ubicó, dentro de su división “Programas y Centros de Salud,” a la sección “Salud Escolar.”

La sección de Salud Escolar, principalmente, está encargada de la implementación de las políticas de salud destinadas a la comunidad escolar definidas por el Ministerio de Salud. Es una sección de promoción de la salud, y coordina la atención de la población escolar por parte del Hospital. Entre otras tareas supervisa las campañas de vacunación y los carnets de inmunización de los niños y niñas que asisten a las escuelas de la zona.

En virtud de las modificaciones en la estructura orgánica, a través de la NOTA 2011-00953346-MSGC, el entonces Ministro de Salud de la Ciudad convocó a concurso interno para los cargos respectivos (entre los que se encontraban los de la sección Salud Escolar), produciendo en la especie una modificación relativa a la profesión exigida a los postulantes no contemplada en la normativa vigente, en cuanto a que los concursantes debían revestir exclusivamente el carácter de médicos, excluyendo indefectiblemente la participación de la agente.

En consecuencia, la amparista MANCINI debe discontinuar su carrera profesional quebrantando uno de los principios básicos en materia de empleo público, cual es el “derecho a la carrera”, cuando ya cuenta con 53 años de edad, posee una amplia formación en su temática, con un posgrado realizado a este fin, y lo que es más grave, desde el punto de vista jurídico, sin existir justificación alguna, ni razonable ni irrazonable.

⁵ Extracto del voto de la Dra. CONDE en la sentencia definitiva de fecha 27 de marzo de 2014 dictada en el marco de los autos RESTUCCIA que se comenta.

⁶Sobre el punto se puede profundizar en GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo, t.1., Parte General, op.cit., cap. X, pp X- 26-31.*

Este requisito profesional impuesto por el entonces Ministerio de Salud implicó crear un recaudo antirreglamentario, es decir, contrario a los términos de la Ordenanza 41.455 que regula la Carrera de Profesionales de la Salud en la Ciudad de Buenos Aires.⁷ Ello, en tanto, el citado plexo normativo no se expidió expresamente con un requerimiento específico respecto al cargo de Coordinador de Salud Escolar del Hospital Piñeiro.

Frente a este hecho, se presentó un amparo ante la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario local el 21 de julio de 2011.

2.1. La sentencia de primera instancia de fecha 17 de abril de 2012

La titular del Juzgado de Primera Instancia N° 12, el 17 de abril de 2012, hizo lugar al amparo al considerar que la directiva o manda del entonces Ministro de Salud, con el requisito de la profesión de médico para presentarse al concurso, vulneraba lo dispuesto por la ordenanza 41.455. Para así decidir entendió que, cuando el legislador consideró necesario contar con una profesión en particular, lo previó (por ejemplo en los arts 3.7.2.1 y 3.7.2.2 de la ordenanza en cuestión), y que en virtud de las funciones específicas del cargo a concursar, difícilmente pudiera sostenerse que haya sido voluntad del legislador restringir la posibilidad de coordinar las secciones de Salud Escolar a quienes no fueran médicos. Más aún, cuando la Salud Escolar es un programa de interacción con los educadores, a través de equipos interdisciplinarios, que incluyen odontólogos y médicos, con el propósito de alcanzar un satisfactorio estado psicofísico de todos los alumnos del sistema educativo.

Al mismo tiempo, entendió que el acto administrativo respectivo (instrumentado mediante la nota ministerial) había incurrido en vicios en sus elementos de causa y de forma, ya que carecía de dictamen jurídico y de cualquier tipo de fundamentación o motivación, imponiendo una restricción donde el legislador no la previó, lo que contrariaba el principio de legalidad.⁸

En tercer lugar, consideró que no existía una intromisión en la zona de reserva administrativa, ya que la actora no pretendía ser designada en el cargo respectivo, sino participar del concurso para que sea el Poder Ejecutivo quien eligiera al candidato que reuniese las mejores condiciones de **idoneidad y capacitación**, en políticas públicas sanitarias. Esto, desde ya, sin efectuar una discriminación no prevista en la norma que implicase una restricción en una etapa donde era necesario promover la concurrencia.

⁷ Dicha norma, con jerarquía legal, se ha expedido respecto a la exigencia de ciertos títulos profesionales para el acceso a algunos cargos, vgr., en el **área técnica administrativa y asistencial** revistar como médico para el cargo de Director y Subdirector, y como odontólogo, para el hospital de odontología. Luego, en la **rama técnica administrativa**, revistar como médico para cubrir el cargo de Jefe de Departamento, División, Unidad o Sección del Sector de Urgencia, y revistar como odontólogo, para el Hospital de Odontología; revistar como médico para el área de Medicina, Cirugía, Materno Infantil y Consultorios Externos; revistar como profesional en la especialidad para el área de Fonoaudiología; y revistar en profesión que integre el área, para el sector de Servicios Centrales de Diagnóstico y Tratamiento. Finalmente, en la **rama asistencial**, revistar como médico para el cargo de Jefe de Guardia del Día, Unidad o Sección según correspondiere del sector de urgencia y como odontólogo para el Hospital de Odontología.

⁸ *“El Tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión –entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto (Fallos: 315:1361)- y por otro, en el examen de su razonabilidad (...)”*, punto IV del dictamen de la Procuradora Fiscal en el marco de los autos *Schnaiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional –Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación, S.C., S.2488, L.XLI.*

2.2. La sentencia de la Cámara de Apelaciones del 19 de octubre de 2012

El Gobierno apeló la sentencia de grado. En lo central entendió que el artículo 10 de la Ordenanza 41.455, al reglamentar el modo en que debía realizarse la convocatoria, indica que se debe especificar la fecha de apertura y cierre de la inscripción, el establecimiento, el régimen horario, y establece que “(...) *asimismo, deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado (...)*”. El gobierno alegó que este artículo delegaba -en cabeza de la autoridad administrativa- la definición de las profesiones exigidas en cada concurso, tratándose de una facultad propia del Gobierno que habría de resolverla de acuerdo a la oportunidad, el mérito y la conveniencia del caso.

La Sala 1 del fuero local, el 19 de octubre de 2012 decidió hacer lugar al recurso interpuesto, y rechazar el amparo, alegando –a tales efectos- la inexistencia de una ilegalidad manifiesta de la administración, que habilitara la vía del amparo. Ello, en virtud de que el artículo 10 de la ordenanza 41.455 facultaba al entonces Ministro de Salud a determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursar, **lo que formaría parte de sus facultades discrecionales y de su zona de reserva**. Junto con ello, entendió que no se verificaba en el caso ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, toda vez, que las funciones que debe cumplir la Sección de Salud Escolar (de acuerdo a lo consignado en los puntos 11 a 15 del anexo II del decreto 281/11) están estrechamente relacionadas con la formación de los profesionales en medicina, incorporando un supuesto motivo que no fue aportado por el autor del trato desigual y discriminatorio, afectándose de tal modo el derecho fundamental al trabajo.

Frente a esta decisión de la Cámara se interpuso un recurso de inconstitucionalidad, y una vez rechazado, un recurso directo ante el Tribunal Superior de Justicia. Los agravios versaron en el desconocimiento del principio de legalidad contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y de la jerarquía normativa establecida en su artículo 31, al entender que una nota del entonces Ministro de Salud no podía introducir un requisito en los concursos que no figuraba en la ordenanza 41.455, en exceso de sus facultades y competencias. La interpretación de la Cámara era violatoria de los principios constitucionales de la división de poderes y de legalidad en función del derecho al trabajo y a la igualdad.

Se puso de manifiesto que la sentencia vulneraba el derecho a trabajar y a acceder a la función pública en tanto convalidaba un requisito ilegal y arbitrario, apartándose del principio protectorio, y sin haber realizado un adecuado control de razonabilidad. En tal sentido, la restricción formulada devendría inconstitucional por ser manifiestamente irrazonable y afectar, de este modo, el principio de igualdad. Y por último, se señaló que la sentencia violaba el derecho a una tutela judicial efectiva al rechazar, sin mayor mérito, los argumentos planteados.

2.3. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha 27 de marzo de 2014

El 27 de marzo de 2014 el TSJ, por mayoría, resolvió rechazar el recurso de queja impetrado. Estimó, a tales efectos, que no se había logrado plantear un caso constitucional en tanto el recurso se refería a la valoración de normas infra-constitucionales. A su vez, entendió que la ordenanza confería al Poder Ejecutivo la facultad de fijar la profesión y especialidad exigible, y que ello quedaba dentro del ámbito de reserva de la Administración, y que no se configuraba una decisión arbitraria. Agregó que la interpretación llevada a cabo por el *a quo* del artículo 10 de la ordenanza era una de las interpretaciones posibles, por lo que no había existido un ejercicio irrazonable de una facultad discrecional.

Por su parte, el único voto que analizó la perspectiva constitucional involucrada en la especie fue el Dr. LOZANO, quien, en disidencia, propuso hacer lugar al recurso interpuesto. Entendió que el artículo 10 de la Ordenanza no creaba una facultad discrecional de la Administración, sino que especificaba los datos que debían figurar en la convocatoria a un concurso, mas no se desprendía –per se- que facultara a la administración a restringir la concurrencia con nuevos requisitos. Por otro lado, entendió que si se admitiese esa posibilidad, no era posible sostener que dichas facultades la eximieran de cumplir con los recaudos de causa y motivación que, para todo acto administrativo, exige la ley de procedimientos administrativos.

2.4. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha 10 de septiembre de 2014

Por último, el Tribunal Superior de Justicia, mediante la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2014, denegó el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la parte actora alegando, a tales efectos, que las consideraciones reseñadas en el recurso resultaban insuficientes para demostrar la configuración de alguna cuestión federal que pueda llegar a conocimiento de la CSJN. En efecto indicó que los agravios expuestos por la recurrente quedaban ceñidos a controvertir, exclusivamente, la interpretación que el Tribunal asignó al decreto n° 281/GCBA/2011 y a la Ordenanza N° 41.455, normas de derecho público local que son ajenas –como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 302:529; 311:200,4;314:1336, 323:643, entre otros).

Más adelante agregó que los *“(...) preceptos constitucionales y convencionales que la actora afirma vulnerados (...) carecen de la relación directa e inmediata que necesariamente debe existir entre ellos y lo decidido en autos. Como lo exige el artículo 15 de la ley n° 48.”*

3. Derechos involucrados

3.1. De ese modo, la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia al rechazar el amparo articulado ha confirmado la vulneración de los derechos constitucionales de la actora a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, a la estabilidad en el empleo público sin otra condición que la **idoneidad**, y a la legalidad del ordenamiento jurídico como atributo del sistema republicano de gobierno, al convalidar un llamado a concurso en un hospital público, con una restricción injustificada que impide a la actora postularse para ser designada en el cargo que, en forma interina, ejerce desde hace trece (13) años.⁹

⁹ Tal como se desprende de lo dictaminado por la Procuradora Fiscal en el fallo *Schnaiderman* a cuyos términos la CSJN –en voto unánime- se remite *“(...) si se descarta que lo que motivó el dictado del acto fue la ausencia de idoneidad para desempeñar el cargo o la eventual reestructuración organizativa de la dependencia –o cualquier otro motivo- aquél aparece desprovisto de un elemento esencial para su validez, cual es su causa.”* Y más adelante sostuvo: *“En efecto, si se toma en cuenta que las normas, como se dijo,*

En consecuencia se ven vulnerados, a causa de lo dispuesto mediante la nota nº 2011-00953346-MSGC, en forma directa, flagrante, manifiesta y grosera el debido proceso legal adjetivo, el principio de defensa en juicio y legalidad consagrado por los arts. 18 y 31 de la Constitución Nacional; los arts. 12 y 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto no se aplica la pirámide jurídica perjudicando así el derecho a trabajar y de acceso a la función pública (art. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional; art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); el principio de igualdad de oportunidades para ser promovido sin más consideraciones que los factores de tiempo, de servicio y capacidad (art. 7, apartado c) del PIDESC); el principio de igualdad ante la ley e **idoneidad** como única condición de acceso a los cargos o empleos públicos (art. 16 de la Carta Magna), como así también el derecho a la autonomía y a la dignidad resguardos en el art. 19 de la Constitución Nacional y en los arts. 10 y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, se viola el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de rango constitucional (en especial la letra del artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰) por ser la sentencia en comentario contraria a los derechos de la señora MANCINI.

3.2. Los agravios que se plantean parten de la irrazonable exégesis cumplida por el gobierno demandado que ha restringido y quebrantado derechos constitucionales, a partir de una lectura del artículo 10 de la ordenanza 41.455 que trastoca el principio de división de poderes, y avanza sobre facultades propias de los órganos legislativos, cuando a partir de una norma que estipula una conducta administrativa destinada a disponer los datos que deberán allegar los postulantes, “[la autoridad de aplicación *deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado(...)*]” le confiere a la Administración la atribución de determinar nuevos requisitos, mas allá de lo estipulado en los artículos 3.7.2.1 y 3.7.2.2 del precitado plexo normativo.

Por último, un proceso que no tuvo en cuenta estos planteos de rango constitucional no garantizó la tutela judicial suficiente.

4. Afectación del principio de legalidad del orden jurídico y trastocamiento de la división de poderes

En la especie ha existido un desconocimiento del principio de legalidad contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y de la jerarquía normativa establecida en su

supeditan la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se acrediten condiciones de idoneidad (...) ello constituye un aspecto que limita la decisión discrecional de la Administración. Desde esa perspectiva no se podía revocar el nombramiento de un agente, menos aún de un empleado designado por concurso, sin expresar las razones que lo justifican. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario- imponen una observancia más estricta de la debida motivación (conf. doctrina de Fallos:324:1860).

¹⁰El Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sienta: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

artículo 31, al afirmar que una nota del entonces Ministro de Salud podía introducir un requisito en los concursos que no figuraba en la ordenanza 41.455, en exceso de sus facultades y competencias.

Con el agravante de que ese recaudo extra –ilegal y arbitrario- afectaba el derecho al trabajo y a la carrera en el empleo público de la amparista.

5. Afectación del derecho a la igualdad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado que los derechos humanos deben ser suficientemente protegidos y garantizados, adoptando las medidas necesarias para que logren “efectividad”; no basta con que existan los recursos judiciales sino que es preciso que sean efectivos (Corte IDH Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, fondo reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, serie C Nº 129, párr. 93 y sus citas, en *Pellicori, Liliana S. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo*). Para lograr ese fin corresponde que la efectividad de los derechos sea realizada “por todos los medios apropiados”, entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales.

La convención constituyente de 1853 estableció en el artículo 16 del texto de la Constitución el principio de igualdad, por el cual “*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.*”

Esta idea se completa con lo dispuesto en el artículo 14, que garantiza derechos civiles a “todos los habitantes”; con lo establecido en el artículo 8, que garantiza la igualdad entre los ciudadanos de las distintas provincias y con lo que prescribe el artículo 20 que establece la igualdad entre los nacionales y los extranjeros.

De este modo, la convención constituyente de 1853 estableció un principio de igualdad como *no discriminación*,¹¹ en donde todas las personas deben ser tratadas de igual modo. Y al mismo tiempo, la referencia a la **idoneidad** como condición para ser admitido en los empleos da la pauta de que será posible realizar distinciones, pero ellas deberán estar relacionadas con el propósito al que están destinadas. Así, al seleccionar personal, no se puede tener en cuenta cualquier criterio, sino solo aquel que esté vinculado con la funcionalidad del puesto de que se trata. La **idoneidad** sería, entonces, un criterio *razonable* para seleccionar trabajadores, mientras que –por ejemplo– el sexo o la religión no lo serían.

En ese orden de ideas, la CSJN hizo suyos los argumentos expresados por la Procuradora Fiscal en el marco de la causa *Schnaiderman*¹² en el sentido que “(...) *cabe considerar que el art. 17 inc. a) de la ley 25.164 supedita la adquisición de la estabilidad en el empleo a que se “acredite (n) condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones*

11 Véase la descripción del principio de igualdad como no discriminación en FISS, OWEN, *Groups and the equal protection clause*, Philosophy & Public Affairs Vol. 5, No. 2 (Invierno, 1976), pp. 107-177 (existe traducción al español de una parte de ese trabajo en ROBERTO GARGARELLA (comp), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999.)

12 En el caso *Schnaiderman*, mediante la resolución 1/00 dictada por la ex Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación, se dispuso cancelar su designación en el Nivel “A” del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA) aprobado por el decreto 993/91 al que había accedido por concurso para desempeñar el cargo de asesor técnico en cuestiones de derecho inmobiliario registral, notarial y catastral en la estructura de la eludida Subsecretaría. El actor solicitó la nulidad e inconstitucionalidad de la precitada resolución y tuvo resolución favorable por parte de la CSJN.

periódicas de desempeño, capacitación y del cumplimiento de metas y objetivos establecidos para la gestión durante el transcurso de un período de prueba de doce (12) meses de prestación de servicio efectivos, así como de la aprobación de las actividades de formación profesional que se establezcan”. Y más adelante agregó que “asiste razón al apelante cuando afirma que, en el caso, la eventual inexistencia de esta cualidad funcional estaría descartada, toda vez que el Estado Nacional afirmó que “la decisión no cuestiona la idoneidad y capacidad del agente ni se advierte como resultado de una medida disciplinaria o descalificativa en su contra.”

En el fallo en comentario, como se manifestó *ut supra*, estamos en presencia de un concurso para acceder a la función pública, y existen requisitos impuestos de manera irrazonable que disponen que determinada clase de personas –los profesionales de la salud que no son médicos—no puedan postularse. Habrá que analizar, entonces, si la circunstancia de no ser profesional médico, y ser de profesión odontóloga le impediría a la actora desempeñarse con idoneidad al frente de la Sección de Salud Escolar.

Para esto habrá que evaluar qué estándar de revisión debe aplicarse al caso. Habrá que ver si la profesión es uno de los supuestos de las categorías sospechosas; o si, por el contrario, el estándar a utilizarse debe ser el de razonabilidad¹³ de la clasificación.

En los casos *Hooft* y *Gottschau* la Corte Suprema de Justicia de la Nación explicitó lo que entiende por categoría sospechosa. Así, dijo que *“Cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el ‘origen nacional’ –como sucede en el sub lite—corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”* (*Gottschay, Evelyn Patrizia c/CM CABA s/amparo, Fallos 329:2986, consid. 5*). En estos casos el estándar de razonabilidad se agrava, en el sentido de que se requiere *“una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En*

¹³ Dable es señalar que, sobre el **principio de razonabilidad**, se comparte el criterio sostenido en el sentido que: *“La garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal –material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto.”* LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2ª ed., cap. II, p. 31. *“Este principio da cuenta de la adecuada y proporcionada relación que, debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales que justifiquen la adopción de determinada decisión –los que, por cierto, deben ser suficientes- y los medios escogidos. A su vez, debe existir proporción entre la finalidad perseguida por la norma y los medios adoptados para alcanzarla. En efecto, la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad estricto sensu, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos,”* CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 2004, p.23.

cuanto a los segundos, no será suficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada" (considerando 5, fallo *Gottchau* citado). En estos casos, la cuestión del origen nacional constituyó una categoría sospechosa.

Ahora bien, ¿de qué otras maneras se afecta el principio de igualdad incorporando categorías que lo quebrantan? Por ejemplo, al seleccionar personal para un puesto de trabajo, será relevante la **idoneidad**, y entonces puede ser un criterio razonable contratar sólo a quienes superen la realización de un examen o concurso que analice esa **idoneidad y mérito**. Pero, ¿resulta razonable restringir la concurrencia al concurso únicamente a determinado grupo de profesionales de la salud y no a otros? Restringir el acceso a un concurso puede, en los hechos, terminar desfavoreciendo el objetivo de la **idoneidad** (sub-inclusión) si excluimos a determinada clase de personas que podría estar más capacitada que a los que no excluimos (sobre-inclusión).

La *razonabilidad*¹⁴ es el principio vector y cardinal que debe regir toda actuación del Estado. El máximo Tribunal del poder Judicial local debe velar por la vigencia de lo previsto en el art. 28 de la Constitución Nacional y su correlativo art. 10 de la Constitución local verificando, a todo evento, que las sentencias de sus inferiores sean razonables aunque también analizando si aplican, en el caso concreto, normas o actos administrativos razonables;¹⁵ máxime cuando esta verificación involucra la interpretación, aplicación y vigencia de derechos constitucionales.¹⁶

¹⁴ Ver CIANCIARDO, JUAN, *op.cit.*, pp. 117-118 cuando sostuvo: "Incluso reduciendo la razonabilidad a un balance de ventajas y desventajas, la actividad valorativa deviene inevitable. En efecto, las ventajas o desventajas, los costes o beneficios, lo son respecto de algo que se considera valioso. Implica, por tanto, la asignación del carácter ventajoso o beneficioso a determinadas realidades, valores o estados de cosas, y esto no puede ser llevado a cabo sin valorar esas y otras realidades (...)."

¹⁵ Justamente querer circunscribir la cuestión constitucional que implica la violación de varios derechos humanos fundamentales -como son: el debido proceso legal adjetivo; el principio de defensa en juicio y legalidad; el derecho a trabajar y de acceso a la función pública; el principio de igualdad de oportunidades para ser promovido sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el principio de igualdad ante la ley e idoneidad como única condición de acceso a los cargos o empleos públicos, como así también los derechos a la autonomía y a la dignidad- a una cuestión de interpretación de normas infra-constitucionales, constituye una simplificación que no resuelve el fondo de la cuestión planteada. Y ello es así porque se aparta del contexto fáctico presentado en la especie relacionado al ejercicio en el cargo concursado por un período de tiempo de trece años de parte de la amparista que reviste el título de odontóloga y, por ende, está comprendida en la Carrera de Profesionales de la Salud establecido en el art. 1º de la Ordenanza 41.455. Negarle la posibilidad de participar del concurso para el referido cargo, impidiéndole que demuestre su eventual idoneidad y su consecuentemente derecho a la estabilidad en sus labores es violatorio de los derechos constitucionales mencionados. Por eso, lo que se ha discutido no son simplemente cuestiones de hecho y prueba, sino la forma como se posibilita o se deniega la garantía de varios derechos constitucionales en juego.

¹⁶ Ver sobre el punto lo manifestado en el considerando 3 del voto minoritario del Dr. LOZANO en el fallo en comentario con cuyos términos coincidimos. En lo que aquí interesa, dijo: "Contrariamente a lo sostenido por la Cámara, no es posible advertir que de este precepto surja una facultad discrecional en cabeza de la Administración a los efectos de delinear la especialidad del cargo concursado y la profesión del mismo. En rigor de verdad, lo que hace es estipular los requisitos a especificar para la convocatoria a un concurso mas no está dirigida a facultar a la administración a limitar la concurrencia al mismo; y aun cuando se asuma que así lo hiciere, no se puede válidamente sostener que las invocadas facultades

Así las cosas, para analizar la razonabilidad de una medida administrativa, en la especie la nota nº 2011-00953346-MSGC se tornaba menester verificar la adecuada y proporcionada relación que debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales justificantes –los que, por cierto, deberán ser suficientes- y los medios escogidos. Debe, a su vez, existir proporción entre la finalidad perseguida por las normas involucradas –nota nº 2011-00953346-MSGC, ordenanza 41.455 y decreto 281-2011- y los medios adoptados para alcanzarla.

En nuestro caso, el criterio cuestionado es la diferencia entre los profesionales de la salud médicos/no médicos. Una vez identificado, habrá que analizar si es razonable, es decir si están adecuadamente ajustados los medios al fin buscado, o si el requisito está en relación con la funcionalidad al que está destinado. Aquí pueden surgir problemas de sobre-inclusión o de sub-inclusión de la clasificación antes esbozado. Este análisis de razonabilidad habrá que efectuarlo en el caso concreto, no pudiendo hacerse un análisis genérico.

La referida nota de la administración, que carece de motivación alguna, conlleva a que el único control medios-fines que se pueda realizar sea hipotético, pero no en concreto. Ya en el precedente *Cine Callao* (Fallos 247:121), la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que el análisis de razonabilidad debía incluir los siguientes aspectos: (a) Fines compatibles con la Constitución, (b) medios que sean (b1) adecuados, es decir, aptos o idóneos para el fin y (b2) proporcionales: que no desnaturalicen el derecho, debido a la intensidad de la restricción.

Por su parte, en el precedente *Arenzon* (Fallos 306:400) la Corte Suprema estableció: “Que la circunstancia de que la recurrente obrase en ejercicio de facultades discrecionales en

discrecionales del Ministro de Salud a los efectos de determinar cargos en los términos aquí cuestionados lo eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos local (cf. el punto 3.2. de este voto). En esta línea, el tribunal de mérito, cuanto menos, debió haber dado razones para concluir sin más que “surge de esta normativa la facultad del Ministerio de Salud a los fines de determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursarse” (fs. 218 del expte. 41973/0), toda vez que, reitero, a partir de su lectura, no surge de manera contundente, como entendió el a quo, que el artículo mencionado establezca la facultad discrecional en cabeza del Ministerio de Salud de determinar la exigencia aquí debatida. En este marco, establecido lo anterior, asiste razón a las apelantes cuando sostienen que “[e]l art. 10 de la Ordenanza, le recuerda a la autoridad de aplicación que hay un régimen que tiene que cumplir, que tiene que convocar a los concursos y que debe suministrar la información necesaria para la correcta participación de los interesados” (240 vuelta del expte. 41973/0), pues, como bien lo afirman, los requisitos profesionales de la convocatoria a concurso se encuentran fijados, según sea el caso, en la propia Ordenanza n° 41455”. Seguidamente expone: “En relación a esta declaración de voluntad, cuya naturaleza no viene aquí controvertida, aun cuando cupiera entender, tal como hace el tribunal de mérito, que el Ministerio de Salud se encontraría facultado a los fines de determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursarse —puesto que ello formaría parte de sus facultades discrecionales y de su zona de reserva (cf. fs. 218 del expte. 41973/0)— no se puede válidamente sostener que las invocadas facultades discrecionales del Ministro de Salud a los efectos de determinar cargos en los términos aquí cuestionados lo eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos de la CABA (cf. el decreto n° 1510/GCABA/97).”

manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto.”

Así las cosas y en lo que a los fines de la reglamentación respecta, no podrán ser otros que las tareas de la función en cuestión. Solo se podrían realizar clasificaciones en tanto estén en función de la necesidad de las tareas a realizar, es decir, en relación con el puesto de trabajo. Toda otra finalidad nos debe llevar a pensar que, en realidad, la clasificación esconde un ánimo discriminatorio, sin sustento constitucional.¹⁷

Es decir, en síntesis, ¿por qué una odontóloga no puede dirigir la Sección de Salud Escolar del hospital Piñeiro? Aun más, esta justificación será necesaria en tanto justamente, en la especie se ha probado (a través de prueba documental) que la actora, odontóloga, llevó a cabo esa tarea durante trece (13) años sin ningún tipo de inconvenientes con el consentimiento y confianza de la administración. Es decir, la actora ha probado que puede llevar adelante exitosamente las tareas a realizar en relación con el puesto de trabajo que se concursa y al que aspira. En consecuencia, la administración es quien debe desvirtuar estas probanzas si intenta sostener la razonabilidad de su clasificación.

La falta de motivación del acto administrativo no nos permite conocer el propósito de la clasificación, ni controlar la adecuación de medios a fines. A su vez, no existieron pruebas a ese fin en este caso. Es por ello que la nota en cuestión no supera un test de razonabilidad que permita introducir una distinción entre los profesionales de la salud médicos vs. no médicos.

6. Afectación al derecho al acceso a los cargos públicos y al trabajo

La nota ministerial, que restringe la posibilidad de concursar a la actora, afecta también su derecho a acceder a los cargos públicos y al trabajo. Como citamos en el acápite anterior, el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley y “*admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.*” Un concurso público de oposición y antecedentes es el mecanismo por excelencia para evaluar la **idoneidad** y el mérito de un candidato, y en eso, lo establecido por la ordenanza 41.455 es conducente a este fin. Ahora bien, al restringir el concurso sólo a determinado grupo sin justificación alguna, restringe el criterio sentado por el constituyente en 1853.¹⁸ De este

¹⁷ En la jurisprudencia norteamericana encontramos varios de estos casos sobre impacto desproporcionado en requisitos que a simple vista parecen neutrales en materia de raza. Por ejemplo en *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos entendió que el requisito de contar con un diploma de secundaria para acceder a un cargo en una empresa privada debía ser invalidado, en virtud de que el mismo no tenía relación con la habilidad de realizar las tareas requeridas. Este requisito, a su vez, impactaba de modo desproporcionado sobre los afroamericanos, que en mayor proporción que los blancos no tenían un diploma de secundario. Asimismo en *Teal* 457 US 440 (1982) se estableció que el empleador debe demostrar la relación de la restricción con el puesto de trabajo; *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 US 405 (1975) en donde se afirma que la carga de la prueba de la relación con el puesto de trabajo es del empleador y discute la cuestión de ‘qué debe demostrar un empleador para establecer que los exámenes de pre-empleo con efecto discriminatorio, pero sin intención, están suficientemente relacionados con el puesto de trabajo para sobrevivir a un análisis bajo el Título VII.

¹⁸ Se puede ampliar en ACKERMAN/ ROSENKRANTZ, *Tres concepciones de la democracia*. Si la Constitución es considerada como **expresión de la voluntad popular**, la teoría de la democracia adoptada se traduciría en

modo, ya no será la **idoneidad** el requisito para acceder al empleo, sino que será la titulación de médico.

Así las cosas, se observa que la Corte Europea de Derechos Humanos luego de recordar su propia jurisprudencia -en la sentencia dictada en *D.H. et autres c. République Tchèque/D.H. and others v. Czech Republic*, de fecha 13-11-2007- juzgó que en supuestos de trato discriminatorio debían aplicarse a los actores reglas probatorias menos rigurosas, por lo cual cuando éstos aportaran hechos fiables y significativos para constituir un principio de prueba o una presunción simple del mencionado trato, correspondía al Estado demandado demostrar que la distinción cuestionada no era discriminatoria (párrs.186/189). De allí que “*mutatis/mutandi*” pueda afirmarse que el acto administrativo inmotivado dictado bajo la forma de nota por el entonces Ministro de Salud, trastoca la norma legal que no requería la profesión de médico para el cargo de Coordinador del Programa de Salud Escolar en el Hospital Parmenio Piñeiro, e introduce una indebida discriminación en el acceso al empleo público, de manera que no resulta constitucionalmente viable otorgar semejante deferencia al empleador estatal que no se ha preocupado, por su parte, en brindar alguna justificación o motivación en tal sentido.

una visión **dualista** que consiste en saber distinguir los denominados “**momentos constitucionales**” en los que todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute. Ello pudo haberse cristalizado no sólo en las sucesivas reformas constitucionales sino en todos aquellos procedimientos en los que la ciudadanía participa de un modo activo en la elaboración de normas, sea mediante la celebración de audiencias públicas, etc., en lo que se ha dado en llamar mecanismos semi-directos de participación. A su vez, esta postura entiende que existen “**momentos corrientes**” en los que no existe ni el debate ni la movilización popular. El electorado confía al gobierno la gestión de los negocios públicos y el gobierno, legitimado por este mandato, adopta las decisiones que cree más convenientes. La falta de debate y participación popular no vicia necesariamente la legitimidad de las decisiones del gobierno si ciertas condiciones institucionales son satisfechas. Por ejemplo, si los representantes del pueblo pueden ser hechos responsables de su acción en el cuarto oscuro; si la estructura institucional obliga a los representantes del pueblo a tomar una visión amplia del interés público; tercero, si existe una legislación que impide que grupos de intereses bien organizados usen el gobierno para obtener ventajas desleales. Así las cosas, al juez le cupe, esencialmente y según esta visión, preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno. La Corte, para el dualismo constitucional, es una institución conservadora de la voluntad popular tal como ésta es expresada en los momentos constitucionales. Entiendo –compartiendo lo sostenido por **ACKERMAN** y por **ROSENKRANTZ**- que hay una diferente calidad entre la voluntad del constituyente originario que sienta, en la parte orgánica, las bases para una organización social y las leyes infra-constitucionales que responden a una voluntad política partidaria. Por ello al juez le cupe efectuar una **interpretación originalista** y conservadora de la letra y el espíritu del pueblo soberano y del poder constituyente en línea con la doctrina sentada por **FISS**. Es decir, desentrañando el sentido de las disposiciones dentro de la propia Constitución, hurgando en su interior, sin necesidad de acudir a fuentes externas. Eso sí, teniendo en cuenta la evolución de la idiosincrasia de un pueblo en pos de ir encontrando “el verdadero” significado de los valores constitucionales, en determinado tiempo y lugar. En el entendimiento de que el pueblo soberano tiene la última palabra.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha subrayado que “ las garantías de los derechos humanos y la proscripción de toda discriminación deben atender y adecuarse a las exigencias de la protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso (...) Así, a modo de conclusión resultará suficiente para la parte que afirme dicho motivo, con la acreditación de hechos que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (CSJN,Fallos:489:44, Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados s / Amparo,15-11-2011).

7. Afectación al debido proceso

La nota de la administración que se cuestiona por ser contraria a la constitución Nacional, lo es también en tanto carece de fundamentos. Una decisión de una autoridad pública local que afecta derechos debe tener razones. Esto es lo que garantiza el sistema republicano que adoptó nuestro país, definido en el artículo 1 de la Constitución Nacional.

Como bien dijo el Dr. LOZANO en el voto disidente de la sentencia en comentario “La nota ministerial aquí impugnada, en efecto, no contiene una relación de los antecedentes o las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron los motivos en cuyo mérito se dictó. Esto es, nada dice sobre las referencias o razones de hecho y fundamentos de derecho en las cuales la declaración se apoya, ni brinda razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. En este marco, recuérdese que la mención expresa de las razones y antecedentes fácticos y jurídicos— determinantes de la emisión del acto—cumple la función de garantizar la tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de la motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera de derechos. Por ende, por omitir toda alusión a los hechos específicos determinantes de la decisión, el acto sobre cuya base se apoyó la decisión de rechazar la solicitud de inscripción de las actoras al concurso deviene nulo (cfr. arts. 7º, inc. b y e, y 14, inc. b, del decreto nº 1510/GCABA/97). En esta línea, la simple remisión al decreto nº 281/11 de modo alguno constituye fundamento suficiente que explique la causa por la que se exige el requisito aquí controvertido, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo a lo que surge de fs. 15 y 18 del expte. 41973/0 (...) la Sra. Mancini [se ha desempañado] desde el año 2001 en el mismo programa dependiente del Hospital “Piñero.” Así ello, habiendo la Administración, en oportunidades anteriores, cubierto el cargo hoy en debate por profesionales distintos de los médicos, la exigencia de motivación respecto de limitar el concurso a esa profesión encuentra, en ello, también razón de ser.”

Habrá que tener en cuenta que, además de vulnerar las normas de procedimiento administrativo local, vulnera los principios del sistema republicano del artículo 1 de la Constitución, el debido proceso reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional que hacen a la defensa en juicio.

Por su parte, huelga traer a colación lo dicho por el Dr. LORENZETTI en el sentido que “La magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean

previsibles, todo lo cual la Corte debe hacer respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional de debido proceso” (Fallos 331:1293). Es un requisito básico conocer las reglas que nos rigen, lo que resulta incompatible con una decisión infundada que afecta la carrera profesional de la actora.

8. Idea final

8.1. Se entiende que, en la especie, la **idoneidad** de la odontóloga para participar del concurso en cuestión se presume *iuris tantum* en razón de su prolongado ejercicio fáctico interino (trece años) sin haber sido sancionada por defectuoso cumplimiento de sus funciones. Se reitera que –conforme se desprende de la documentación acompañada al expediente- fue premiada y ha hecho posgrados relacionados a su especialización. Privarla de participar del concurso en cuestión –sin fundamento alguno- se presume irrazonable y, por ende, inconstitucional.¹⁹

Partir de la hipótesis contraria no sólo es violatorio de los derechos constitucionales mencionados en los acápites anteriores sino que, paradójicamente, pondría en jaque a la propia institución administrativa que podría ser válidamente cuestionada por mantener en el ejercicio de cargos de Jefatura -por prolongados períodos de tiempo- a personal supuestamente in-idóneo para desempeñarlos, según los parámetros establecidos en un acto administrativo dictado con posterioridad que, huelga destacar, no efectúa juicio valorativo alguno en su motivación que permita advertir la justificación de “interés público” en la restricción del acceso al concurso convocado a personal de la salud bucal.

Por el contrario, la salud bucal no puede estar dissociada de la salud general. En los objetivos de la carrera de odontología de la Universidad de Buenos Aires se especifica que *“La asistencia integral más que un ideal es una realidad. Los vínculos entre la Odontología y la Medicina aumentan diariamente con la finalidad de preparar a los alumnos para un volumen creciente de pacientes con problemas de salud general y de estrategias de orientación médica para la prevención, diagnóstico y tratamiento. Las ciencias básicas y clínicas relacionan adecuadamente el fundamento científico de salud bucal con la práctica clínica”* (disponible en <http://www.uba.ar/download/academicos/carreras/odontologia.pdf>). La falta de fundamentación no nos permite conocer las razones por las cuáles se niega el derecho de acceder a un cargo público.

Por último, resulta una verdad de perogrullo que el Jefe/a de la Sección Salud Escolar que en definitiva resulte designado, no va a desempeñar fácticamente todas las funciones

¹⁹ A modo de mayor abundamiento puede observarse el estándar usado en el voto de los Dres. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI y JORGE ANTONIO BACQUÉ -en el marco de la causa CSJN, *Repetto Inés María c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad de normas legales-* al invertir la carga de la prueba cuando afirman: *“Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable.””*

descriptas en el anexo II del decreto 281/GCBA/2011,²⁰ sino que las realizará un equipo interdisciplinario por él conducido y que ser médico no es garantía excluyente de **idoneidad** para dirigir adecuadamente grupos humanos en pos de la consecución de las misiones y funciones allí establecidas. En ese mismo orden de ideas, la amparista a quien se le niega la posibilidad de participar para el cargo concursado se encuentran empapada de ese rol de conducción que viene desempeñando, en su vida cotidiana, desde hace trece (13) años.

8.2. En otro orden de ideas y a modo de reflexión final, entiendo que, en la especie, a efectos de cumplirse con un control judicial suficiente, se tornaba menester -al tiempo de efectuarse el análisis de razonabilidad de la Nota 2011-00953346-MSGC- dilucidar si los medios elegidos por el Ejecutivo al prohibirle a la actora su participación al precitado concurso, por no revestir la condición de médico, era necesaria y proporcional a los fines de alcanzar la finalidad perseguida a través del decreto 281/11 –más específicamente de su artículo 4° y de acuerdo a las misiones y funciones establecidas en su anexo II- ; y analizar, por último si, en el cotejo con otras posibilidades, era la menos restrictiva de los derechos constitucionales afectados.

De lo contrario, afirmar de manera dogmática -como lo hizo el voto mayoritario Tribunal Superior de Justicia en el caso bajo estudio- que no se puede llevar a cabo el contralor judicial cuando las medidas administrativas guardan razonabilidad sin violentar el principio de división de poderes pareciera pecar de una mera tautología carente de sentido.

Ello, en tanto, no puede válidamente afirmarse que una medida administrativa es razonable y por ende se encuentra exenta del contralor judicial si –previamente- no se adentra en el análisis de la suficiencia de los hechos y de la proporcionalidad de los medios respecto de esos hechos y de los fines tenidos en mira por la normativa involucrada

Tan sólo habiendo avanzado en el análisis antes mencionado podría válidamente aseverarse la razonabilidad²¹ o no de determinado acto administrativo del Poder Ejecutivo; y, de esta suerte, alcanzarse la justicia en el caso concreto.

²⁰ Algunas de las competencias que se enuncian en el anexo II, del decreto n° 281/GCBA/11 aprobado en su artículo 4° son: “1. Entender (...) en la implementación de políticas de salud destinadas a la comunidad escolar (...). 2. Propiciar la organizar (sic) los recursos físicos, humanos y materiales locales para una mejor atención de la población escolar. 3. Coordinar y planificar las actividades sanitarias locales. 4. Realizar tareas de docencia para la capacitación continua del equipo de profesionales de la Sección. 5. Propiciar el diseño de proyectos de investigación locales que permitan mejorar la calidad asistencial a través de un mejor diagnóstico situacional. 6. Elaborar el diseño de normativas, guías de atención y/o actividades propuestas desde el nivel central. 7. Articular con otros efectores de salud (...). 8. Supervisar la implementación de los controles de salud (...). 9. Supervisar el seguimiento del carnet de inmunización (...). 10. Organizar campañas de vacunación en su área según necesidad. 11. Llevar a cabo el asesoramiento de los docentes y padres ante situaciones sanitarias, tanto individuales como grupales (brotes, epidemia o endemia.(...))”.

²¹ El control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada tiene un alcance y una identidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (...), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento.”CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, op.cit., p.89.

