



UNIVERSIDAD DE MENDOZA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y GESTIÓN JUDICIAL

**“LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN EL
INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL
PODER JUDICIAL DE MENDOZA”**

Abog. Esp. Pedro Sebastián Costa

Director: Dr. Alejandro Pérez Hualde

Mendoza, 2023

Índice de contenidos

INTRODUCCIÓN	6
I. Nociones preliminares de igualdad, idoneidad, meritocracia y medidas de acción positiva	9
a) Igualdad	9
b) Idoneidad	12
c) Meritocracia	12
d) Medidas de acción positiva.....	14
II. Algunas visiones acerca de la igualdad frente a la 'meritocracia'	16
a) El mérito como posible fuente de desigualdad	16
c) Una mirada armonizadora del mérito y la igualdad	20
III. La necesidad del concurso para acreditar la idoneidad	24
a) Ventajas y desventajas del concurso.....	24
b) Acerca de la obligatoriedad del concurso	26
c) Doble fundamento de la obligación de realizar concurso: exigencia republicana y derecho ciudadano	27
IV. Análisis crítico de las medidas de acción positiva	29
a) Terminología	29
b) Orígenes de la institución	30
c) Argumentos en favor de su aplicación	31
d) Argumentos en contra de su aplicación	33
V. Recepción constitucional de la igualdad de oportunidades y de las medidas de acción positiva	37
1) Normas contenidas en el articulado de la Constitución	37
2) Instrumentos internacionales con jerarquía constitucional vinculados a la materia	39
a. Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre	40

b. Declaración Universal de los Derechos Humanos	40
c. Convención Americana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica	40
d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	41
e. Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales	41
f. Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial	42
g. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer	42
h. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	43
VI. Instrumentos internacionales sin jerarquía constitucional con incidencia en la materia	45
a. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador	45
b. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la 69 reunión de la Conferencia General de la O.I.T.	45
c. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará"	46
d. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	47
e. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	48
f. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	49
g. Convención Interamericana contra la Corrupción	49
h. Instrumentos de 'Soft law' vinculados al tema investigado	49
1- Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública	50

2- Observación general número 8 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo	51
3- Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo	52
4- Comunicado de prensa n° 122/2015 de la Comisión interamericana de Derechos Humanos	53
5- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género "Yogyakarta"	53
VII. Legislación nacional relacionada con el acceso a la función pública	55
VII. Legislación de la provincia de Mendoza sobre el acceso a la función pública	60
a) Constitución provincial	60
b) Leyes y decretos provinciales	61
IX. Jurisprudencia referida a la aplicación del concurso como vía apropiada para acreditar la idoneidad	66
1. Suprema Corte de Justicia de Mendoza	66
ii. "Sindicato de Obreros y Empleados de la Municipalidad de Mendoza – SOEM c/ Municipalidad de Mendoza s/A.P.A."	66
ii. "Alaniz, Flavio Diego y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A."	69
2. Corte Suprema de Justicia de la Nación	76
ii. "Galíndez, Nicolás E. c. Ministerio Público Fiscal de la Nación s. amparo ley 16986"	76
XII. Principales medidas de acción afirmativa implementadas en nuestro país y en nuestra provincia	81
a. Cupos en favor de personas con discapacidad	81

b. Cupos en favor de personas travestis, transexuales y transgénero	82
X. Recepción de las acciones positivas en el derecho público provincial comparado	90
a) Constituciones provinciales	90
b) Leyes provinciales que establecen cupos para el ingreso a la función pública.....	91
XI. Evolución de los conceptos de discapacidad y diversidad sexual en nuestro derecho.....	97
XII. Jurisprudencia referida a la aplicación de medidas de acción positiva en favor de personas con discapacidad.....	108
1. “Groglio, Alejandro Marcelo vs. Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) s. Acción de amparo”.....	108
2. “G. S. Á. y otros c/ Poder Judicial s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos – otros juicio”	109
3. “G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K. M. P. c/ G.C.B.A. y otros s/amparo (artículo 14, CCABA)”	134
XIII. Jurisprudencia vinculada a la aplicación de medidas de acción positiva en beneficio de personas transgénero	136
XIV. Procedimiento de ingreso en el Poder Judicial de Mendoza y en el Poder Judicial y los Ministerios Públicos de la Nación.....	155
a. Ámbito nacional	155
b. Provincia de Mendoza	158
XV. Panorama en el Ministerio Público de la Defensa y Púpilar de la provincia de Mendoza	161
XVI. Algunas experiencias de aplicación de medidas de acción positiva en el derecho comparado	166
XVI. Otras alternativas de medidas de acción positiva más allá de los cupos o cuotas de ingreso.....	170

a. Nivelación previa a la realización de exámenes	170
b. Publicidad adecuada y accesible de las convocatorias a concurso	172
c. Ajustes razonables en la realización de exámenes para personas con discapacidad	172
XVII. Vinculación del tema con el arte	174
a. Muralismo	174
b. Literatura	175
c. Ilustraciones	175
CONCLUSIONES	179
APÉNDICE NORMATIVO	182
ACORDADA de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA N° 31.005	182
RESOLUCIÓN DE PROCURACIÓN GENERAL DE MENDOZA N° 274/2021	188
Bibliografía	192

INTRODUCCIÓN

La consagración de la igualdad real de oportunidades en nuestra Carta Magna, a partir de la última reforma que la misma recibió en 1994¹, ha dado lugar a la necesidad de implementar políticas públicas dirigidas a materializar dicho principio.

Las medidas de acción positiva han sido el medio escogido por nuestros constituyentes para concretar dicho cometido.

El progresivo reconocimiento de distintos colectivos de personas vulnerables², merecedores de una tutela preferente, ha ido ampliando el universo de personas destinatarias de tales medidas.

En efecto, en las últimas décadas hemos asistido a la aprobación de numerosos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, encaminados a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc.³

A su vez, la normativa infraconstitucional se ha ocupado de reglamentar los derechos reconocidos en los mencionados tratados, implementando mecanismos conocidos como cupos o cuotas de ingreso de personas con discapacidad, mujeres y personas transexuales al ámbito de la función pública.

¹ Dicha recepción se produjo dentro de las competencias atribuidas al Congreso Nacional, particularmente en las previsiones contenidas en el artículo 75 inc. 23 de la CN.

² De acuerdo con las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se considera que se encuentran encuadrados dentro de dicho concepto:

(...) aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se establece que "Podrán constituir causas de vulnerabilidad (...): la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

Dichas reglas, aprobadas en 2008 por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, recibieron la adhesión de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a través de la Acordada nº 24023 (06-02-2012).

³ Dan cuenta de ello la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, etc.

Las referidas medidas no han estado exentas de críticas por diversas razones, que van desde su escasa efectividad hasta la afectación que las mismas generan en los derechos de los postulantes no alcanzados por tales preferencias. En particular, se ha cuestionado su aplicación por constituir un avance respecto del requisito de idoneidad, previsto constitucionalmente como única condición de acceso a la función pública (artículo 16, CN).

En el presente trabajo proponemos analizar la tensión existente entre los valores constitucionales en juego. Ello, a través del estudio de los instrumentos supranacionales que los reconocen, de la normativa infraconstitucional que los reglamenta y de los principales pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre el tema.

Del mismo modo, se examinan las diversas posturas existentes en torno al concurso como vía apropiada para acreditar la idoneidad y a las medidas de acción positiva como cauce adecuado para favorecer la igualdad real de oportunidades de grupos desaventajados.

A su vez, se hace una breve referencia a algunas experiencias paradigmáticas en el derecho comparado, a fin de visualizar los derroteros transitados en otras regiones del planeta en la búsqueda de efectivizar los derechos involucrados en el tema.

Con todo ello, se busca demostrar la necesidad de compatibilizar la especial tutela que debe dispensarse a personas vulnerables con la correspondiente evaluación de su idoneidad, haciendo aplicación de los ajustes razonables que fueren pertinentes en el caso de las personas con discapacidad.

Finalmente, se presenta un panorama de la aplicación actual de las mencionadas políticas en el ámbito de los Poderes Judiciales de la Nación y de la provincia de Mendoza, y dentro de éste último con especial hincapié en el Ministerio Público de la Defensa.

Todo ello, con la mirada puesta en posibles propuestas de ampliación de las mismas.

A fin de lograr verificar la hipótesis propuesta se utiliza una metodología explicativa, siguiéndose para ello el esquema planteado por el trialismo jurídico (Caldani, 2016).⁴

⁴ Dicho enfoque postula la necesidad de hacer hincapié en los aspectos normativos, valorativos y sociológicos del tema en estudio.

I. Nociones preliminares de igualdad, idoneidad, meritocracia y medidas de acción positiva

Para comenzar el presente trabajo, resulta oportuno realizar un breve examen de los principios basales en materia de ingreso a la función pública: igualdad e idoneidad.

Asimismo, teniendo en cuenta que dichos principios se entrelazan con la noción de ‘meritocracia’ y con la adopción de las medidas de acción positiva, también se analizan preliminarmente dichos conceptos.

a) Igualdad

Remontándonos en el tiempo, es menester destacar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya expresaba en su artículo 6 que, siendo todos los cuidados iguales ante la ley, “son igualmente merecedores de todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”, es decir conforme a sus méritos (Renaut, 2016, págs. 115-116).

Esta noción formal de la igualdad –a la que puede denominarse igualdad en la ley–, derivada de la Revolución Francesa y propia del constitucionalismo moderno o clásico (Bidart Campos, 2013), constituye un mandato dirigido al legislador, a quien se le veda la posibilidad de establecer privilegios para ciertas personas en desmedro de otras (Kemelmajer de Carlucci, 2001).

Luego de ello, adviene una concepción que buscó dotar de contenido material a la igualdad –propia de los socialismos nacidos en el siglo XIX y desarrollada con especial énfasis a partir de los sucesos acaecidos en Francia en 1848– y que vendrá a incidir en el surgimiento del constitucionalismo social de principios del siglo XX.

Al respecto, se ha dicho que “la concepción material del principio de igualdad tiene una mirada estructural y sociológica, que advierte que la discriminación no proviene de la norma, sino de los hechos” (Obligado, 2023).

Finalmente, arribamos al planteo –que ya es propio de la segunda mitad del siglo XX⁵– desinado a alcanzar la incorporación de aquellas minorías que históricamente han sido excluidas del pleno goce de los bienes sociales y que integran las denominadas categorías sospechosas de discriminación (Medina, 2016).

A esta última mirada se la ha dado en llamar ‘igualdad por la ley’ (Kemelmajer de Carlucci) o través de la ley.

En nuestro ordenamiento encontramos receptadas tanto a la igualdad formal o abstracta como a la igualdad material, real o sustancial. Dan cuenta de ello las disposiciones contenidas en nuestra Constitución Nacional en los artículos 16 y 75 inc. 23, respectivamente⁶.

Desde una perspectiva novedosa, aunque emparentada con la anterior distinción, Roberto Saba plantea una diferenciación entre la concepción de igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento. Esta última es la que justificaría la implementación de medidas de acción positiva en favor de grupos socialmente desaventajados (2019, págs. 67-68)⁷.

Por su parte, Renault (2016, págs. 84-85) distingue, con cita de Dworkin, entre la igualdad de oportunidades –derecho a un trato igual– y la igualdad de resultados –derecho a ser tratado como un igual–.

Tal distingo es explicado con el siguiente ejemplo. Si somos candidatos a un empleo, no consideramos injusto el no haber sido seleccionados, siempre que nuestros antecedentes hayan sido examinados según los mismos procedimientos y condiciones utilizados para los demás postulantes. En dicha situación, el candidato excluido no fue tratado como un igual en términos de resultados, pero recibió el mismo trato en materia de oportunidades (Renaut, 2016, pág. 85).

⁵ Es luego de la Segunda Guerra Mundial que comienzan a aprobarse una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que contemplan obligaciones a cargo de los Estados Nacionales y, cuyo incumplimiento, acarrea la responsabilidad internacional de los mismos.

⁶ Ambos artículos responden a dos redacciones distintas, el artículo 16 data de 1853 y el 75 inc. 23 de 1994.

⁷ Una explicación de dichos conceptos puede verse en el video disponible en el siguiente enlace: <https://youtu.be/Km3O8Lp3Ngo> (consultado el 27-01-2021)

Por su parte, Ballestrero (2006) considera que el principio de igualdad posee un sentido formal, asociado a una dimensión individual, y otro sustantivo, de corte tendencial y dinámico, que implica una dimensión colectiva de la cuestión.

Dicha autora expresa que la igualdad sustantiva se conecta con la identidad sexual, posición social, identidad cultural o pertenencia a grupos minoritarios (étnicos, lingüísticos o raciales).

Indica, entonces, que la igualdad sustantiva es la que legitima aquellas disposiciones de derecho desigual que, tomando directamente en cuenta esos factores, “tratan en forma distinta con el fin de tratar en forma igual” (paráfrasis de frase del juez Blackmun en el caso Bakke) (Ballestrero, 2006)

Por otra parte, desde un plano más conceptual, la igualdad puede ser concebida como un principio o como un derecho subjetivo (Eguiguren Praeli, 1997).

En el primero de los sentidos, la igualdad debe inspirar la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Por su parte, también puede ser examinada como un derecho subjetivo, individualmente exigible, el derecho a la igualdad de trato ante la ley.

Como señala García Morillo (como se cita en E. Praeli, 1997), estamos en presencia de un derecho relacional, puesto que resulta difícil pensar una violación del derecho a la igualdad que no implique simultáneamente la vulneración de otro derecho (libertad de residencia y de contratación, acceso a las funciones públicas, acceso a la vivienda, etc.).

Ahora bien, cabe preguntarnos sobre la necesidad actual de reflexionar sobre la igualdad, ya que, como indica Praeli (1997) se tiende a dar por sentado el “asunto de la igualdad”, al haber sido superadas las formas más evidentes o groseras de violación al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado. Sin embargo, como marca dicho autor, en la experiencia diaria pueden subsistir formas más sutiles de discriminación, así como colisiones de la igualdad con otros derechos, los cuales plantean conflictos interpretativos que justifican la necesidad de su abordaje.

b) Idoneidad

Antes de ingresar al análisis de las implicancias de la idoneidad en el acceso al empleo público, cabe preguntarnos en qué consiste la misma.

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra *idóneo* proviene del latín *idoneus* y significa "adecuado y apropiado para algo"⁸.

Midón (1983) entiende a la idoneidad como "sinónimo de aptitud, o sea disposición específica para hacer algo también específico".

Por su parte, Sagües (1980) explica que la idoneidad tiene múltiples facetas, entre las que destaca la técnica (o profesional), la económica (asociada a la prestación de fianzas), la física (salud y edad) y la moral (vinculada a los antecedentes éticos del aspirante).

A su turno, Bielsa (1964, p. 99) sostiene que la idoneidad no se presume, sino que debe probarse, lo que implica una limitación a las facultades discrecionales de quien realiza la designación.

Ivanega (2019, p. 156) expresa que todas las personas que cumplen tareas en el Estado deben ser *idóneos*, siendo exigible el cumplimiento de dicho requisito por parte de cualquier ciudadano, porque el mismo está previsto en su beneficio y el de toda la comunidad.

Destaca esta última autora que, si bien la idoneidad es una condición que debieran cumplir los trabajadores de cualquier ámbito, en la órbita del empleo estatal esta cuestión adquiere mayor transcendencia en razón del interés público involucrado.

c) Meritocracia

Mientras la Constitución Nacional hace alusión a la "idoneidad" y la provincial a la "capacidad"⁹, algunas de las leyes que las reglamentan señalan al "mérito" como la base de los sistemas de selección de empleados públicos¹⁰.

⁸ Recuperado el 10-3-2017 en: <http://dle.rae.es/?id=KvAZPI8>.

⁹ Artículo 30 de la Constitución de Mendoza.

¹⁰ En tal sentido puede citarse a las leyes nacionales n° 25164 (arts. 8 y 18) y 26861 (arts. 31 y 33), como a la ley provincial n° 9015 (art. 16 inc. h). En el ámbito supranacional hace mención al mérito la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (art. 7 punto 1).

Si bien entendemos que los mencionados términos apuntan a la misma noción, consideramos pertinente detenernos brevemente a examinar el concepto de mérito y el de meritocracia por la relevancia actual que ha adquirido su uso (Rubini, 2020)¹¹.

Entre las acepciones de la palabra mérito, el diccionario de la Real Academia Española menciona las siguientes:

1. m. Acción o conducta que hace a una persona digna de premio o alabanza.
2. m. Derecho a reconocimiento, alabanza, etc., debido a las acciones o cualidades de una persona.
3. m. Valor o importancia de una persona o de una cosa¹².

Por su parte, el término meritocracia (gobierno del mérito) constituye un neologismo acuñado en 1958 por Michael Young en su obra *The rise of meritocracy* –El ascenso de la meritocracia– para describir a una sociedad en la que el ideal del mérito justifica nuevos parámetros de exclusión y desigualdad social (Kreimer, 2000, pág. 9).

Aunque la palabra meritocracia aún no ha sido incorporada al aludido diccionario español¹³, su uso se ha extendido progresivamente desde su invención por parte de Young (Esquivada, 2020)¹⁴.

En particular, en nuestro país este vocablo ha sido objeto de fuerte controversia¹⁵, habiendo sido identificado su ideario –en nuestro país– con el gobierno encabezado por el ex presidente Mauricio Macri (Szlechter, 2018).

¹¹ Véase: <https://eleconomista.com.ar/2020-12-meritocracia-y-educacion-dos-malas-palabras-en-2020/> (consultado el 21-01-2021)

¹² Recuperado de: <https://dle.rae.es/m%C3%A9rito> (consultado el 25-01-2021).

¹³ Consultado en: <https://www.rae.es/search/node?keys=meritocracia> (consulta efectuada el 24-01-2021).

¹⁴ Véase: <https://www.infobae.com/sociedad/2020/09/17/que-hay-detras-de-la-meritocracia-el-concepto-que-obsesiona-al-presidente-fernandez/> (consultado el 21-01-2021).

¹⁵ Muestra de ello son las declaraciones del presidente Alberto Fernández y del ex presidente Mauricio Macri en septiembre de 2020, las cuales pueden consultarse en los siguientes enlaces: <https://www.facebook.com/clarincom/videos/442390540057535/>
<https://twitter.com/alferezprensa/status/1306275700404555776>
<https://www.perfil.com/noticias/politica/mauricio-macri-respondio-alberto-fernandez-mensaje-a-favor-meritocracia.phtml> (consultados el 26-01-2021):

Por otra parte, puede hallarse una interesante crítica a la “meritocracia” en el reciente libro de Michael Sandel (2023), profesor de filosofía política en la universidad de Harvard, el cual se titula *“La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?”*

Allí se afirma que el mérito responde a una apreciación de la sociedad y del mercado que considera valiosa una determinada tarea o función y que, luego de un tiempo –por razones tecnológicas o por cualquier otra causa– deja de serlo y, por lo tanto, desaparece el mérito.

d) Medidas de acción positiva

Las acciones afirmativas o de acción positiva pueden definirse como regulaciones o políticas estatales destinadas a otorgar un trato preferente a una persona por integrar un grupo de individuos que sistemática e históricamente han sufrido un trato excluyente (Saba, 2019).

En el mismo sentido, estas acciones han sido descritas como “medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobretudo mediante las desigualdades de hecho” (Rey Martínez, como se cita en Kemelmajer, 2001), agregándose que su objetivo es “el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado” (Rosenfeld, según se cita en Kemelmajer).

También se ha dicho que una acción positiva “consiste en atribuir ventajas específicas a algún grupo, colectividad o clase de personas. Se trata, pues, de disposiciones de “Derecho desigual” que, como tales, pueden ser sospechosas –y siempre son sospechosas, en efecto– de sobrepasar los límites establecidos por el principio de igualdad” (Ballestrero, 2006).

Sobre este último punto, se ha afirmado que, con la aplicación de las acciones afirmativas, en apariencia, se rompe el principio de igualdad de todos los ciudadanos; además “cometen injusticias para hacer justicia” (López Vela, 2015).

Finalmente, vinculando los temas abordados en este acápite, Ivanega (2019, p. 159) afirma que la igualdad es una las razones por las cuales resulta de utilidad implementar sistemas de ingreso que garanticen la idoneidad.

Asimismo, expresa que deben considerarse particularmente las políticas de empleo público destinadas a las personas con discapacidad.

II. Algunas visiones acerca de la igualdad frente a la ‘meritocracia’

Las nociones hasta aquí analizadas exhiben la tensión que puede generarse entre las distintas facetas de la igualdad.

Uno de los posibles enfoques del tema consiste en analizar la meritocracia y sus vinculaciones con la igualdad en el acceso a la función pública, pudiendo identificarse varias perspectivas en torno a la cuestión.

En efecto, ciertos autores abordan la temática desde una mirada crítica de la meritocracia, incorporando en el análisis a la igualdad real de oportunidades y a la eficiencia en la función pública, al tiempo que otros procuran una armonización de los valores en pugna.

a) El mérito como posible fuente de desigualdad

Desde esta perspectiva, se ha sostenido que el mérito puede acentuar la desigualdad debido a la falta de universalización de la educación (Aravena, 2008).

La autora citada refiere que el mérito suele considerar como atributos, por un lado, la competencia tecnocrática, en la que se valoran los antecedentes académicos y las habilidades técnicas de la persona; y, por otro lado, los rasgos personales, consistentes en las características particulares que la persona debe poseer para el desempeño eficaz del cargo (2008, pág. 251).

Señala que, a su entender, entre los beneficiarios de la estructura social meritocrática se encontrarían los candidatos escogidos y los no seleccionados, debido a que ambos tendrían la tranquilidad de haber sido elegidos o no de acuerdo con criterios objetivos. También menciona como beneficiario al ciudadano que reciba las prestaciones del candidato seleccionado (Aravena, 2008, pág. 252).

Aravena expresa que el uso del mérito garantiza que el ciudadano medio no cuestione la neutralidad de la selección. Empero, a continuación, señala que ese mecanismo puede profundizar una situación de desigualdad si el país no ha garantizado la igualdad de oportunidades para todos sus habitantes. Cita como ejemplo de ello el caso de la educación, advirtiendo que quienes poseen los

méritos suelen ser aquellas personas provenientes de sectores privilegiados económicamente (2008, pág. 253).

Sostiene la autora chilena que, en los países que no han asegurado la calidad y el acceso a la educación para toda la población, la exigencia del mérito en ningún caso garantizará la igualdad de oportunidades para el acceso al empleo público. Al contrario, acentuará las desigualdades existentes entre quienes tuvieron mejores posibilidades en cuanto a educación y quienes no (2008, pág. 253).

Señala que la meritocracia se basa en la igualdad de oportunidades educativa, trayendo a colación la experiencia china en la cual el gobierno imperial se ocupó de igualar las posibilidades en la educación, de modo de poder disponer de los mejores talentos provenientes de cualquier estrato social (págs. 253-254).

La autora explica la necesidad de tomar en cuenta una estructura de mínima equidad en la sociedad, a fin de que las bondades de un sistema basado en el mérito no se desvirtúen y terminen acentuando las graves desigualdades existentes (págs. 254-255).

Remarcando la importancia de la educación para desarrollar diversas competencias que se evalúan como parte del mérito, analiza la situación educativa chilena en diferentes ámbitos concluyendo en la falta de igualdad de oportunidades y en la importancia del origen de las personas para lograr prosperidad en la vida. De tal forma, afirma que en Chile el mérito replicaría la desigualdad social, ya que sólo un extracto social podría cumplir las condiciones exigidas por los sistemas meritocráticos de selección debido a la falta de equidad en las posibilidades de acceder a los puestos públicos conforme al esfuerzo individual (pág. 260).

Desde esta misma concepción, se ha afirmado en nuestro país que “en contextos de profunda desigualdad el resultado del esfuerzo personal no es independiente de las condiciones objetivas que lo permiten o impiden”. Agregando que constituye una obligación estatal la de “construir los pisos, no imponer los techos, de ese proceso de crecimiento personal” (Perczyk, 2020).

Coincidimos en la necesidad de trabajar por equiparar los puntos de partida, para lo cual –como más adelante se desarrollará– el mayor énfasis debe colocarse en el fortalecimiento de la educación como mecanismo nivelador de oportunidades.

Partiendo de dicha base, los criterios meritocráticos de selección, en lugar de agudizar la desigualdad, pueden contribuir a incentivar los esfuerzos individuales, permitiendo que la sociedad pueda –luego de dispensar los apoyos que requieran sus miembros más vulnerables– beneficiarse del aporte de todos sus integrantes.

Dicho sistema, aunque imperfecto, presenta notables ventajas respecto de los mecanismos discrecionales de designación y puede coadyuvar –además– a superar la corrupción, fuente tradicional de desigualdades.

b) Un enfoque desde la eficiencia

En esta posición se ubica la autora portorriqueña Cordero Nieves (2010), quien, luego de analizar las críticas de que ha sido pasible el sistema del mérito, destaca sus ventajas, reivindicándolo como mecanismo de equidad social y democratización.

Cordero remarca como aspiraciones principales del concepto de mérito, la equidad social y la pureza administrativa. Respecto de la primera, destaca que el mérito ha permitido el acceso al empleo público a personas de escasos recursos, pero con gran potencial profesional. Sobre el segundo ítem, menciona que el mérito asegura la continuidad y la integridad en las instituciones estatales, al otorgar estabilidad a los empleados de carrera, a pesar de lo cual ha sido objeto de fuertes críticas (Cordero Nieves, 2010, pág. 4).

Destaca como, desde la Revolución Francesa, el mérito ha constituido una manifestación de la aspiración hacia la igualdad social. De tal modo se subraya la posibilidad de acceder al servicio público de personas talentosas de sectores postergados (pág. 6).

Asimismo, se hace foco en la contribución del mérito al fortalecimiento de la democracia y el combate de la corrupción en razón de la independencia que propicia la estabilidad en el empleo (pág. 7).

Al ocuparse de las críticas, menciona como problemas atribuidos al mérito y a la seguridad en el empleo a la baja motivación de empleados y su falta de colaboración en la implantación de políticas públicas cuando éstas responden a visiones distintas a las del agente (pág. 8).

A ello agrega las dificultades evidenciadas en la implantación de sistemas de recursos humanos que apliquen el mérito tanto en el reclutamiento como en la evaluación de desempeño (pág. 11).

De acuerdo con la autora citada, las estrategias utilizadas en las décadas de 1980 y 1990 por los gobiernos reformistas para hacer frente a las referidas problemáticas, a través de privatizaciones y de la aplicación de políticas de gerenciamiento propias del empleo privado, debilitaron los sistemas de mérito y aumentaron la vulnerabilidad de los gobiernos frente a la corrupción (pág. 9).

Como señala Dreyfus (2012, pág. 217), dichas políticas de corte neoliberal, apuntaban a transformar la administración, organizándola como una empresa privada.

Al hablar de la nueva gerencia pública, Cordero (2010, págs. 17-18) advierte de los peligros de buscar mayor eficiencia en detrimento de la igualdad de oportunidades en el reclutamiento de los agentes. En tal sentido, expresa que el problema de la ineficiencia gubernamental no radica en el mérito sino en las reglas adoptadas para su implantación.

Como puntos débiles de los sistemas de mérito tradicionales se mencionan la lentitud y la falta de flexibilidad, planteando como desafío la necesidad de adaptación a las exigencias actuales. Para ello la autora traza como rumbos a seguir la transparencia, el alto rendimiento, la rendición de cuentas y la ética (págs. 19-21).

Cordero concluye poniendo de resalto la necesidad de que el sistema del mérito no pierda de vista el requerimiento de la sociedad por un servicio público ágil y eficiente (pág. 24).

Compartimos la visión de la autora sobre los aportes del sistema meritocrático, al posibilitar que la estructura estatal cuente con los mejores servidores públicos. No obstante, las aspiraciones originarias del mérito deben compatibilizarse con las demandas actuales de mayor eficiencia y transparencia.

Para ello, resulta necesario tener una visión dinámica del mérito, es decir que pueda adaptarse al cambio continuo propio de nuestros tiempos.

En efecto, los valores que fundaron el mérito en un tiempo, sin previo aviso, cambian y, sin que se produzca una modificación legislativa que afecte la igualdad, cambian los valores y –por tanto– la apreciación de ese mérito. Por ejemplo, el puesto que desempeñaba un gran calderista, muy meritorio, desapareció junto con las calderas de incineradores de toda la provincia; al igual que los grandes dactilógrafos, capaces de escribir cientos de palabras por minuto, muy apreciados y meritorios en su momento, hoy dejaron de contratarse.

Esta visión obliga a sostener los costos de los cambios de valoración de aptitudes para determinar el mérito.

En estos días, la arrasadora irrupción de la inteligencia artificial, se presenta –sin dudas– como el mayor desafío a enfrentar en la materia (Bonina, 2020).

c) Una mirada armonizadora del mérito y la igualdad

Con esta óptica encontramos al autor colombiano Juan Pablo Puerto (2006), quien se ocupa de analizar los avances y vicisitudes experimentados en torno a la implementación de un proceso de selección de agentes públicos que esté basado en el mérito y sea, a su vez, respetuoso del principio de igualdad.

Puerto indica que, si se busca designar a personas capacitadas para desempeñar con eficacia y eficiencia la administración, es necesario aplicar un sistema como el concurso que garantice que la persona elegida sea la más adecuada para desempeñar determinada función (2006, pág. 3).

El autor destaca que el concurso, si bien garantiza que se escoja a la persona más adecuada, no lo hace de manera absoluta. Ello, porque resulta demasiado difícil determinar con exactitud quién es el más adecuado, a pesar de lo cual, constituye el mejor método y el margen de relatividad y error es bajo (pág. 5).

Señala que la Constitución colombiana¹⁶, en busca de desterrar el uso clientelar de los cargos públicos y mejorar la función pública, consagra un sistema de méritos a través de concursos y crea, como órgano autónomo y permanente, la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Asimismo, remarca que la legislación infraconstitucional de su país¹⁷ impone que los cargos en el Estado sean cubiertos exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad, a través de un procedimiento en el que se garantice la objetividad, la imparcialidad y la especialización del órgano de selección (pág. 5).

Destaca el desafío que representa la superación de décadas de clientelismo, nepotismo y amiguismo; para lo cual resulta insuficiente la reforma legislativa, siendo necesarios profundos cambios culturales (pág. 6).

El autor señala, con acierto a nuestro juicio, que el mérito no excluye la igualdad, sino que la complementa, a pesar de que sólo algunos podrán desempeñar ciertos cargos. Ello, porque que la igualdad admite la diferenciación y excluye la discriminación (pág. 8).

El sistema de carrera busca garantizar la eficiencia y la igualdad de oportunidades de acceso a la función pública. Esto implica que todos tengan oportunidad de ser escogidos y que estén en igualdad de condiciones para ser evaluados. Esta última, entraña una igualdad real y trae aparejada la presencia de conceptos diferenciadores que permitan a toda la población la oportunidad de participar; por ejemplo, otorgando beneficios en caso de empate a las personas con discapacidad.

Afirma el autor que los requisitos no deben ser discriminatorios (como la raza, el sexo, etc.), aunque sí pueden ser diferenciadores, como la exigencia de títulos universitarios, con el propósito de lograr una función pública eficiente (pág. 9).

¹⁶ Constitución política de Colombia de 1991, artículo 125 (Puerto, 2006, pág. 2).

¹⁷ Ley 909/2004, cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace:

<https://secretariajuridica.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-909-2004#:~:text=Descripci%C3%B3n%3A,Marco%20Legal%20de%20la%20Entidad>. (consultado el 26-01-2021)

Puerto indica que, sin bien el mérito puede ser evaluado según factores objetivos y subjetivos, lo importante es que los factores objetivos primen sobre los subjetivos, dado que con estos últimos es muy probable que el nombramiento quede a discreción del nominador (pág. 9).

Respecto a los exámenes, los requisitos sobre los que el nominador debe evaluar deben estar en sintonía con la igualdad, para designar, con base en su resultado, a la persona más idónea. El autor menciona que, a pesar de lo expuesto, pueden presentarse situaciones, como el caso de empate, que queden a consideración del nominador. En tales supuestos, el nominador gozará de un margen de discrecionalidad, debiendo encontrar un aspecto diferenciador justificado que le permita escoger sin incurrir discriminaciones o arbitrariedades (págs. 12-13).

A lo expuesto por el citado autor, es necesario añadir la necesidad de modificar radicalmente el standard de comparación entre los postulantes.

En tal sentido, es necesario que los exámenes dejen de basarse exclusivamente en la cualificación de los aspirantes derivada de sus conocimientos y experiencia previa, para comenzar a focalizarse en los requerimientos actuales, es decir, la capacidad de adaptación a los cambios, la colaboración creativa, el emprendimiento, la innovación, etc.

Ello, por cuanto, los valores actuales se encuentran en un proceso de cambio continuo y, muy pronto, las habilidades que hoy son requeridas para un determinado trabajo puede volverse obsoletas.

La persona que hoy aspira a ocupar un puesto laboral compite con sus aptitudes y méritos frente a un sistema muy dinámico, cambiante y que exige mucha interacción y actitud colaborativa. En efecto, un postulante sobrecalificado pero sin flexibilidad para el cambio ni capacidad de trabajo en equipo, difícilmente pueda considerarse idóneo en términos actuales, dado que es altamente probable que el trabajo que él realiza a la perfección mañana deje de resultar necesario.

Para todo ello, resulta de fundamental importancia que los procesos de selección contemplen la necesidad de que los exámenes técnicos sean complementados con el valioso aporte de la interdisciplina, particularmente de

las evaluaciones que pueden psicólogos acerca de los perfiles requeridos para determinado puesto de trabajo.

III. La necesidad del concurso para acreditar la idoneidad

Villagas Basavilbaso (1951, p. 459) define al concurso como un “procedimiento administrativo, compuesto por una serie concatenada de actos jurídicos sucesivos y concurrentes por medio del cual se designa a la persona que se considera más idónea para ocupar un empleo o función pública”.

Por su parte, Zaffaroni (1992) sostiene que el concurso “es el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiera un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público y que, si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores”.

a) Ventajas y desventajas del concurso

Dentro de las ventajas que conlleva la implementación del concurso, Buteler (2012, pág. 147) señala que el mismo contribuye a:

- reducir el nepotismo o favoritismo político, familiar, social o partidista y, por ende, aumentar la transparencia en el terreno público, posibilitando una oxigenación en los cuadros del Estado;
- disminuir los umbrales de corrupción estatal;
- garantizar el derecho de los ciudadanos a la igualdad de oportunidades, y
- incrementar la profesionalidad de los trabajadores estatales y la eficiencia administrativa.

A su vez, Ivanega (2019, p. 159) sostiene que la implementación de sistemas que garanticen la idoneidad cumple las siguientes finalidades:

- 1) La eficiencia de las funciones a desempeñar y la satisfacción de las necesidades de la organización y de la sociedad.
- 2) Su carácter instrumental, al evitar el clientelismo político en la cobertura de cargos.
- 3) La motivación del agente público, quien puede sentir que “merece el cargo” para el cual se lo designa, lo cual contribuye a su eficiencia.
- 4) La igualdad, evitando discriminaciones.

Se ha destacado que estas virtudes también incluyen una mayor imparcialidad en los empleados seleccionados mediante el concurso. Ello, dado que la transparencia y la objetividad con que se realiza la selección de los funcionarios pueden ser entendidas como garantías para su posterior comportamiento imparcial, en razón de que un funcionario al que se le pueda recordar a quién debe realmente su nombramiento puede sentirse coaccionado y actuar con parcialidad (Cremades, 2008).

Sin embargo, este instrumento también ha sido pasible de críticas, como la realizada por Juan Vicente Sola (como se cita en Buteler, 2012, p. 146), quien advierte que se trata de un mecanismo que sólo repara en factores académicos por sobre otras características, como el carácter de los aspirantes.

Frente a dichas críticas, puede responderse –como se señaló más arriba– que las pautas de selección en los concursos deben necesariamente ir mutando para estar a tono con las variaciones sociales, tecnológicas y del mercado.

Esta misma crítica ha conducido en otros países a la incorporación de entrevistas en los procesos de selección que posibiliten conocer mejor las cualidades de los candidatos. Ejemplo de ello lo constituye la prueba de coloquio en el ingreso a la Escuela Nacional de Administración de Francia (Dreyfus, 2012, págs. 204-205).

Un coloquio de similares características se encuentra previsto en el procedimiento de selección de magistrados en la provincia de Mendoza, conforme a lo previsto por el artículo 4 de la ley 6561¹⁸

Con todo, la aplicación del concurso en Argentina ha ido aumentando, empleándose actualmente para la contratación del personal de la educación y salud pública, para la designaciones de profesores de universidades nacionales, para la selección de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, etc. (Buteler, 2012, pág. 146)

¹⁸ Texto ordenado LEY 7.719, 9.013, 9.047. Boletín Oficial: 27-02-2018

En la provincia de Mendoza, luego de un prolongado período de tiempo¹⁹, en dos mil dieciséis se pusieron en marcha concursos de ascenso²⁰ en el ámbito de la administración pública central²¹.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia, en el fallo “Pace, Liliana B. c/Municipalidad de Mendoza s/APA”²² sostuvo con elocuencia que:

[...] la existencia de mecanismos de selección aporta credibilidad a la función pública, garantiza que los puestos sean ocupados por personas idóneas, evita favoritismos personales o políticos y facilita el respeto a principios fundamentales en la materia en cuanto a la publicidad, amplitud de convocatoria, igualdad, transparencia y eficiencia. La estabilidad exige que se valoren las capacidades específicas para el cargo, en función de criterios permanentes por encima de preferencias gubernamentales coyunturales, mediante las que se pretende asegurar un lugar estable en la estructura estatal a quien presenta –como mejor condición– su cercanía con el gobernante de turno (Ivanega, 2019, p. 159).

b) Acerca de la obligatoriedad del concurso

Cabe preguntarse ahora si, cuando se genera una vacante en un cargo público, la Administración se encuentra obligada a realizar un concurso para cubrirlo o si está legalmente habilitada para realizar una designación directa (Buteler, 2012, pág. 153).

Haciendo eje en nuestro bloque de constitucionalidad, sostenemos la necesidad de acudir a sistemas reglados y meritocráticos de selectividad;

¹⁹ Véase: <https://www.losandes.com.ar/article/historia-689254/> Recuperado el 21-01-2021. En dicho artículo periodístico se realiza una apretada síntesis del derrotero que debió transitar la implementación del régimen de concursos en la provincia de Mendoza desde finales de la década de 1960.

²⁰ Recuperado el 10-3-2017 en: <http://prensa.mendoza.gov.ar/se-abrio-la-convocatoria-de-ascensos-para-el-personal-de-la-administracion-publica>

²¹ Dichos concursos se realizaron en el marco de lo dispuesto por la ley 7970 y el decreto n° 310/2016.

²² SCJ Mendoza, Sala I, 21/12/2011.

presentándose el concurso como el mejor sistema conocido para el reclutamiento de empleados públicos.

Conforme señala Buteler (2012, pág. 153), la mayoría de la doctrina (Escola, Marienhof, Dromi, etc.) ha sostenido que el concurso sólo es obligatorio cuando una norma lo exige expresamente, de modo que, ante la ausencia de un precepto en tal sentido, la administración podría designar directamente a sus agentes.

Por su parte, Buteler y Comadira postulan que el referido procedimiento de selección de funcionarios –no políticos– constituye la regla que impone la garantía de igualdad establecida en el artículo 16 de la CN (Schreginger, 2019, pág. 231).

Dicho artículo únicamente impone el requisito de la “idoneidad”, por lo que tal manda constitucional implica que el aspirante a ocupar un cargo estatal no político deberá contar con la aptitud requerida (Buteler, 2012, pág. 154).

También se ha señalado que al ser el concurso público de antecedentes y oposición el mejor método conocido para acreditar la idoneidad, ello lo convierte en una exigencia a fin de cumplir con el mandato de la ley fundamental (Bonato, 2017).

c) Doble fundamento de la obligación de realizar concurso: exigencia republicana y derecho ciudadano

De lo expuesto se desprende que la necesidad de la realización del concurso viene impuesta desde una doble perspectiva.

En primer lugar, porque se trata de una exigencia que recae sobre el Estado de elegir al candidato más idóneo, en aras de una mayor eficiencia en la gestión de la cosa pública; y a su vez, es un derecho de los ciudadanos como corolario del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades y el principio de no discriminación, el cual se vería vulnerado con una designación directa.

De tal modo, el concurso no sólo posibilita la contratación del personal más apto, sino también, la participación de todos los ciudadanos interesados en acceder a la función pública.

En definitiva, puede afirmarse que la necesidad del concurso se deriva de la forma republicana de gobierno adoptada por nuestro país, conforme a lo previsto por el primer artículo de la Constitución Nacional²³.

²³ Dicha norma dispone que "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

IV. Análisis crítico de las medidas de acción positiva

Luego de realizar un estudio preliminar de los conceptos de igualdad, idoneidad y de las medidas de acción positiva, resulta menester detenemos a efectuar un examen más exhaustivo de estas últimas; analizando sus orígenes, terminología con que se las designa y visiones existentes en torno a ellas.

a) Terminología

Nuestra Constitución Nacional utiliza, en su artículo 75 inc. 23, el término “medidas de acción positiva” para referirse a la institución aquí examinada.

No obstante, en el derecho comparado suelen utilizarse las siguientes expresiones para referirse a la misma: acciones positivas, medidas de acción positiva, acciones afirmativas, discriminación positiva, discriminación inversa, etc.

Respecto a los usos del término en los diferentes países, se menciona que “se denomina «acción afirmativa» a los programas para los desfavorecidos en Estados Unidos o se les da nombres como «discriminación positiva» en Gran Bretaña e India, «estandarización» en Sri Lanka, «reflejar el carácter federal del país» en Nigeria, y «preferencia por los hijos de la tierra» en Malasia e Indonesia, así como en otros estados de la India” (Sowell, 2006, p. 14).

A su vez, acerca de la necesidad de una precisión terminológica, Ballestrero estima más acertado hablar de acciones afirmativas (affirmative action) y no de discriminación inversa (reverse discrimination). Funda su postura en la costumbre que habría creado Ronald Dworkin de usar las mencionadas expresiones como sinónimos.

Sostiene dicha autora que la discriminación inversa es una discriminación directa de alguna clase de individuos, mientras que la finalidad de una acción positiva (legítima), en favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferentes, la igualdad sustantiva de las mujeres o de los integrantes de una minoría. Aclara que la discriminación inversa puede ser el efecto de una acción positiva, sólo cuando la misma es ilegítima, es decir, cuando el trato preferencial

no se encuentra justificado a la luz del principio de igualdad (Ballestrero, 2006, p. 60).

Sobre esta última opinión es posible afirmar que existen discriminaciones – o diferenciaciones– que son justas y razonables, mientras que otras resultan arbitrarias por no constituir un medio idóneo para alcanzar la finalidad perseguida.

En torno a ello, en el precedente "Reyes Aguilera"²⁴, el ministro Juan Carlos Maqueda diferenció los términos distinción y discriminación, subrayando que "[...] el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará... para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable [...]" (Obligado, 2020).

En definitiva, más allá del término que se emplee, el criterio diferenciador debe pasar por la razonabilidad de la medida²⁵.

b) Orígenes de la institución

Podemos encontrar las primeras muestras de legislación tuitiva de personas vulnerables en el constitucionalismo social de principios del siglo XX²⁶. La Constitución de Mendoza es un claro ejemplo de ello, al disponer en su artículo 45 que la Legislatura deberá sancionar una ley de 'amparo' del trabajo de mujeres y niños, es decir que se establece una tutela preferencial por razones de edad y de género.

No obstante, puede afirmarse que es en el derecho norteamericano en el cual esta institución –en este caso, vinculada a cuestiones raciales– ha alcanzado su mayor notoriedad.

²⁴ CSJN, "Reyes Aguilera, Daniela c/ EN s/ rec. de hecho" del 04/09/2007.

²⁵ Una valiosa pauta interpretativa al respecto puede encontrarse en la disposición contenida en el artículo 32 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos Humanos, el cual estipula que: "*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*".

²⁶ Las expresiones más paradigmáticas de dicho constitucionalismo pueden encontrarse en las Constituciones de Querétaro (México, 1917) y de Weimar (Alemania, 1919), las cuales fueron precedidas –en forma vanguardista– por la Constitución de nuestra provincia en 1916.

En efecto, Sowell afirma que la expresión «discriminación positiva» se utilizó en un principio en Estados Unidos en la Orden Ejecutiva nº 10.925 dictada por el presidente John F. Kennedy (2006, p. 18)²⁷.

Dicha información es corroborada por Díaz (2012), al sostener que “la acción afirmativa tiene su partida de nacimiento en el derecho de los EE.UU., con la primera referencia expresa que se encuentra en la Orden Presidencial Nro. 10.925 del año 1961”.

En la mencionada disposición se requirió a los contratistas del gobierno que adoptasen acciones afirmativas para asegurar que los solicitantes sean contratados y los empleados sean tratados durante el empleo sin tener en cuenta su raza, credo, color u origen nacional²⁸.

Es menester subrayar que la mencionada normativa fue secundada por una nutrida legislación sancionada en el mencionado país al tiempo en que se desarrollaba el Movimiento por los Derechos Civiles, entre la cual merece destacarse la Ley de los Derechos Civiles –conocida en inglés como *Civil Rights Act*– aprobada durante el gobierno de Lyndon B. Johnson en 1964²⁹.

c) Argumentos en favor de su aplicación

En favor de estas medidas, se ha sostenido que “el principio de igualdad sustantiva tiene, al mismo tiempo, una función de reparación de discriminaciones anteriores y de promoción de iguales oportunidades, y por eso constituye el fundamento de la legitimidad de las acciones positivas” (Ballestrero, 2006).

Bidart Campos (2013) considera valiosa la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato, incluso a través medidas de acción positiva, afirmando

²⁷ Puede accederse al texto completo de la Orden Ejecutiva, dictada el 06-03-1961, en el siguiente enlace (consultado el 26-05-2023): <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-10925-establishing-the-presidents-committee-equal-employment-opportunity>

²⁸ El texto original en inglés exige a los contratistas públicos “take affirmative action to ensure that applicants are employed and that employees are treated during employment without regard to their race, creed, color, or national origin.”

²⁹ Una breve reseña sobre la importancia de esta norma puede encontrarse en el siguiente enlace del gobierno español: https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/novedades/agenda/2014/50_aniv_DC_EEUU.htm (Consultado el 28-08-2023)

que ello viene a completar la igualdad formal ante la ley y “acentúa un rasgo del estado social y democrático de derecho”.

Por su parte, Boulin (2020) señala que “puede ser conveniente que existan ciertos cupos o cuotas positivas para quienes están en una situación estructural de desigualdad, pero la generalidad de los casos requiere un ingreso igualitario”.

Por otro lado, respecto a las desigualdades causadas por las ‘dotaciones naturales’, entre las que se destacan las enfermedades y discapacidades, se ha dicho –referenciando a John Rawls– que “las instituciones tienen el deber de mitigar las consecuencias que las dotaciones tienen en la posición de los individuos” (1999, como se citó en Queralto Lange, 2014).

Sobre este último punto, se ha destacado que es necesario reconocer las desigualdades de la naturaleza. Frente a ello, entonces, la obligación del Estado no es abstenerse sino fomentar la igualdad por medio de la adopción de medidas específicas que tiendan a corregir las desigualdades naturales y sociales y, al decir de Servais, emancipen a las víctimas de los desequilibrios sociales (1992, como se citó en Kemelmajer de Carlucci, 2001).

En el mismo, sentido se afirma que “esta nueva visión del principio de igualdad, que amplía el contenido de esta garantía al pretender la referida igualdad real de oportunidades y de trato, el Estado abandona su rol abstencionista y se compromete de manera activa a remover los obstáculos que impiden el efectivo goce de los derechos, asumiendo que sin esa intervención la pretendida igualdad sería meramente utópica” (Rosatti, 2010, p. 167).

De un modo que ha sido interpretado como justificativo de este tipo de medidas, Rawls (1995, p. 88) afirma que “las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto (a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como (b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de igualdad de oportunidades”.

Finalmente, específicamente sobre el cupo destinado a las personas transexuales, se ha dicho que el mismo “no se trata de un subsidio, un regalo o una forma de asistencialismo. Por el contrario, es crear oportunidades de inclusión y reparación que permitan lidiar en forma efectiva con las propias

consecuencias que su violencia y exclusión generó.” (Radi & Pecheny, 2018, p. 72/87).

d) Argumentos en contra de su aplicación

La postura contraria a estas medidas ha sido enarbolada con firmeza por el mencionado economista Sowell (2006), quien formula las siguientes críticas.

d. i.) Falsa temporalidad

Sostiene que se han hecho esfuerzos considerables por describir a tales medidas como temporales, cuando en realidad esas preferencias no sólo persisten, sino que aumentan (p. 15).

En apoyo a su postura, ejemplifica con una frase extraída de la obra de Little y Robbins (1982, como se citó en Sowell, 2006) del lord británico Scarman, quien expresó: “Por ahora podemos y debemos aceptar que la ley favorezca a un grupo a expensas de otro, defendiéndolo como medida temporal en el proceso equilibrante que debe llevarse a cabo cuando y donde exista desigualdad social y económica”.

Sowell considera que esa frase demuestra lo ilusorio de la pretensión de temporalidad de las medidas de acción positiva. Ello, por cuanto la desigualdad económica y social abarca prácticamente a todo el mundo y a toda la historia humana. Indica que puede aspirarse a alcanzar la igualdad de oportunidades en un tiempo factible, lo que es completamente diferente de eliminar la desigualdad en los resultados (p. 20).

En nuestro país, el carácter contingente de la intervención estatal fue señalado por Arturo Sampay (1999), sosteniendo que este tipo de normativa busca compensar la inferioridad contractual y la situación de sometimiento de la parte débil de dicha relación jurídica, y expresando que “irá perdiendo su razón de ser” en la medida en que los negocios privados hagan suyo el principio de justicia.

Una muestra actual de la referida pretensión de temporalidad la encontramos en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³⁰.

A lo dicho, cabe agregar que, como las diferencias de trato existentes en la sociedad –basadas en estereotipos, prejuicios, etc.– son dinámicas, las medidas destinadas a ‘remediarlas’ también deben serlo, al menos si aspiran a constituir mecanismos eficaces para enfrentar la realidad cambiante de nuestro tiempo.

d. ii.) Ampliación injustificada de los grupos destinatarios de políticas preferentes

Señala Sowell (2006, p.27) que “la redesignación de personas y grupos, al igual que la propagación de preferencias de grupos concretos a otros grupos, alejan cada vez más las políticas preferentes de las razones iniciales en las que se basaron”.

Concluye dicho autor que la ampliación de ventajas de un grupo a otro no sólo atenúa tales ventajas, sino que puede desmejorar el escenario con el que se encuentran los beneficiarios originales después de modificar las reglas del juego. Ejemplifica con la situación de las mujeres ‘blancas’ frente a las personas afroamericanas en los Estados Unidos (p. 28).

d. iii.) Pérdida de incentivos para el desarrollo de capacidades laborales

Al respecto, señala el autor citado que la aplicación de políticas preferentes ocasiona cambios en el accionar tanto de los grupos beneficiados por ellas como de los no beneficiados.

Sowell entiende que dichas políticas ocasionan una falta de incentivos en ambos grupos.

En tal sentido, expresa que “tanto los grupos preferentes como los no preferentes pueden reducir sus esfuerzos: los primeros porque no necesitan rendir al máximo de su capacidad y los segundos porque esforzarse al máximo puede resultar inútil” (p. 32).

³⁰ Dicha norma prevé que “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación [...]”.

Concluye el mencionado economista que las políticas examinadas “pueden representar una pérdida neta, dado que ambos grupos responden contribuyendo menos de lo que podrían a la sociedad en general” (p. 33).

En lo que respecta a la discriminación positiva en el ámbito universitario, Sowell afirma que “Las universidades no se crearon para repartir beneficios entre los candidatos sino para cultivar mentes y desarrollar aptitudes que sean útiles para la sociedad” (p. 219).

d. iv.) Resentimiento entre grupos

Sobre ello, se señala que la aplicación de políticas preferentes ha ocasionado pérdidas sociales en razón de los resentimientos que generan entre los grupos, incluso más allá de las reales transferencias de ventajas que las mismas producen (Sowell, 2006, p. 34).

Pone como ejemplo la situación acontecida en el ámbito universitario estadounidense en el cual las personas de origen asiático han obtenido mayores ventajas respecto de las personas ‘blancas’, sin embargo, el resentimiento no se produjo respecto de ellos sino hacia la comunidad de personas afroamericanas.

Entiende Sowell que “lo que molesta no era la transferencia de beneficios entre grupos sino la razón de ser de tales transferencias”, añadiendo que “entre los estadounidenses, la idea de que «unos son más iguales que otros resulta mortificante» y contraría la aspiración de Luther King de que las personas no fuesen juzgadas por su color de piel sino por el contenido de su carácter³¹ (2006, p. 34).

El citado autor realiza una descripción detallada de la violencia experimentada en Sri Lanka entre los integrantes de diferentes grupos étnicos –

³¹ La frase textual vertida por el reverendo Martin Luther King Jr. al pronunciar su célebre discurso en el Lincoln Memorial, el 28-08-1963, decía lo siguiente: «Sueño que mis cuatro hijos pequeños vivirán un día en una nación donde no serán juzgados por el color de su piel sino por el contenido de su carácter».

La frase original en inglés reza lo siguiente: “I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin but by their character”. Dicho fragmento del discurso fue extraído del siguiente enlace (consultado el 26-05-2023): <https://kr.usembassy.gov/martin-luther-king-jr-dream-speech-1963/>

La traducción del inglés fue extraída del siguiente enlace (consultado el 26-05-2023): <https://www.elmundo.es/especiales/2013/internacional/martin-luther-king/texto-integro.html>.

tamiles y cingaleses—, como consecuencia de las rivalidades generadas —a su criterio— por las políticas de cupos y preferencias de grupo (p. 138).

Un ejemplo actual de las tensiones generadas por la aplicación de cupos en el ingreso a la administración público puede observarse en Bangladesh, país en el cual se reserva una importante cantidad de vacantes y se las destina a descendientes de veteranos de la guerra de liberación, a mujeres y a personas con discapacidad. En dicha nación se han reportado protestas de los sectores sociales no alcanzados por dichas políticas de discriminación positiva³².

³² Puede ampliarse el tema en el siguiente enlace: <https://www.asianews.it/noticias-es/Daca.-una-protesta-por-cupos-laborales-deja-cientos-de-estudiantes-heridos--43590.html> (consultado el 28-8-2023)

V. Recepción constitucional de la igualdad de oportunidades y de las medidas de acción positiva

1) Normas contenidas en el articulado de la Constitución

Nuestra Constitución Nacional se ocupa del tema en el artículo 16 al establecer que “todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Dicha redacción data de 1853³³ y no se encuentra en la constitución norteamericana³⁴ ni en el proyecto de Alberdi que sirvieron de fuentes a nuestra Carta Magna (Midón, 1983).

Sagües (1980) considera que tal norma reconoce como antecedentes la mencionada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el proyecto de Pedro de Ángelis, cuyo artículo 14 establecía que “Los argentinos son iguales ante la ley, y pueden obtener los empleos públicos a que aspiren, si tienen las aptitudes necesarias para desempeñarlos”.

A su vez, también corresponde señalar que el artículo 15 contiene una temprana recepción del principio de igualdad al abolir la esclavitud, que puede considerarse la forma más extrema de desigualdad.

³³ En los debates de los convencionales constituyentes de 1853 no se encuentran alusiones al tema de la idoneidad como requisito de acceso al empleo público, ya que al tratar el artículo 16 sólo se discutió respecto a la eliminación de los fueros personales, en particular sobre los eclesiásticos. Conf. “Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación”, Tomo cuarto, Fuentes seleccionadas, coordinadas y anotadas en cumplimiento de la ley 11.857 por Emilio Ravignani. Instituto de Investigaciones Históricas. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1937-1939, pp. 514/515. Recuperado el 21-09-2020, de:

<http://ravignanidigital.com.ar/asambleas/asa4/asa4110000.html?h=517>

Asimismo, en dicha Asamblea se llegó a proponer por parte del convencional Leiva una adición al art. 32 del proyecto de Constitución, de acuerdo al siguiente texto: “Para obtener empleo alguno en la Confederación Argentina se necesita que el individuo profese y ejerza el culto Católico, Apostólico y Romano”. (ob. cit, pp. 517/518).

³⁴ En la Constitución de los Estados Unidos de 1787 encontramos una sola referencia a los requisitos de acceso de la función pública en el artículo seis, punto tres, el que expresa: “Los Senadores y representantes ya mencionados, los miembros de las distintas legislaturas locales y todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, se obligarán mediante juramento o protesta a sostener esta Constitución; pero nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato público de los Estados Unidos”. Recuperado el 21-09-2020, de:

[https://www.constituteproject.org/constitution/United States of America 1992.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/United%20States%20of%20America%201992.pdf?lang=es)

Por su parte, la Constitución vigente entre 1949 y 1956, remozando el artículo 16, establecía en su artículo 28: “La Nación Argentina no admite *diferencias raciales*, prerrogativas de sangre ni de nacimiento (...)”.

A su vez, en la reforma de 1957 se incorpora la estabilidad del empleado público en el artículo 14 bis, lo cual fue interpretado como un intento de suprimir el sistema del despojo en nuestro país³⁵.

Con la última reforma constitucional, efectuada en 1994, se recepta el principio de igualdad real de oportunidades en las siguientes disposiciones.

i. Artículo 75 inc. 2, que contemple el sistema de coparticipación federal de impuestos, haciendo alusión a la necesaria objetividad de los criterios de reparto, agregando que la distribución deberá ser “[...] *equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*”.

ii. Artículo 75 inc. 23, cláusula según la cual resulta atribución del Congreso:

[...] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

iii. Artículo 75 inc. 19, incluye como facultad parlamentaria:

[...] Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...] Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional

³⁵ En los debates de la Convención Constituyente, el convencional democristiano Peña decía: “El trabajador estará protegido igualmente por una norma constitucional contra el despido arbitrario [...] Esta protección alcanzará también al empleado público al consagrarse su estabilidad constitucional. Siempre el empleado público ha estado sujeto a las cesantías en masa en ocasión de los cambios de gobierno. Ahora ya no podrá ningún partido político que conquiste el gobierno disponer de los puestos administrativos como botín de guerra. Entendemos que este principio constitucional entrará a regir simultáneamente con la vigencia de las reformas y en adelante ningún empleado público podrá ser dejado cesante sin causa justificada y sin previo sumario administrativo”. Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1957, pág. 1254. Recuperado el 21-09-2020, de: [https://www.hcdn.gob.ar/secpar/dqral_info_parlamentaria/dip/archivos/ConvConst1957debatea_rt14bis .pdf](https://www.hcdn.gob.ar/secpar/dqral_info_parlamentaria/dip/archivos/ConvConst1957debatea_rt14bis.pdf)

respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

iv. Asimismo, incorporando un ejemplo concreto de medida de acción positiva, el artículo 37 dispone:

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.³⁶

Resta mencionar que, en ese mismo año, se introdujo la figura del amparo en el artículo 43 de nuestra ley fundamental, el cual puede ser interpuesto “contra toda forma de discriminación”.

2) Instrumentos internacionales con jerarquía constitucional vinculados a la materia

Con la mencionada reforma de 1994 se incorporaron con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento jurídico una serie de tratados de derechos humanos con incidencia en la temática que nos ocupa (CN, artículo 75 inc. 22).

Las referidas fuentes supralegales afianzan la interpretación que propugnamos acerca de la obligatoriedad del concurso, como mejor modo de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades, complementado con la adopción de acciones afirmativas en favor de ciertos grupos vulnerables.

³⁶ Si bien esta cláusula constitucional hace referencia a funciones políticas de carácter electivo, que no son la materia del presente trabajo, se la menciona por contener un supuesto concreto de acciones positivas en nuestra Carta Magna.

Dichos instrumentos internacionales contemplan, de modo bastante uniforme, el derecho de las personas de acceder -en condiciones de igualdad- a las funciones públicas de su país.

Entre los instrumentos con tal jerarquía, es posible enumerar los siguientes.

a. Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre

De tal declaración surge el derecho de toda persona a condiciones dignas de trabajo y a elegir libremente su vocación, en la medida en que lo permitan las oportunidades existentes de empleo (Artículo XIV).

Por su parte, su artículo XX garantiza a toda persona “legalmente capacitada” el “derecho de tomar parte en el gobierno de su país.”

Es interesante la alusión a la capacidad como requisito para el goce del referido derecho, el cual se encuentra previsto en los mismos términos por la Constitución de Mendoza (artículo 30) y, bajo el concepto de idoneidad, en la Constitución Nacional (artículo 16).

b. Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷

Este tratado garantiza que “Toda persona tiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país” (artículo 21, inc. 2º).

c. Convención Americana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica³⁸

Aquí se reconoce que: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades [...] c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (artículo 23, inc. I c).

En el inciso siguiente se prevé la posibilidad de reglamentar el ejercicio de ese derecho, pudiendo hacerlo sólo razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

³⁷ Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

³⁸ Aprobada por ley 23.054, B.O. del 27-3-1984.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en el caso "Aput c. DGE"³⁹, se pronunció favorablemente sobre la validez de la reglamentación contenida en el Estatuto del Empleado Público, según la cual se excluye de la posibilidad de desempeñarse como agentes estatales a quienes tengan un proceso penal pendiente⁴⁰.

d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹.

Este pacto establece que todos los ciudadanos gozan -sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2⁴², y sin restricciones indebidas-, del derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (artículo 25).

El artículo 26 del referido pacto estipula:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

e. Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales⁴³.

El artículo 7 de este pacto reconoce, de un modo análogo a la previsión contenida en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

³⁹ Expte. Nº 82.923, caratulado "Aput, Carlos Manuel c/ Dirección General de Escuelas p/ Acción de Amparo s/ Inc. Cas.", 23/08/2005.

⁴⁰ Artículo 11 inc. d), Decreto-Ley 560/73.

⁴¹ Aprobada por ley 17722, B.O. del 07-05-1968

⁴² El art. 2 menciona las siguientes categorías: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴³ Aprobada por ley 23313 B.O.: 13-05-1986

f. Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial⁴⁴.

Mediante esta Convención, los Estados Partes se obligan a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico.

En particular, respecto de los derechos políticos, se reconoce el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas (artículo 5).

g. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer⁴⁵.

Este instrumento, conocido por sus siglas en inglés –CEDAW–, obliga a los Estados signatarios a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, a garantizar –en igualdad de condiciones con los hombres– el derecho a ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (artículo 7, inc. b).

En la misma dirección, el artículo 11 contempla la obligación de adoptar 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.

Al respecto, se mencionan el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano y el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.

En su artículo 4.1, como fundamento de la adopción de acciones afirmativas por razones de género, se establece que:

⁴⁴ Aprobada por ley 17722, B.O.: 07-05-1968

⁴⁵ Aprobada por ley 23179, B.O.: 23-06-1985

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas, estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Esta última norma hace expresa referencia al carácter temporal, contingente o coyuntural de las medidas de acción positiva en favor de las mujeres. En efecto, se prevé que las mismas deber cesar al superarse las diferencias de trato que justificaron su adopción.

h. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁶.

Al suscribir este convenio nuestro país se comprometió a reconocer el derecho de las personas con discapacidad –en adelante PCD– a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; incluyendo el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado (artículo 27, inc. a).

Se alienta la promulgación de legislación que prohíba la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional (artículo 27, inc. e).

Se establece, a su vez, la necesidad de fomentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las PCD en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención y mantenimiento del empleo (artículo 27, inc. g).

En particular, en lo que aquí nos interesa, se impulsa la aprobación de legislación dirigida a emplear a PCD en el sector público (artículo 27, inc. g) y a velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo (artículo 27, inc. i).

⁴⁶ Aprobada por ley 26378 (B.O.: 09/06/2008) y elevada a jerarquía constitucional por ley 27044 (B.O.: 22-12-2014).

Asimismo, corresponde mencionar que el principio de accesibilidad se encuentra consagrado en el artículo 9 de la mencionada Convención, en el que se alude específicamente a las comunicación e información dirigidas a las PCD y al diseño de tecnología destinada a salvaguardar este principio.

Es menester subrayar, como más adelante se analizará, que los preceptos contenidos en este tratado se enmarcan en el modelo social de la discapacidad, el cual –en términos generales– centra su mirada en la necesidad de remover las barreras sociales que dificultan el pleno ejercicio de los derechos de las PCD.

VI. Instrumentos internacionales sin jerarquía constitucional con incidencia en la materia

Existen instrumentos internacionales sin jerarquía constitucional, pero con jerarquía superior a las leyes (conf. artículo 31, CN), que se ocupan del tema objeto del presente trabajo, entre las cuales podemos enumerar las siguientes.

a. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales — Protocolo de San Salvador⁴⁷.

Este pacto estatuye, en su artículo cuarto, que toda persona tiene derecho al trabajo, incluyendo la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

A su vez, en dicha norma, se establece la obligación de los Estados de adoptar medidas que garanticen la plena efectividad del derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, respecto de lo cual se destacan a aquellos destinados a PCD, a quienes se denomina en este pacto como ‘minusválidos’.

Finalmente, en materia de género, se prevé la obligación de los países signatarios de ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo (artículo 4, inc. 2).

b. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la 69 reunión de la Conferencia General de la O.I.T.⁴⁸

En su primer artículo, se define a las personas inválidas como toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar

⁴⁷ Aprobada por ley 24658 (B.O.: 17-07-1996)

⁴⁸ Aprobada por ley 23462 (B.O.: 12-06-1987)

en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

Se establece que finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona 'inválida' obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

Se prevé, a su vez, un margen de apreciación nacional en la aplicación de estas medidas, al contemplar que dicha implementación se ajustará a las condiciones nacionales y se hará de acuerdo a la práctica nacional.

A su turno, en el artículo cuarto, se recepta el principio de igualdad de oportunidades y la adopción de medidas de acción positiva, a las que se define como aquéllas encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores 'inválidos', destacándose que los demás trabajadores no deben considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.

Finalmente, en cuanto a la participación de los organismos involucrados en el tema se prevé que la necesidad de consultar a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sobre la aplicación de las medidas que deben adoptarse para promover la cooperación y la coordinación entre los organismos públicos y privados que participan en actividades de readaptación profesional. Se añade que debe consultarse las organizaciones representativas constituidas por 'personas inválidas' o que se ocupan de dichas personas (artículo 5).

c. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará"⁴⁹

Este convenio recepta el derecho de toda mujer a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones (artículo 4)⁵⁰.

⁴⁹ Aprobada por ley 24632 (B.O.: 09-04-1996).

⁵⁰ En materia de protección de la maternidad en el acceso al empleo, el Convenio de la OIT núm. 183 (2000) establece lo siguiente: Art. 9. 1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo [...] 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior

La aprobación de este convenio ha sido secundada por la sanción de la ley nacional 26485⁵¹ de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la cual contempla los distintos tipos⁵² y modalidades⁵³ de violencia contra las mismas.

Resulta oportuno destacar que este tratado es uno de los que ha originado mayor número de proyectos de ley dirigidos a otorgarle jerarquía constitucional a través del mecanismo previsto por el artículo 75 inc. 22 de la CN, habiéndose contabilizado 66 proyectos en ese sentido entre 1996 y 2021 (Hasanbegovic, 2021).

d. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁵⁴

En su primer artículo, esta convención define –con amplitud– a la discriminación contra las PCD como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

A su vez, legitimando la adopción de medidas de acción positiva, dicha norma establece que “no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción

incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que: (a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o (b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Dicho convenio aún no ha sido ratificado por la Argentina.

⁵¹ B.O.: 14-04-2009

⁵² Entre dichos tipos de violencia, la ley 27.533 (B.O. 20/12/2019) incorporó la violencia política a la que se caracteriza como aquella dirigida a restringir el derecho de las mujeres a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones (art. 5, inc. 6, ley 26485).

⁵³ Entre tales modalidades, se incluye la violencia laboral conceptualizada como aquella que discrimina a las mujeres, obstaculizando su acceso al empleo.

⁵⁴ Aprobada por ley 25280 (B.O.: 04-08-2000)

o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia”.

e. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁵⁵.

Esta convención cual reconoce a los adultos mayores el derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de otros trabajadores, sea cual fuere su edad (artículo 18).

Asimismo, esta norma obliga a los Estados Parte a disponer medidas destinadas a impedir la discriminación laboral de dichas personas vulnerables. En particular, se prohíbe “cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales”.

Se reconoce el derecho de los adultos mayores a participar en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás y a no ser discriminados por motivo de edad (artículo 27).

Finalmente, a través de este instrumento, los Estados Parte asumen el compromiso de adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de las personas mayores (artículo 18).

Respecto a la evolución que ha experimentado el reconocimiento de los derechos de los adultos mayores, Dabove (2018, p. 28) expresa que en el siglo XX comienza a colocarse el foco de atención en la problemática de los ancianos, lo cual es atribuido por dicha autora a los avances en los conocimientos biológicos, la creación de instituciones gerontológicas y el desarrollo del constitucionalismo social.

A su vez, se señala que el reconocimiento de tales derechos ha sido fruto del denominado proceso de especificación iniciado en la década de 1950 (Bobbio, como se cita en Dabove, 2018, p. 123).

Respecto de dicho proceso, se afirma que supuso una aproximación al modelo de igualdad material, reconociendo como destinatarios de los derechos

⁵⁵ Aprobada por ley 27360 (B.O.: 31-05-2017).

humanos a ‘personas situadas’ –como mujeres, niños, ancianos, etc.– (Dabove, 2018, p. 124).

***f. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*⁵⁶**

Este instrumento internacional alienta la adopción de sistemas de selección y contratación de agentes públicos basados en criterios de “eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud” (artículo 7, punto 1).

***g. Convención Interamericana contra la Corrupción*⁵⁷**

Mediante este tratado, los países miembros acuerdan la aplicación de medida encaminadas al establecimiento de sistemas de contratación de funcionarios públicos que garanticen la publicidad, la equidad y la eficiencia (artículo III, inc. 5º).

Gordillo (1997) señala que esta convención aparece en escena frente la irrupción del crimen organizado y el narcotráfico como amenazas a los derechos humanos y al Estado mismo, lo cual provoca la necesidad de luchar contra el flagelo de la corrupción.

h. Instrumentos de ‘Soft law’ vinculados al tema investigado

Finalizando con la reseña de la normativa internacional involucrada en el objeto de estudio del presente trabajo, resulta pertinente hacer mención a una serie de pronunciamientos emanados de organismos internacionales, a los que puede denominarse como instrumentos de *soft law*⁵⁸.

⁵⁶ Aprobada por ley 26097, B.O.: 09-06-2006

⁵⁷ Aprobada por ley 24.759, B.O. del 17-1-1997.

⁵⁸ Dicho término es recogido en el diccionario panhispánico de dudas de la RAE, bajo las siguientes acepciones (Disponibles en el siguiente enlace, consultado el 27-05-2023: <https://dpej.rae.es/lema/soft-law>):

1. Int. priv. Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

Sobre su eficacia, se ha señalado que, a pesar de no contar con procedimientos para controlar su cumplimiento, los mismos pueden producir efectos en el ámbito interno, por ejemplo, sirviendo de inspiración para la adopción de legislación interna o como pautas interpretativas de tratados internacionales, para determinar la existencia de una costumbre o un principio general de derecho internacional (Toro Huerta, 2006).

El citado autor destaca la transformación del soft law en hard law, en el ámbito internacional a través de la celebración de tratados posteriores o de la configuración de una práctica consuetudinaria; al igual que el ámbito interno con la adopción de medidas legislativas o judiciales que incorporan los estándares del soft law a la normatividad interna reconociéndole carácter vinculante.

Entre dichos instrumentos, es posible mencionar los siguientes que se ocupan de abordar alguna de las temáticas asociadas a la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y la adopción de acciones afirmativas.

1- Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública⁵⁹

Aquí se recepta el principio de legitimidad democrática, reconociendo que la misma deriva de la elección popular de las autoridades políticas y de la participación y control de la ciudadanía sobre los asuntos públicos, destacando que, con tal finalidad, las Administraciones Públicas debe ser “transparentes en su gestión, abiertas al escrutinio público, tolerantes a la crítica y permeables a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía”.

Se destaca en dicha Carta que la legitimidad también proviene del ejercicio independiente de una función pública profesional, seleccionada con criterios basados en el mérito.

2. Int. púb. Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa.

⁵⁹ Borrador revisado por la Mesa Directiva Ampliada del CLAD. Bogotá, Colombia, 28 y 29 de mayo de 2008 – Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública. Recuperado el 21-09-2020, en:

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cofemod_comisiondecalidad_carta_iberomerica_na_de_calidad.pdf

*2- Observación general número 8 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo*⁶⁰.

El objetivo de la mencionada observación es aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con el derecho al trabajo y al empleo consagrado en el artículo 27 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En particular, de dicha observación el referido Comité alude a la influencia negativa del denominado ‘capacitismo’⁶¹ en las posibilidades que tienen muchas PCD de conseguir un trabajo o empleo digno.

Sobre el punto se concluye que el capacitismo constituye la base de los prejuicios sociales y conduce a la desigualdad y la discriminación de las PCD, ya que orienta la legislación, las políticas y las prácticas como el empleo segregado —por ejemplo, los “talleres protegidos”— y puede derivar en un aumento de la participación de dichas personas en el mercado informal.

Asimismo, haciendo aplicación de los principios derivados del denominado modelo social de la discapacidad, se destaca que las PCD se enfrentan a barreras que dificultan su acceso al trabajo y al empleo en el mercado laboral abierto, en igualdad de condiciones con las demás.

⁶⁰ Disponible en el siguiente enlace (consultado el 27-05-2023): <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/518/60/PDF/G2251860.pdf?OpenElement>

⁶¹ La referida Obsevación define al capacitismo como “un sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana”.

3- *Opinión Consultiva*⁶² N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo⁶³.

En dicho documento se afirma que “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” (punto 78) y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación” (punto 98).

Asimismo, en el punto 134 de dicha opinión consultiva puede leerse que “[...] la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas transgénero contribuye a reforzar y perpetuar comportamientos discriminatorios en su contra [...]”, lo cual también puede profundizar su vulnerabilidad frente a “los crímenes de odio, o a la violencia transfóbica y psicológica la cual constituye una forma de violencia basada en razones de género, guiada por la voluntad y el deseo de castigar a las personas cuya apariencia y comportamiento desafían los estereotipos de género”.

En el mismo sentido, se señala que la falta de reconocimiento del referido derecho puede traer aparejadas violaciones de otros derechos humanos, particularmente –en lo que aquí nos ocupa– discriminación en el acceso al empleo o en el seno de la actividad profesional.

⁶² Respecto a la fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la CIDH, se ha dicho que “puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de magistrados, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza [...] se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó” (Hitters, 2008, p. 150).

⁶³ Dictada el 24 de noviembre de 2017 por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS a pedido de Costa Rica. Magistrados: ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE. Disponible en el siguiente enlace (consultado el 27-05-2023): <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-opinion-consultiva-oc-24-17-24-11-2017-serie-24-solicitante-republica-costa-rica-fa17570016-2017-11-24/123456789-610-0757-1ots-eupmocsollaf>

*4- Comunicado de prensa n° 122/2015 de la Comisión interamericana de Derechos Humanos*⁶⁴

Dicho organismo, ante la sanción de la ley bonaerense que instituye un cupo destinado a las personas trans expresó su beneplácito, al considerar que tales medidas “constituyen pasos fundamentales en el camino a la inclusión social de las personas trans”.

Asimismo, en tal comunicado dicho organismo insta a los Estados a “continuar adoptando medidas garantistas, incluyendo medidas legislativas y en materia de políticas públicas, en favor de personas trans, y personas lesbianas, gays, bisexuales e intersex”.

Específicamente, respecto de este tipo de medidas se expresa que las mismas “buscan incentivar el acceso de las personas trans a esferas públicas y a un mayor ejercicio de sus derechos económicos y sociales. Pueden contribuir no sólo a reducir los niveles de pobreza que enfrentan las personas trans, sino que también podrían asistir a reducir los niveles de homicidios y violencia policial en la medida que disminuyan el número de personas trans en economías informales criminalizadas y contribuyan a derrumbar estereotipos y prejuicios relacionados con la identidad de género”.

*5- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género “Yogyakarta”*⁶⁵.

En estos principios se reconoce el derecho de toda persona al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la

⁶⁴ Disponible en el siguiente enlace (consultado el 27-5-2023): <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/122.asp>

⁶⁵ Yogyakarta, Indonesia, 9 de noviembre de 2006. Puede consultarse al respecto en el siguiente enlace: <http://www.saij.gob.ar/0-internacional-principios-sobre-aplicacion-legislacion-internacional-derechos-humanos-relacion-orientacion-sexual-identidad-genero-yogyakarta-Int0006565-2006-11-09/123456789-0abc-defg-q56-56000tcanyel?q=%20titulo%3A%20Yogyakarta&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1> (consultado el 24-01-2021)

protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

A su vez, se prevé la necesidad de adoptar medidas positivas - legislativas, administrativas y de otra índole- con la finalidad de eliminar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en el empleo público y privado, incluso en lo concerniente a capacitación profesional, contratación, promoción, despido, condiciones de trabajo y remuneración (principio 12).

VII. Legislación nacional relacionada con el acceso a la función pública

Al igual que el resto de los derechos, y como lo dispone el artículo 14 de la CN, el acceso a la función pública, es susceptible de ser reglamentado en su ejercicio, lo cual es realizado por las normas que seguidamente se examinan.

i. La ley marco de regulación del empleo público nacional n° 25164⁶⁶ prevé en su artículo 4° las condiciones de ingreso para el ámbito del Poder Ejecutivo, entre las que menciona: “la 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”.

Esta norma se encuentra reglamentada por el decreto n° 1421/2002⁶⁷

ii. A su vez, el acceso al empleo dependiente del Congreso de la Nación se rige por la ley 24600⁶⁸, cuyo artículo 5 menciona como requisito para el ingreso la “Idoneidad para la función o cargo, acreditada mediante los criterios de selección que para cada caso establezca la reglamentación”, agregando la “igualdad de oportunidades” como regla para el progreso en la carrera administrativa (artículo 14).

La referida disposición se encuentra reglamentada por la resolución del H. Congreso de la Nación n° 43/1997⁶⁹, de acuerdo con la cual se establece -dentro de los criterios de selección, a fin de determinar la idoneidad para el ingreso a la planta permanente- la preferencia de la condición de trabajador de planta temporaria del Honorable Congreso de la Nación del postulante (artículo 5°).

La preferencia otorgada por la citada reglamentación es de dudosa constitucionalidad al apartarse de los estándares de idoneidad e igualdad de oportunidades.

⁶⁶ B.O.: 08-10-1999

⁶⁷ B.O.: 09-08-2002

⁶⁸ B.O.: 18-12-1995

⁶⁹ B.O.: 26-09-2002. Dicha resolución se dictó en el marco de lo dispuesto por el art. 59 de la ley 24600, mediante el cual se les atribuyen facultades reglamentarias a los presidentes de ambas cámaras.

iii. Por su parte, la ley 26861⁷⁰ se ocupa del denominado “ingreso democrático e igualitario del personal del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación”, la cual es analizada en el apartado correspondiente del presente trabajo.

iv. Por su parte, la ley 24185⁷¹ excluye del ámbito estatal de negociación colectiva al principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción en la carrera administrativa (artículo 8).

Esta expresa exclusión de la materia negociable se funda en el carácter imperativo del principio de idoneidad y tuvo especial incidencia en algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que más adelante se examinan.

v. Ley antidiscriminatoria n° 23592⁷²

Siendo la base del tema estudiado el de la igualdad, no puede dejar de mencionarse esta normativa que se ocupa de sancionar toda forma de discriminación.

En efecto, esta norma obliga a dejar sin efecto el acto discriminatorio, a cesar en su realización y a reparar el daño moral o material ocasionado. En tal dirección, su artículo 1° dispone que “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 su vez, dicha norma reconoce específicamente los siguientes factores sospechosos discriminación: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social y caracteres físicos.

⁷⁰ B.O.: 03-06-2013

⁷¹ B.O.: 21-12-1992

⁷² B.O.: 05-09-1988

vi. La ley 25188⁷³ de ética en el ejercicio de la función pública establece lo siguiente en torno a las contrataciones estatales:

Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a observar, en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan, los principios de publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad (artículo 2, inc. h).

vii. A su vez, en el ámbito criminal, el Código Penal⁷⁴ contempla –entre los delitos contra la administración pública– la siguiente figura delictual:

Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos⁷⁵ e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales (artículo 253).

Sostienen Estrella y Godoy Lemos que este artículo contempla dos acciones típicas: la de proponer o nombrar en un cargo público a quien no reúna los requisitos legales, por una parte, y la de quien acepta dicho cargo en tales condiciones, por la otra (2007, págs. 469-470).

Respecto al bien jurídico protegido, se ha dicho que el mismo consiste en “la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al peligro que para él involucra la falta de idoneidad legalmente requerida” (Núñez como se cita en Estrella & Godoy Lemos, 2007).

viii. En lo que refiere a la prevención del nepotismo, en enero de dos mil dieciocho el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto n° 93/2018⁷⁶, el cual prohíbe la designación de personas, bajo cualquier modalidad, en todo el Sector Público Nacional, que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado, con el presidente y vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, ministros y demás

⁷³ B.O.: 01-11-1999.

⁷⁴ Ley 11.179

⁷⁵ Multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993) Infoleg.

⁷⁶ B.O.: 31-01-2018.

funcionarios con rango y jerarquía de ministro. Se aclara que quedan comprendidos tanto el parentesco derivado del matrimonio, como de la unión convivencial⁷⁷.

Continuando con esta política, en agosto del mismo año se dictó el decreto 732/2018⁷⁸, el cual impide la adopción de decisiones o la realización de prácticas que impliquen privilegios o preferencias para el acceso a los cargos públicos y empleos fundadas en vínculos de parentesco.

Asimismo, en la norma referenciada se instruye a las autoridades jerárquicas a revisar toda la normativa de sus respectivos órganos y jurisdicciones que estipule alguna de las mencionadas desigualdades, a efectos de disponer su derogación.

ix. En materia de equidad de género, complementando las disposiciones de la ley de protección integral n° 26485⁷⁹, la Decisión administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros n° 1744/2020⁸⁰ consagra una serie de lineamientos para la igualdad de género en las empresas y sociedades del Estado.

x. Finalmente, corresponde subrayar que en marzo de dos mil diecinueve por el Poder Ejecutivo Nacional presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación a fin de establecer un nuevo régimen de ética pública⁸¹.

En dicho proyecto se incorporan las normas contenidas en el decreto 93/2018 sobre nepotismo. Asimismo, se incluyen una serie de principios sobre ética pública, entre los cuales merece destacarse el de igualdad de trato, de acuerdo con el cual se debe “[...] otorgar a todas las personas igualdad de trato ante iguales situaciones, y no incurrir en actos de discriminación por razones de género, sexo, orientación sexual, raza, color, idioma, religión, ideología, opinión

⁷⁷ Figura del derecho de familia receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994, B.O.: 08-10-2014) en los artículos 509 y ss. Específicamente, del artículo 510 de dicho cuerpo normativo se desprenden los requisitos para que se configure una unión convivencial.

⁷⁸ B.O.: 09-08-2018.

⁷⁹ B.O.: 14-04-2009.

⁸⁰ B.O.: 24-09-2020.

⁸¹ Proyecto presentado el 06-03-2020, bajo el número INLEG-2019-13024451 -A PN-PTE.

Recuperado el 21-09-2020, de:

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_regimen_de_etica_publica.pdf

política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, discapacidad, o cualquier otra condición social o física" (artículo 3).

VII. Legislación de la provincia de Mendoza sobre el acceso a la función pública

a) Constitución provincial

La Constitución de Mendoza estipula en su artículo 30 que: “Todos los argentinos son admisibles a los empleos públicos de la Provincia, sin otras condiciones que su buena conducta y capacidad, en todos aquellos casos en que esta Constitución o la ley no exijan calidades especiales”.

Por su parte, el artículo 37 dispone: “Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente en esa forma y de un modo público, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad por defraudación si la hubiere, salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la licitación”.

Si bien dicha norma hace referencia a la licitación y no al concurso, haciendo una interpretación analógica es posible considerar comprendido al empleo público dentro de los contratos que son susceptibles de celebrarse bajo las directrices de dicho procedimiento administrativo.

A modo de sanción ante el eventual incumplimiento de los anteriores mandatos, el artículo 43 de la Carta Magna local estatuye que: “Los nombramientos de funcionarios y empleados que hagan los poderes públicos prescindiendo de los requisitos enumerados o exigidos por esta Constitución, son nulos, y en cualquier tiempo podrán esos empleados ser removidos de sus puestos”.

No podemos dejar de subrayar que la Constitución de la Provincia de Mendoza prevé en su artículo 115⁸², vigente desde 1916, la llamada “cláusula republicana” para la elección de gobernador y vice, cerrando la puerta al nepotismo al menos en la más alta magistratura ejecutiva.

⁸² Tal artículo dispone en su parte pertinente: “El gobernador y el vicegobernador no podrán ser reelegidos para el período siguiente al de su ejercicio.

Tampoco podrá el gobernador ser nombrado vicegobernador, ni el vicegobernador podrá ser nombrado gobernador.

No podrán ser electos para ninguno de estos cargos, los parientes de los funcionarios salientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

Finalmente, es menester mencionar que en el proyecto de reforma parcial a la Constitución provincial enviado por el Poder Ejecutivo al Senado en dos mil veinte se incluye entre los temas habilitados para ser tratados por la futura Convención Constituyente la “consagración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y varones en el ámbito público y la obligación del Estado de promover en el ámbito privado la igualdad real de oportunidades entre géneros” (artículo segundo punto a). 6, dentro de la “Sección I – Declaraciones, Derechos y Garantías (Parte Dogmática)”⁸³.

b) Leyes y decretos provinciales

i. Estatuto del Empleado Público (Decreto-Ley 560/73⁸⁴)

Esta norma, que resulta aplicable a los agentes que cumplen funciones en los tres poderes del Estado, se ocupa de la reglamentación del derecho de acceso a la función pública.

En efecto, dicha normativa dispone que el ingreso a la función pública debe hacerse con previa acreditación de la idoneidad (artículo 10).

Además de ello, dicha norma contempla como requisitos indispensables para acceder a un cargo público el de ser argentino, salvo caso de excepción cuando determinados tipos de actividades así lo justifiquen; poseer condiciones morales y de conducta; y aptitud psicofísica para la función a la cual aspira ingresar.

A su vez, se prevé que el personal permanente debe ingresar por el nivel inferior del agrupamiento correspondiente, salvo que deban cubrirse puestos superiores y que no existan candidatos que reúnan las condiciones requeridas una vez cumplidos los procesos de selección pertinentes.

⁸³ Proyecto de reforma parcial de la Constitución de Mendoza presentado por el Poder Ejecutivo ante el Honorable Senado de la provincia, registrado bajo el número 74670 (fecha de ingreso: 11/08/2020).

⁸⁴ B.O.: 14-05-1973

ii. La ley 5126⁸⁵, que estatuye el escalafón para el personal de la administración pública provincial y municipal, en su artículo tercero faculta al Poder Ejecutivo para establecer, mediante reglamentación, el régimen de concursos para la cobertura de vacantes en el ámbito del escalafón aprobado por el primer artículo de la misma norma.

En el segundo párrafo de dicho artículo se enuncian los siguientes principios básicos que deberán respetarse para la cobertura de vacantes, partiendo de la obligatoriedad de la realización del pertinente concurso de antecedentes y oposición (inc. a).

A su vez, se prevé la necesidad de realizar concursos abiertos en aquéllos casos en que no hayan podido llevarse a cabo concursos internos.

En cuanto a los concursos internos, se establece que podrán participar en ellos todos los agentes de la administración pública, cualquiera sea su situación de revista, permanente, no permanente, interinos o contratados.

Se agrega que los concursos siempre deben ser públicos y con plena difusión anterior y posterior a su realización, debiendo garantizarse la objetividad e imparcialidad en su tramitación y reglamentarse el pertinente régimen de recursos.

También se contempla la participación de las entidades gremiales representativas de los agentes estatales en la junta calificadora del concurso.

Asimismo, el artículo 4, prevé que, a fin de dar cumplimiento al régimen de ingreso por concurso, el Poder Ejecutivo deberá conformar una comisión con la participación activa de todos los sectores gremiales.

iii. El Estatuto-escalafón municipal, aprobado por ley nº 5892⁸⁶, también se ocupa de la cuestión al disponer la necesidad de acreditación de la idoneidad para gozar del derecho a la carrera (artículo 19), previendo también los principios a los que deberán ajustarse los procedimientos de selección (artículo 20).

Se establece, asimismo, que dichos procedimientos se llevarán adelante por una junta de selección, debiendo cubrirse las vacantes mediante procesos

⁸⁵ B.O.: 08-06-1986

⁸⁶ B.O.: 14-10-1992.

abiertos, cuando se trate de cargos en la categoría inicial de cada agrupamiento (artículo 20, inc. c).

iv. En materia de negociación colectiva, a través de la ley 6656⁸⁷, la provincia de Mendoza adhirió a la ley nacional 24185.

v. Más recientemente, la ley 8993⁸⁸ de Ética en el ejercicio de la función pública, prevé en su artículo 4 –incisos 9 y 14– la obligación de los funcionarios públicos alcanzados por la misma de observar en las contrataciones públicas en las que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad; y el deber de otorgar a las personas igualdad de trato en igualdad de condiciones.

Dicha ley, específicamente en su artículo 7 inciso 7, prevé la incompatibilidad de los funcionarios para la designación de familiares cercanos en cargos públicos.

vi. Por su parte, siendo el concurso un típico procedimiento administrativo, es menester tener presente los principios reconocidos por la ley 9003⁸⁹ que lo reglamenta.

Tal norma reconoce en su artículo 1, inc. II, los siguientes principios generales aplicables al procedimiento administrativo: el principio *pro homine*, el de juridicidad, el debido proceso adjetivo, la buena administración y el de tutela administrativa efectiva de aquellas personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad⁹⁰.

⁸⁷ B.O.: 19-01-1999.

⁸⁸ B.O.: 16-08-2017.

⁸⁹ B.O.: 19-09-2017.

⁹⁰ En su art. 1, inc. 3 b) se define a las personas en condición de vulnerabilidad como aquellas “que, en razón de su edad, condición sexual, física o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la administración los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se estatuye que “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la condición sexual y la privación de libertad”.

vii. Finalmente, en octubre de dos mil diecisiete, la Legislatura de Mendoza sancionó la ley 9015⁹¹ que regula el nuevo régimen de concursos para acceder a los empleos de la Administración Pública provincial regidos por la ley 5126 y aquellos que no estén comprendidos por regímenes de concursos especiales⁹².

Dicha ley fue reglamentada por el decreto n° 2649/2017⁹³, mediante el cual se designa al Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia como autoridad de aplicación y se establecen los parámetros para las inscripciones, la preselección, los cursos de nivelación, la prueba de oposición, la evaluación de antecedentes, las órdenes de evaluaciones, el cuestionamiento aptitudinal, el orden de mérito y la posesión del cargo para los concursantes⁹⁴.

Con estas dos últimas normas se terminó de dar forma a lo que se consideró como una nueva política en materia de empleo público, lo cual fue destacado por el entonces titular del Poder Ejecutivo provincial⁹⁵.

No obstante, es necesario recordar que la ley 9015 tuvo como antecedente inmediato a la ley 7970⁹⁶, que ratificaba el decreto homologatorio de dos actas

⁹¹ B.O.: 30-10-2017.

⁹² Es decir que quedan exceptuados de esta normativa, los cargos públicos que se encuentren comprendidos en regímenes especiales como la ley de carrera médica (ley n° 4872, B.O.: 28-10-1983), el estatuto docente (ley n° 4934, B.O.: 02-10-1984) o el de las fuerzas policiales (ley n° 6722, B.O.: 15-11-1999).

⁹³ B.O.: 26-01-2018.

⁹⁴ Véase: <https://www.sitioandino.com.ar/n/254565-comejo-reglamento-el-regimen-de-concursos-para-estatales-y-convoca-a-nuevos-cargos/> Recuperado el 21-01-2021.

⁹⁵ En su discurso de apertura de sesiones ordinarias ante la Asamblea Legislativa del primero de mayo de dos mil diecinueve, el gobernador de la provincia de Mendoza Alfredo Comejo, expresó lo siguiente: [...] se desarrolló una inédita política de transparencia tanto en el ingreso como en el desarrollo de la carrera en la Administración Pública, a partir de la implementación de concursos públicos que deben convertirse en un cambio cultural irreversible para Mendoza y que apuntan a erradicar definitivamente el acomodo en el Estado. Así, culminó recientemente el proceso de 51 concursos de ingreso y 63 ascensos para la Administración Central, con 33000 aspirantes y 800 postulaciones respectivamente, quienes podrán decir con orgullo que ingresaron únicamente por sus méritos y capacidades [...] Se dio vida al Instituto Provincial de Administración Pública (IPAP) a fin de capacitar e incentivar a los agentes públicos a prestar servicios de calidad. La jerarquización del empleo público requiere de reglas claras en el acceso, pero también en el desarrollo de la carrera para lograr que el recurso humano capacitado pueda hacer cada vez más eficiente la labor del Estado". Recuperado de: https://es.scribd.com/document/408297430/Discurso-completo-del-Gobernador-Alfredo-Comejo-2019#from_embed (Consultado el 20-09-2020).

⁹⁶ B.O.: 06-12-2008. Esta norma fue reglamentada por los Decretos n° 1112/2011, 3075/2011 y 310/2016; siendo finalmente derogada por el art. 32 de la ley 9015.

paritarias suscriptas en octubre de dos mil siete, relacionadas a la implementación del régimen de concursos y a la efectividad de los cargos de los agentes con subrogancia.

IX. Jurisprudencia referida a la aplicación del concurso como vía apropiada para acreditar la idoneidad

A continuación, se desarrollan brevemente algunos de los principales pronunciamientos judiciales sobre la temática investigada, particularmente acerca de la obligatoriedad del concurso como método de selección de agentes públicos.

1. Suprema Corte de Justicia de Mendoza

El máximo tribunal provincial ha tenido ocasión de expedirse, en los precedentes que se analizan a continuación, acerca de la necesidad del concurso para seleccionar agentes estatales.

*ii. "Sindicato de Obreros y Empleados de la Municipalidad de Mendoza – SOEM c/ Municipalidad de Mendoza s/A.P.A."*⁹⁷

Siguiendo el voto preopinante del Dr. Alejandro Pérez Hualde, se destacan los aspectos cardinales de la sentencia.

a. Posición de la parte actora

El sindicato peticiona que se condene al municipio a convocar a reuniones paritarias para la selección de personal por concursos, el dictado del nomenclador de funciones y la puesta en funcionamiento de la junta de selección.

Para ello sostiene que, según la ley 5892, la única forma de ingreso a la función pública municipal con estabilidad, es el concurso. Agrega que, luego de veinte años de sancionada la ley no se ha llamado a ningún concurso y que sólo se ingresa por prebenda; subrayando que el ochenta por ciento del personal municipal es temporario, más de la mitad del cual supera los diez años de antigüedad.

Se cita, asimismo, el artículo 6 del estatuto municipal (ley 5892), el cual dispone que deben llamarse a paritarias con la intervención del sindicato para

⁹⁷ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, "SOEM v. Municipalidad de Mendoza s/A.P.A.", sentencia del 02/09/2014. Con voto preopinante del Dr. Pérez Hualde, al que adhirió el Dr. Palermo.

dictar el nomenclador de funciones y que se debe llevar adelante el procedimiento previsto en los arts. 19 a 23 de la mencionada ley para realizar el proceso de selección del personal municipal.

Sostienen, finalmente, que los actos impugnados, en cuanto rechazaron el reclamo sindical padecen de vicios graves en el objeto, la voluntad y la forma.

b. Posición de la parte demandada

La municipalidad accionada plantea la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley 5892 por cercenar las atribuciones reconocidas sin limitaciones al Intendente Municipal y al Concejo Deliberante por las Constituciones Nacional y Provincial y por la Ley Orgánica de Municipalidades.

Alega, también, que el mecanismo de ingreso previsto por la ley 5892 es inconstitucional por limitar la autonomía municipal (Const. de Mendoza, arts. 200, inc. 2 y 209).

Finalmente, sostiene que el marco normativo del escalafón municipal fue dado a través de decretos del Intendente y ordenanzas municipales.

c. Dictamen del Procurador General

El jefe del Ministerio Público Fiscal sugiere que no se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad y que se rechace la demanda.

Sostiene que no procede considerar el pedido de llamar a paritarias porque no fue incluido en el reclamo administrativo.

Refiere que el sindicato no tiene legitimación para pedir el cumplimiento del régimen de ingreso porque sólo representa a los agentes en actividad, los cuales tampoco pueden formular tales requerimientos en forma abstracta, fuera del marco de una controversia.

d. Voto del Dr. Pérez Hualde

El referido ministerio distingue las siguientes cuestiones a resolver:

1. Inconstitucionalidad de la ley 5892. Dicho pedido es rechazado con base en los argumentos que siguen.

El art. 30 de la Constitución de Mendoza puede ser correlacionado con la garantía del art. 209 de la misma Carta Magna. El municipio tiene atribuciones para regular las relaciones de empleo público municipal, pero dentro de los límites de la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Constitución de Mendoza.

El municipio no puede invocar su propia omisión para soslayar la vigencia de los derechos reconocidos por la Legislatura, especialmente la garantía constitucional para el acceso a los cargos públicos, dado que no se ha implementado ningún tipo de concurso.

2. Legitimación del sindicato

El sindicato reclama que se dicte el nomenclador y se constituya la junta de selección, en tanto la ley 5892 prevé su participación en el procedimiento previo a su dictado y que la junta esté compuesta al menos por un representante gremial.

El ministro señalado razona que en este tipo de legitimación impera la habilitación constitucional de los arts. 42 y 43 de la CN, y que el art. 223 inc. II del Código Procesal Civil de Mendoza debe interpretarse como abarcador de los derechos de incidencia colectiva o intereses difusos.

Refiere que el art. 43 de la CN amplía la legitimación no sólo para los casos de amparo, citando el precedente de la Corte nacional en el caso “ATE s/acción de inconstitucionalidad” de 2013, en el que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 23551 por conculcar la libertad sindical garantizada por los convenios de la OIT.

En tanto el reclamo sindical se centra en la afectación del derecho a la igualdad de oportunidades en el ingreso a la función pública y a la promoción en la carrera, se concluye que el SOEM está legitimado.

3. El alcance de la negociación colectiva en el ámbito municipal

El art. 62 inc. c de la ley 5892 excluye de la materia negociable en el ámbito de las paritarias municipales a “la idoneidad como base de ingreso y promoción en la carrera”, acreditada “conforme a lo previsto en dicho estatuto escalafón”.

Los derechos del sindicato a participar en el dictado del nomenclador y a que al menos exista un representante gremial en la junta de selección, no se extienden a obligar al municipio a que tenga que acordar en paritarias tales cuestiones porque están vinculadas con las materias enervadas como objeto de negociación.

Aplicando las pautas expuestas al caso en examen, el Dr. Pérez Hualde concluye:

-que el decreto denunciado por la municipalidad no satisface las finalidades de la ley 5892; y

-que la instrumentación del nomenclador y de la junta de selección están excluidas de la negociación y son competencia exclusiva del Departamento Ejecutivo del municipio.

Finalmente, se resuelve, con el voto de Pérez Hualde más la adhesión al mismo de Palermo, hacer lugar parcialmente a la demanda y condenar al Departamento Ejecutivo del municipio a que, con la previa participación del sindicato, el Concejo Deliberante sancione el nomenclador de funciones y cree la junta de selección, todo según lo normado por la ley 5892.

Resulta elogiable el resultado de la sentencia, al dar una respuesta que permite poner en vigencia la manda constitucional de la idoneidad frente a la omisión de las autoridades municipales.

A fin de resaltar la importancia de contar con mecanismos abiertos de acceso a la función pública, resulta oportuno recordar a Ralws (1995, p. 89) quien afirma que “si algunas plazas no se abrieran sobre una base justa para todos, los que fueran excluidos tendrían derecho a sentirse tratados injustamente”.

ii. *“Alaniz, Flavio Diego y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.”*⁹⁸

En este caso se debatió la constitucionalidad de diversos “pases” a planta permanente del Estado realizados sin concurso previo.

⁹⁸ Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, “Alaniz, Flavio Diego y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.”, sentencia del 09/05/2017.

Siguiendo el orden expositivo propuesto por el ministro preopinante, Dr. Pérez Hualde, sintetizamos los principales argumentos vertidos y la resolución del caso.

a. Posición de la parte actora

Solicitan se declare la nulidad e inaplicabilidad del Decreto nº 779/15, en cuanto homologa el acuerdo paritario alcanzado en la paritaria de la administración central del 14/5/2015, por el que se pactó el ingreso a la planta permanente del personal temporario o interino y la titularización de los agentes que se encontraban subrogando cargos superiores en dichas clases, sin concurso o acreditación de idoneidad alguno, por presentar vicio grave o grosero en el objeto, al violar normas legales y constitucionales.

Ambos actores, Alaniz y Quinteros, son empleados públicos que, no obstante, su perfeccionamiento permanente, no han logrado ascender en la carrera administrativa.

Por tales motivos interponen un reclamo administrativo para que el gobernador no homologue dicho acuerdo y que llame a concurso.

El acuerdo homologado dispuso el pase a planta permanente o titularización de agentes designados en forma temporaria, interina o que estén subrogando clases superiores, en todos los casos sin exigir el concurso ni las condiciones de titulación fijadas en el escalafón.

Los actores esgrimen los siguientes fundamentos jurídicos:

- la idoneidad como garantía de igualdad (artículos 16 de la CN, 30 de la Constitución de la provincia de Mendoza, 10 del Decreto-ley 560/73 y cctes. de la ley 7970);

- que la estabilidad es un derecho del agente que ha acreditado idoneidad;

- los acuerdos paritarios violan la norma que autorizó la mesa paritaria (ley 24185);

- el derecho a la carrera no puede ser reconocido sin previo cumplimiento de la acreditación de idoneidad; y

- no se puede negociar el ascenso sin concurso, puesto que se transgrediría la garantía constitucional de igualdad, lo que no cambia por el

hecho de que la Legislatura haya ratificado el convenio, ya que no es posible reglamentar el derecho a la estabilidad violando el artículo 28 de la CN.

b. Posición del Gobierno de Mendoza

Sostiene la inexistencia de interés legítimo y de afectación de los accionantes, quienes no acreditan que estén en condiciones de concursar ni cómo los afectó el pase a planta ya que ellos mismos se vieron beneficiados al ser efectivizados.

La demandada señala que la conducta de los actores es contradictoria con sus propios actos, ya que ellos tampoco ingresaron por concurso.

Refiere que el decreto impugnado fue ratificado por ley –la cual fue consentida por los accionantes– lo cual implica una modificación del Estatuto del empleado público.

Por último, se ha alusión a la irrazonabilidad de la pretensión, en tanto resulta desproporcionado lo requerido; pues, de admitirse la demanda, a fin de proteger un supuesto interés simple de dos agentes, se perjudicaría el interés legítimo de otros empleados que no son parte del pleito.

c. Posición de Fiscalía de Estado

Se invoca la improcedencia de la acción, subrayando que no hay vicio ni violación de garantía constitucional alguna, agregando que existe un error en el objeto de la litis, ya que no se menciona que el decreto fue ratificado por una ley, la cual no es impugnada.

Se afirma que la ley 8798 –ratificatoria del Decreto nº 779/15– establece una excepción al decreto-ley 560/73 y a la ley 5126, tratándose de una ley que modifica normas de igual jerarquía; arguyéndose que se trata de una excepción al régimen de concurso, el cual no ha sido derogado.

Sigue razonando el Fiscal que los derechos de los actores no se ven afectados, pues pueden participar de los futuros concursos y que los cargos en cuestión no estaban vacantes, sino que se encontraban ocupados interina o temporariamente por quienes los titularizaron.

d. Posición de la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.)

El gremio estatal plantea la falta de legitimación sustancial activa en razón de que los actores carecen de interés legítimo o derecho subjetivo.

A su vez, alega que las subrogancias son cargos cubiertos por una necesidad extrema y no un puesto cubierto por acomodo.

Sostiene que, para lograr ascender, los accionantes debieron abrir un expediente administrativo.

Finalmente, señalan que Alaniz y Quinteros carecen de legitimación para anular normas de carácter colectivo mediante una acción individual.

e. Dictamen del Procurador General

Desde el Ministerio Fiscal se aconseja hacer lugar a la acción y declarar la nulidad e inaplicabilidad del decreto impugnado por las siguientes razones.

Indica que los actores tienen interés legítimo ya que probaron ser agentes de planta permanente del Estado en condiciones de bregar por el acceso a cargos superiores a través de los procedimientos previstos en la ley.

En cuanto a la legitimidad de lo convenido en el acuerdo paritario, afirma que les asiste la razón a los actores, citando precedentes del máximo tribunal local favorables a su postura ("Ponce, María Jorgelina c/Provincia de Mendoza s/A.P.A.").

Dictamina que las restricciones impuestas por la ley 24185 delimitan la materia de negociación colectiva. Por ello, si el acuerdo paritario avanza sobre cuestiones innegociables, la ley ratificatoria nada quita o agrega ya que colisiona con una norma superior (conf. artículo 31 CN).

f. Voto minoritario del Dr. Pérez Hualde

Respecto a la legitimación, el ministro preopinante expresa que los actores acreditaron la existencia de un interés legítimo, concluyendo que tienen interés suficiente en que se declare la ilegitimidad del obrar administrativo.

Considera que está demostrado que los accionantes podrán verse en alguna medida beneficiados o perjudicados en su situación jurídica por el pronunciamiento que recaiga.

Por tanto, sostiene que no son atendibles las objeciones de la demandada, en orden a que los accionantes no probaron haber realizado presentaciones en sede administrativa tendientes a ascender.

En cuanto a las particularidades de la nulidad planteada, se destaca que se impugna el propio decreto que los actores identifican como desestimatorio de su reclamo. Dicho acto tiene substancia normativa, susceptible de ser objetado en su constitucionalidad, pero también ha producido efectos jurídicos individuales, razonamiento que llevó al Tribunal a admitir la acción incoada.

En definitiva, el voto minoritario del Dr. Pérez Hualde resuelve hacer lugar a la demanda y declarar la nulidad del decreto homologatorio impugnado. Para así decidir, se apoya en los siguientes argumentos:

El principio de idoneidad y los límites a la negociación colectiva en el sector público provincial. En función de una serie de fundamentos normativos concluye en la procedencia del planteo de inconstitucionalidad formulado. En particular, hace foco en la garantía constitucional a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación receptada por el artículo 16 de la CN.

Junto a ello se incorpora en el razonamiento a los instrumentos internacionales jerarquizados por el artículo 75 inc. 22 que recogen el derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas (artículo 25 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos).

También son resaltadas las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Carta Iberoamericana de la Función Pública.

Se adhiere, asimismo, a las corrientes doctrinarias que propugnan la obligatoriedad del concurso.

Por otro lado, y en lo que hace al ámbito de la discusión paritaria, se citan las leyes 24185, 6656 y 8729 (artículo 82), las cuales restringen el derecho a la negociación colectiva. Dichos límites fueron quebrantados por el acuerdo impugnado al avanzar sobre cuestiones innegociables, subrayando que la ratificación legislativa de lo convenido no puede ir contra la Constitución Nacional ni la provincial.

g. Voto del Dr. Gómez (al que adhiere el Dr. Nanclares)

En disenso con Pérez Hualde, estos ministros se inclinan por la improcedencia de la nulidad interpuesta.

Concuerda este voto con el ministro preopinante en cuanto al reconocimiento de la legitimación de los accionantes.

Sin embargo, hace notar una serie de carencias y limitaciones del postulado accionante, dado que sólo impugnan el decreto homologatorio y no el acta paritaria ni la ley que lo ratificó. Por ello, plantea que frente a un eventual fallo favorable, el acta sola tendría una existencia propia y plena validez, mientras que la ley también quedaría subsistente y no se pidió su inconstitucionalidad.

Acerca de la pretensión accionante, se señala su desmesura dado que el cuestionamiento afecta derechos colectivos, indeterminados en cuanto a las individualidades implicadas, por lo que la anulación de determinados aspectos del trato puede configurar una profunda inequidad.

Refiere que no hay proporcionalidad entre el medio elegido –invalidar el decreto homologatorio– y el fin perseguido –derecho a la carrera–, por lo cual se impone una cuidadosa ponderación de los derechos en pugna para determinar si se justifica la restricción de uno en beneficio del otro.

Se indica que la anulación demandada privaría de la estabilidad adquirida a un universo indeterminado de agentes públicos, los cuales no fueron llamados a ejercer su defensa, dado que podrían verse afectados por la sentencia.

En torno a la constitucionalidad discutida, Gómez indica que no duda que el concurso es el medio de selección por antonomasia para el ingreso al Estado, pero esto no significa que si ese medio no es utilizado la idoneidad esté ausente.

Señala que no consta que los sujetos alcanzados por el acuerdo no cumplan con la idoneidad, por lo que no se estaría violando el artículo 43 de la Const. de Mendoza.

Agrega que tampoco se violan las otras leyes alegadas por los actores, puesto que la ley 8798 es una norma posterior y de igual jerarquía que aquéllas, ley que –además– no fue impugnada.

h. Apreciación personal y repercusiones del fallo

Consideramos que la solución a la que arriba la Suprema Corte resulta desacertada, en tanto no puede convalidarse ningún mecanismo de ingreso al Estado que no garantice la igualdad de oportunidades. Esto, aunque las personas designas en forma directa posean sobrada idoneidad para desempeñar su función.

El fallo comentado recibió severas críticas por las razones apuntas, rescatándose del mismo el voto minoritario del Dr. Pérez Hualde por resguardar las garantías constitucionales en juego.

Boulin⁹⁹ (2017) afirma que de haberse fallado conforme al voto minoritario se habrían beneficiado tanto quienes ya se encontraban dentro de la Administración como quienes aspiraban a ingresar a ella, ya que ambos grupos habría podido concursar en condiciones de igualdad para “demostrar su valía para las posiciones abiertas”¹⁰⁰.

Es menester mencionar que al finalizar agosto de dos mil veintitrés se encontraba pendiente de resolución ante el superior tribunal mendocino un proceso promovido por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos con similar objeto litigioso al sentenciado en dos mil diecisiete¹⁰¹.

⁹⁹ En el sentido señalado puede leerse las siguientes reacciones en la prensa digital:
https://www.losandes.com.ar/article/un-paso-atras-en-el-ingreso-a-la-carrera-administrativa-publica/?fbclid=IwAR0m9okHKurdFbFH4B3CINvoUk-o9a_zYVW97hJWepAM_B1GLK868-q2Pjk
<https://www.losandes.com.ar/article/la-corte-avalo-el-ingreso-al-estado-sin-concurso/?fbclid=IwAR1qE5XMGL-KiMNkuueiU6wUkZWqhcNARBO11irGJbLOf0U629cqPYCr7GQ> (consultados el 23-01-2021)

¹⁰⁰ En la referida publicación de Diario Los Andes, el autor citado deja constancia que se desempeña como litigante pro bono en casos de ausencia de concursos públicos para ingresar a la Administración.

¹⁰¹ Se trata de la causa caratulada “Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos C/ Gobierno De La Prov. De Mendoza P/ Acción Inconstitucionalidad” (Expte. n° 103790122), CUIJ: 13-03757381-1. Información disponible en el siguiente enlace: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=9160291032> (consultado el 29-08-2023)

2. Corte Suprema de Justicia de la Nación

i. “Kek c. Municipalidad de Coronel Du Graty”¹⁰²

En dicho fallo se hace lugar a la reincorporación de empleados porque no existía una norma que exigiera la realización del concurso. No compartimos dicha interpretación en razón de que tal exigencia viene impuesta por mandato constitucional (CN, arts. 16 y ccs.), no siendo óbice para su operatividad la falta de reglamentación.

De este modo, el cimero tribunal expresó lo siguiente:

[...] la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal. Ello es así, pues el artículo 60, inciso e, de la Ley Orgánica de Municipalidades 4233 no ha sido reglamentado en la Municipalidad de Du Graty y no hay una norma específica en esta Comuna que imponga tal requisito (considerando 9°).

Sin embargo, el fallo en comentario también ha sido elogiado por respetar la estabilidad del acto administrativo y de este modo proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Alonso Regueira, 2017).

ii. “Galíndez, Nicolás E. c. Ministerio Público Fiscal de la Nación s. amparo ley 16986”¹⁰³

a. Hechos y antecedentes del caso.

La ley 26861 requiere para acceder a los cargos administrativos de menor rango –tanto en el Poder Judicial como en los Ministerios Públicos– una calificación mínima en las evaluaciones sobre conocimientos teóricos y en informática (artículo 23). Asimismo, se prevé que la autoridad de aplicación elaborará una lista con los postulantes aprobados y que las vacantes se cubrirán mediante sorteo de todos los integrantes de la lista.

En el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Nación se dictó la resolución 507/14 de Procuración General, reglamentaria de la mencionada ley,

¹⁰² Corte Sup. Just. de la Nación, “Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa.”, sentencia del 25/03/2015.

¹⁰³ Corte Sup. Just. de la Nación, “Galíndez, Nicolás Emanuel c/ Ministerio Público Fiscal de la Nación s/ Amparo ley 16986”, sentencia del 09/11/2017.

estableciendo que el orden de selección del postulante se determinará a través del mecanismo del sorteo.

En dos mil diecisiete la sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta hizo lugar a la acción amparo interpuesta por un aspirante que obtuvo el primer lugar en el orden de mérito en el concurso correspondiente a la subsede Jujuy del Ministerio Público Fiscal. En consecuencia, dicho tribunal de alzada declaró la inconstitucionalidad de los artículos pertinentes del reglamento de ingreso antes referido.

El fallo de Cámara descalifica la resolución impugnada por acudir a un procedimiento regido por el azar que coloca en igualdad de condiciones a un grupo heterogéneo de personas, ya que han obtenido calificaciones diferentes en el examen de ingreso. Por tales motivos, considera dicho tribunal que la resolución basada en el azar es arbitraria e inconstitucional.

Contra esta sentencia, el representante del Ministerio Público Fiscal de la Nación y el Fiscal General subrogante ante la cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios ante la Corte Suprema, los cuales fueron concedidos y constituyen la materia del fallo aquí comentado.

b. Cuestiones a resolver

En el presente caso se analiza si la reglamentación del ingreso al Ministerio Público Fiscal de la Nación resulta constitucional, sobre la base de dos principios en juego: la idoneidad y la igualdad.

Se examina el principio de idoneidad como una consecuencia de la garantía de igualdad, ambos contenidos en el artículo 16 de la Constitución Nacional (considerando 5°).

c. Razonamiento y decisión de la Corte

El máximo tribunal comienza subrayando la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que no es su misión juzgar el acierto o la justicia de las leyes.

Seguidamente, expresa que la previsión del artículo 16 de la CN implica un presupuesto para el ingreso a los empleos estatales consistente en que el

candidato sea idóneo para la labor a desempeñar. Concluye de tal argumento, que no se consagra el derecho exclusivo del más capacitado de los aspirantes, sino un derecho de todos quienes reúnan los requisitos mínimos de idoneidad (Schreginger, 2019, pág. 239).

Se analiza lo dispuesto por la ley 26861, sosteniendo que la exigencia de aprobar los exámenes satisface el requisito de idoneidad del artículo 16 de la CN. Agrega que no asignarle prioridad a los de mayor puntaje no supone discriminación alguna, debido a que todos los postulantes aprobados ostentan las mismas posibilidades de ser nombrados.

En cuanto a la resolución impugnada, la Corte niega que constituya una reglamentación irrazonable ya que al no haberse previsto en la ley que la selección se hiciera entre los mejores calificados, la autoridad de aplicación pudo válidamente disponer que se elija al candidato entre los diez aprobados que resultaran sorteados.

La sentencia se apoya, asimismo, en sus precedentes en torno a la idoneidad (fallos 238:183 y 307:2106) y al principio de igualdad (fallos 182:355).

Finalmente, se cita una doctrina sentada por el máximo tribunal en la que se define la garantía de igualdad como la ausencia de trato diferenciado en idénticas condiciones, admitiéndose que no es arbitraria la distinción realizada por la legislación en situaciones que puedan ser consideradas disímiles.

A criterio de la Corte el sistema para el acceso a los cargos administrativos impugnado es constitucional porque tiene en cuenta la idoneidad de los postulantes en diversas etapas del proceso de selección, por lo que la realización del sorteo en una etapa intermedia no representa una violación del artículo 16 de la CN (considerando 9°).

De tal modo, se admiten los recursos interpuestos y se rechaza la acción de amparo promovida.

d. Apreciación personal

Coincidimos con la resolución del alto tribunal, ya que el sistema de selección cuestionado, respeta la garantía de igualdad a la vez que cumple con el requisito de idoneidad. Ello, más allá del acierto o no de la opción escogida

por el legislador, sobre lo cual no debiera avanzar la judicatura en la medida de que no se transgreda el principio de razonabilidad.

Puede afirmarse, entonces, que un sistema basado exclusivamente en el azar –aunque fuera abierto y transparente– no cumpliría con el requisito de idoneidad, al tiempo que uno que permitiera seleccionar agentes públicos sin la suficiente publicidad y concurrencia del concurso no respetaría la igualdad, aunque el elegido fuera un agente idóneo.

Al respecto, resulta útil recordar que el mecanismo del sorteo ha sido empleado para la distribución de cargas públicas como el servicio militar obligatorio y para la asignación de bienes sociales, como las viviendas pertenecientes al programa gubernamental denominado Procrear.

A su vez, este mecanismo de selección basado en el azar ya había sido utilizado en la Antigua Grecia, habiéndose señalado que en dicho sistema –basado en la igualdad de oportunidades– las magistraturas asignadas por sorteo aseguraban la alternancia entre gobernantes y gobernados (Sábato, 2011).

Sobre las bondades de dicho sistema, se ha dicho que el sorteo es el único método de selección capaz de generar una forma específica de *humildad-legitimidad*, mientras que los restantes modos de selección producen una forma de *superioridad-legitimidad*, en la que el representante es declarado superior al representado a través del proceso de selección (Courant, 2017).

En oportunidad de tratarse el proyecto que luego de convertiría en la ley 26861, la senadora nacional Sonia Escudero manifestó su acuerdo con el mecanismo del sorteo, afirmando que en nuestro país “hay una situación de desigualdad estructural por la cual a algunas personas hoy, en nuestro país, les sería absolutamente imposible ingresar a cualquier estamento del Estado”¹⁰⁴.

A ello, dicha legisladora agregó que “El hecho de que un niño nazca en Palermo o en el Chaco salteño determina de modo diferencial el resto de su vida. Esto constituye un escándalo ético de primer nivel. Entonces, posibilitar el ingreso de quienes hayan aprobado a lo mejor con seis y no con ocho, porque a lo mejor tuvieron ese accidente de nacimiento y debieron asistir a una escuela

¹⁰⁴ Versión taquigráfica disponible en el siguiente enlace: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/22-05-2013/08/downloadTac> (consultado el 29-8-2023)

donde la calidad educativa no era tan alta, podrá compensarse con ese menor nivel de exigencia y la posibilidad de ingresar por sorteo”.

Finalmente, resulta útil señalar que –a nuestro criterio– este mecanismo de selección no resulta apropiado para la cobertura de cargos de superior jerarquía con competencias técnicas específicas, en cuyo caso los postulantes mejor calificados ofrecen mayores garantías de un adecuado desempeño.

XII. Principales medidas de acción afirmativa implementadas en nuestro país y en nuestra provincia

Además del cupo previsto por el artículo 37 de la CN para la representación de las mujeres en los cargos electivos¹⁰⁵, pueden destacarse los cupos o cuotas destinados a las personas con discapacidad y a las personas travestis, transexuales y transgénero.

a. Cupos en favor de personas con discapacidad

A nivel nacional, la ley 22431¹⁰⁶ de protección integral de los discapacitados, establece que:

El Estado nacional —entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

[...] En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito.

Finalmente, se prevé que:

[...] el Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y

¹⁰⁵ Tal disposición se encuentra reglamentada por la ley de cupo femenino n° 24012 (1993) y por la ley de paridad de género n° 27412 (2017).

En la provincia de Mendoza, la paridad de género en materia electoral ha sido consagrada por la ley n° 9100 (B.O.: 08/10/2018).

¹⁰⁶ B.O.: 20-03-1981.

proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo (artículo sustituido por la ley n° 25689¹⁰⁷).

Por su parte, en la provincia de Mendoza la ley 5041¹⁰⁸, referida a la protección de personas con discapacidad, establece que: “El Estado Provincial, sus Organismos Descentralizados o Autárquicos, las Empresas, Bancos y Sociedades del Estado ocuparán personas discapacitadas que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento del ingreso que se produzca anualmente, previo el dictamen y evaluación que establezca la Junta Calificadora” (artículo 13).

Actualmente estos cupos encuentran respaldo supralegal en la mencionada Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

b. Cupos en favor de personas travestis, transexuales y transgénero

Inspiradas en los mencionados Principios de Yogyakarta y en la ley de identidad de género¹⁰⁹, entre otros instrumentos normativos, han visto la luz iniciativas legislativas orientadas a promover la inclusión laboral de las personas trans en el ámbito estatal.

b.1.) Ámbito nacional

a) Ley 27636¹¹⁰

Actualmente, se encuentra vigente en el ámbito nacional la ley 27636, conocida como Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para personas travestis, transexuales y transgénero “Diana Sacayán - Lohana Berkins”¹¹¹.

¹⁰⁷ B.O. 03/01/2003.

¹⁰⁸ B.O.: 05-11-1985.

¹⁰⁹ Ley 26743, B.O.: 24-05-2012

¹¹⁰ B.O.: 08/07/2021

¹¹¹ Dicha norma tuvo su origen en el proyecto de ley ingresado a la Cámara de Diputados de la Nación e incluido en la Orden del día HCD N° 265, según surge del siguiente enlace (consultado el 03-06-2023): <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-138/138-265.pdf>

Dicha norma tiene por objeto “establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina” (artículo 1°).

En cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, dicha ley adopta medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de sus derechos, entre los que se destacan el de la igualdad de oportunidades y de acceder a un trabajo digno.

El artículo tercero de la ley comentada delimita el ámbito personal de aplicación estableciendo que se entiende por “personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se autoperciben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer”. Todo ello, a tenor de lo normado por el artículo 2° de la ley de identidad de género n° 26.743.

A su vez, el artículo 4 dispone que se encuentran alcanzadas por dicha ley “las personas travestis, transexuales y transgénero habilitadas a trabajar en los términos que establece la legislación laboral, que manifiesten que su Identidad de Género se encuentra alcanzada por la definición del anterior 3°”.

Se aclara que para quedar comprendido en las disposiciones de la ley no es requisito haber efectuado la modificación registral prevista en el artículo 3° de la ley 26.743.

El artículo 5 se ocupa específicamente de la inclusión laboral de las personas trans, instituyendo un cupo en favor de las mismas no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad del personal del Estado nacional, en todas las modalidades de contratación regular vigentes.

La norma aclara que comprende a los tres poderes que integran el Estado, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades del Estado.

A los fines de garantizar el cumplimiento de dicho cupo, se prevé que los organismos públicos deben establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por personas travestis, transexuales o transgénero.

En torno a este punto, se aclara que el cumplimiento de lo previsto en la norma no debe implicar el cese de las relaciones laborales existentes al momento de su sanción.

Respecto al requisito de la terminalidad educativa, se prevé que –a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades– el mismo no puede resultar un obstáculo para el ingreso y permanencia en el empleo en los términos de la presente ley. Ello, conforme a los siguientes términos:

Si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no completaron su educación, en los términos del artículo 16 de la ley 26.206 [...] se permitirá su ingreso con la condición de cursar el o los niveles educativos requeridos y finalizarlos. En estos casos, la autoridad de aplicación debe arbitrar los medios para garantizar la formación educativa obligatoria y la capacitación de las personas travestis, transexuales y transgénero con el fin de adecuar su situación a los requisitos formales para el puesto de trabajo en cuestión.

La norma en cuestión también se ocupa de abordar la cuestión de la discriminación, estableciendo en su artículo sétimo que:

Toda persona travesti, transexual o transgénero tiene derecho al trabajo formal digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de identidad de género y/o su expresión.

A su vez, contemplando la histórica criminalización que ha sufrido este colectivo, se prevé que para el ingreso y permanencia en el empleo no pueden ser valorados los antecedentes contravencionales, ni los antecedentes penales de las/os postulantes que resulten irrelevantes para el acceso al puesto laboral.

La ley se detiene, por otra parte, en la necesidad que la inclusión sea transversal y federal, disponiendo que:

Debe procurarse que la inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero [...] se refleje en todos los organismos obligados, asegurando asimismo una aplicación federal en cuanto a la distribución geográfica de los puestos laborales que se cubran.

A su turno, en el artículo 9 se prevé la obligación gubernamental de promover acciones tendientes a la sensibilización con perspectiva de género y de diversidad sexual en los ámbitos laborales, con el fin de una efectiva integración de las personas travestis, transexuales y transgénero en los puestos de trabajo.

Respecto del ámbito laboral privado, se prevé que el “Estado nacional debe priorizar, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones a personas jurídicas o humanas del ámbito privado que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero” (artículo 10)

En el mismo sentido, se estipulan beneficios impositivos para quienes contraten a las personas beneficiarias de la presente ley (artículo 11).

Esta norma también prevé la creación de un Registro Único de Aspirantes en el que pueden inscribirse las personas travestis, transexuales y transgénero interesadas en postularse a cubrir puestos laborales. Se aclara que la inscripción es optativa y tiene por objeto proveer, a las reparticiones demandantes, así como a las personas jurídicas o humanas que lo requieran, listados de candidaturas que se correspondan con la descripción del puesto a cubrir.

Dicho registro sólo debe consignar el nombre autopercebido, los antecedentes educativos y laborales, así como las aptitudes y preferencias laborales de las personas aspirantes. La autoridad de aplicación debe asegurar la accesibilidad para la inscripción a la totalidad de las personas interesadas.

En el artículo 14 la ley se ocupa de la confidencialidad del registro de aspirantes, preceptuando que los responsables de dicho Registro y todas aquellas que intervienen en cualquier fase del tratamiento de los datos personales que se encuentran en el mismo, tienen deber de confidencialidad, de conformidad con lo establecido en la ley de protección de datos personales nº 25.326¹¹².

El artículo 16 prevé la necesaria participación de personas travestis, transexuales y transgénero, en representación de organizaciones sindicales y de la sociedad civil de todo el país vinculadas al objeto de la ley para realizar el

¹¹² B.O.: 02-11-2000

seguimiento y monitoreo de su implementación, y para el desarrollo de mecanismos y políticas de acompañamiento de las mencionadas personas en su proceso de inclusión laboral.

A los fines de verificar el adecuado cumplimiento de la ley en el ámbito del Poder Ejecutivo, en su artículo 17 se crea una Unidad de Coordinación Interministerial para garantizar la implementación integral y coordinada de la ley examinada entre los organismos con competencia en la materia y el seguimiento del estado de avance de la misma.

Dicha Unidad de Coordinación debe integrarse con los representantes del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo y el Ministerio de Educación de la Nación.

Finalmente, se establece que la autoridad de aplicación debe promover que el diseño y ejecución de las medidas dispuestas en la ley contemplen un criterio no binario de los géneros de conformidad con la ley 26.743.

b) Decreto reglamentario

La ley examinada es reglamentada por el Decreto 659/2021¹¹³.

En dicha norma se designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad, atribuyéndole competencia para dictar las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para la efectiva implementación de la ley 27636.

Por otro parte, señala la norma reglamentaria que serán puestos a disposición de los organismos materiales de capacitación y lineamientos generales sobre sensibilización y capacitación con perspectiva de género y diversidad sexual que tengan como fin la efectiva integración de las personas travestis, transexuales y transgénero en los ámbitos laborales (artículo 9).

A su vez, sobresale una disposición dirigida a las contrataciones públicas que prevé para los casos de empate de ofertas el deber de priorizar “a aquellas empresas que en su planta laboral posea a personas travestis, transexuales y

¹¹³ B.O.: 28-09-2021

transgénero” y que en caso de que “varias de las empresas igualadas incluyan en su plantel a personas con dichas identidades, deberá priorizarse al oferente que posea el mayor porcentaje de personas travestis, transexuales y transgénero en sus puestos de trabajo” (artículo 10).

c) Antecedentes

La ley 27636 reconoce como antecedente el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 721/2020¹¹⁴, el cual establecía lo siguiente para el ámbito de la administración pública nacional:

[...] en el Sector Público Nacional, en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156, los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al uno por ciento de la totalidad de los mismos por personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo. Dicho porcentaje deberá ser asignado a las mencionadas personas en cualquiera de las modalidades de contratación vigentes.

A los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto en el párrafo anterior, se deberán establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por personas travestis, transexuales o transgénero. Deben, asimismo, reservarse las vacantes que se produzcan en los cargos correspondientes a los y las agentes que hayan ingresado bajo el régimen del presente decreto para ser ocupadas en su totalidad por personas travestis, transexuales y transgénero (artículo 1°).

Por su parte, y a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades, el decreto dispone que “el requisito de terminalidad educativa no puede resultar un obstáculo para el ingreso y permanencia en el empleo” y que “si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no completaron su educación [...], se permitirá su ingreso con la condición de cursar el o los niveles educativos faltantes y finalizarlos [...]” (artículo 4°).

¹¹⁴ B.O.: 04-09-2020

d) Restante normativa que se ocupa del tema

Corresponde, además, mencionar el decreto de la Presidencia del Senado de la Nación de 2020¹¹⁵ que aprobó un cupo para su respectiva órbita, los cuales oscilan entre el 0,5 y el 5% de los cargos vacantes reservados.

b.2.) Ámbito provincial

Actualmente, la provincia de Mendoza carece de una ley que disponga un cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero.

No obstante, existen ordenanzas municipales que han instituido dichas medidas de acción positiva en sus respectivos ámbitos. Éste es el caso de los departamentos de Las Heras, Luján de Cuyo¹¹⁶ y Rivadavia¹¹⁷.

Asimismo, en la órbita del Ministerio Público Fiscal, la Procuración General de la provincia dictó una resolución que instituye un cuyo análogo al previsto por la ley 27636, de cuyo estudio nos ocupamos más adelante.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia provincial ha llamado recientemente a concurso de auxiliares administrativos, contemplando la necesidad de cumplir los cupos previstos por las leyes 5041 y 27636.

Corresponde, a su vez, hacer alusión a un proyecto de ley -presentado en 2018 en el Senado de la provincia- orientado al establecimiento del referido cupo¹¹⁸.

Dicho proyecto apunta a tiene modificar la ley 9015 de régimen de concursos, incorporando el cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero en una proporción no inferior al uno (1) por ciento.

Teniendo en cuenta que la referida ley 9015 sólo resulta aplicable al ámbito del Poder Ejecutivo provincial, el cupo que se proyecta incorporar sólo tendría vigencia dentro de dicha esfera.

¹¹⁵ Decreto dictado el 14-09-2020, bajo el nº DP-0015/20. Su texto puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.senado.gob.ar/administrativo/decretos> (consultado el 23-1-2021).

¹¹⁶ Información extraída del siguiente enlace (consultado el 04-06-2023): <https://agenciapresentes.org/2019/05/01/1m-mapa-del-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>

¹¹⁷ Ordenanza Nº 5005-20, dictada el 20-12-2020

¹¹⁸ Proyecto registrado bajo el expediente nº 0000071332 del Honorable Senado de la Provincia.

Finalmente, es pertinente destacar que desde el portal web del gobierno de la provincia de Mendoza se informa que se encuentra en proceso de avance la sanción de dicho proyecto de ley¹¹⁹.

¹¹⁹ A dicha información puede accederse en el siguiente enlace (consultado el 04-06-2023): <https://www.mendoza.gov.ar/prensa/la-provincia-avanza-una-ley-propia-de-cupo-laboral-trans/#:~:text=Este%20proyecto%20de%20ley%20contempla,por%20personas%20del%20colectivo%20trans.>

X. Recepción de las acciones positivas en el derecho público provincial comparado

a) Constituciones provinciales

La mayor parte de las constituciones de las provincias argentinas no contienen previsiones específicas sobre las medidas de acción positiva.

Sólo algunos distritos, cuyas constituciones han sido modificadas con posterioridad a la Carta Magna nacional, han previsto la necesidad de adoptar acciones afirmativas en favor de grupos de personas vulnerables.

Entre ellos, encontramos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 36, 38, 40 y 80 inc. 7)¹²⁰ y a las provincias de Chaco (artículo 35)¹²¹, Corrientes (arts. 41 –respecto de niños– y 44 –respecto de PCD–)¹²², Entre Ríos (arts. 17 –por razones de género– y 262 –para zonas desfavorables–)¹²³, La Rioja (artículo 81)¹²⁴, Neuquén (arts. 8, 45 inc. 3, 47, 48, 50, 51, y 53)¹²⁵, Santiago del Estero (arts. 18 y 28)¹²⁶ y Tucumán (arts. 24 y 67 inc. 6)¹²⁷.

Dentro del mencionado grupo es menester dedicar un apartado especial para la provincia del Neuquén, cuya ley fundamental contiene el mayor número de disposiciones acerca de las acciones positivas. En efecto, se prevé la necesidad de promover medidas de acción positiva en favor de mujeres (artículo 45, inc. 3), niños (artículo 47), jóvenes (artículo 48), personas con discapacidad (artículo 50), veteranos de guerra (artículo 51) y pueblos originarios (artículo 53).

Por otro lado, se hallan aquellas provincias que, si bien no han contemplado específicamente a las acciones positivas, sí contienen disposiciones relativas a la igualdad de oportunidades. Entre ellas, encontramos a las provincias de

¹²⁰ B.O.: 10-10-1996

¹²¹ B.O.: 07-12-1994

¹²² B.O.: 13-06-2007

¹²³ B.O.: 15-10-2008

¹²⁴ B.O.: 20-05-2008

¹²⁵ B.O.: 03-03-2006

¹²⁶ B.O.: 26-11-2005

¹²⁷ B.O.: 06-06-2006

Buenos Aires¹²⁸, Catamarca¹²⁹, Chubut¹³⁰, Córdoba¹³¹, Formosa¹³², Jujuy¹³³, La Pampa¹³⁴, Río Negro¹³⁵, Salta¹³⁶, San Juan¹³⁷, San Luis¹³⁸, Santa Cruz¹³⁹, Tierra del Fuego¹⁴⁰ y Misiones¹⁴¹.

En este segundo grupo se destacan las provincias cuyas constituciones contemplan a la igualdad de oportunidades como principio aplicable por parte del Consejo de la Magistratura (Río Negro, artículo 222) y a la carrera judicial (Salta, artículo 156).

Finalmente, se encuentran las provincias de Santa Fe¹⁴² y la ya examinada de Mendoza¹⁴³ que no se ocupan –al menos de un modo directo– de las acciones positivas ni a la igualdad de oportunidades.

b) Leyes provinciales que establecen cupos para el ingreso a la función pública

b. 1) Cupos para personas con discapacidad

Actualmente, todas las provincias argentinas contemplan cupos para la inclusión laboral en el ámbito público de las PCD, los cuales oscilan entre el 2% y el 5% de la planta de personal¹⁴⁴.

¹²⁸ B.O.: 14-09-1994

¹²⁹ B.O.: 07-09-1988

¹³⁰ B.O.: 01-06-2010

¹³¹ B.O.: 14-09-2001

¹³² B.O.: 08-06-2003

¹³³ B.O.: 17-11-1986

¹³⁴ B.O.: 14-10-1994

¹³⁵ B.O.: 03-06-1988

¹³⁶ B.O.: 22-04-1998

¹³⁷ B.O.: 07-05-1986

¹³⁸ B.O.: 08-04-1987

¹³⁹ B.O.: 27-11-1998

¹⁴⁰ B.O.: 28-05-1991

¹⁴¹ B.O.: 21-04-1958

¹⁴² B.O.: 18-04-1962

¹⁴³ B.O.: 28-12-1916

¹⁴⁴ Un panorama nacional sobre la cuestión –actualizado hasta 2021– puede consultarse en el siguiente enlace (recuperado el 04-06-2023): <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-legis-nacional-ed-especial-discapacidad.pdf>

En particular, las provincias de Salta (ley nº 6036/1982¹⁴⁵) y Santa Cruz (ley nº 1662/1984¹⁴⁶) contempla un cupo no inferior al 2% anual de ingresos.

En el caso de San Luis, la ley nº I-0011/2004¹⁴⁷ prevé un cupo no inferior al 3% del personal.

A su vez, las provincias de Río Negro (ley nº 2055/1985¹⁴⁸), Santiago del Estero (ley nº 5711/1989¹⁴⁹), Mendoza (ley nº 5041/1985¹⁵⁰), Neuquén (ley nº 1643/1985¹⁵¹), Córdoba (ley nº 8501/1995¹⁵²), Chubut (ley nº I-296¹⁵³), Entre Ríos (ley nº 9891/2008¹⁵⁴), Buenos Aires (ley nº 10592/1987¹⁵⁵), Santa Fe (ley nº 9325/1983 ¹⁵⁶), Tucumán (ley nº 6380/1997 ¹⁵⁷), Corrientes (ley nº 5968/1990 ¹⁵⁸), San Juan (ley nº 7850/2007 ¹⁵⁹), Tierra del Fuego (ley nº 48/1992¹⁶⁰) y Catamarca (ley nº 4848/1996¹⁶¹) contemplan un cupo que asciende al cuatro por ciento.

Por otra parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley nº 1502/2004¹⁶²) y las provincias de Misiones (ley XIX nº 23¹⁶³), Jujuy (ley nº 4398/1988¹⁶⁴) y Formosa (ley 478/1984¹⁶⁵) establecen un cupo de 5% de la planta de personal.

¹⁴⁵ B.O.: 05-01-1983

¹⁴⁶ B.O.: 14-10-1984

¹⁴⁷ B.O.: 10-11-2004

¹⁴⁸ B.O.: 19-12-1985

¹⁴⁹ B.O.: 18-08-1989

¹⁵⁰ B.O.: 05-11-1985

¹⁵¹ B.O.: 20-12-1985, modificada por ley 1784 (B.O.: 18-11-88)

¹⁵² B.O.: 02-01-1996

¹⁵³ Texto disponible en el siguiente enlace, en el cual no se consigna fecha de publicación de la norma (consultado el 04-06-2023) [https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/lxl/I-296.html#:~:text=Art%C3%ADculo%2029%3A%20BECAS.,cinco%20por%20ciento%20\(5%25\).](https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/lxl/I-296.html#:~:text=Art%C3%ADculo%2029%3A%20BECAS.,cinco%20por%20ciento%20(5%25).)

¹⁵⁴ B.O.: 29-01-2016

¹⁵⁵ B.O.: 22-10-1987

¹⁵⁶ B.O.: 24-03-1999

¹⁵⁷ B.O.: 11-01-2010

¹⁵⁸ Sancionada el 06-05-2010. Texto disponible en el siguiente enlace (consultado el 04-06-2023): <https://hcdcorrientes.gov.ar/leyes-diputados/Ley5968.pdf>

¹⁵⁹ B.O.: 24-01-2008

¹⁶⁰ B.O.: 21-12-1992

¹⁶¹ B.O.: 26-04-1996

¹⁶² B.O.: 26-11-2004

¹⁶³ B.O.: 22-01-2018

¹⁶⁴ B.O.:

¹⁶⁵ B.O.: 28-11-1984

Es mester destacar el caso de la provincia de La Pampa (ley 2226/2005¹⁶⁶) que contempla el ingreso de seis PCD por año como mínimo.

Finalmente, la provincia de La Rioja no establece un cupo con porcentajes específicos, sino que prevé una prioridad en la contratación de PCD (ley 5097/1988¹⁶⁷).

b. 2) Cupos para personas travestis, transexuales y trasgénero

Aquí corresponde mencionar las leyes sancionadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias de Buenos Aires, Chubut, Chaco, Santa Fe y Entre Ríos¹⁶⁸ que aprueban cupos para personas transexuales, los cuales oscilan entre el 0,5 y el 5% de los cargos vacantes reservados¹⁶⁹.

En efecto, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la ley n° 4376/2013¹⁷⁰ que en su artículo 5 inc. c “propone” la incorporación, en una proporción no inferior al cinco (5) por ciento, de personas del colectivo trans en el sector público de la Ciudad¹⁷¹.

¹⁶⁶ B.O.: 27-01-2006. En el art. 9 de esta ley se prevé que “El Estado Provincial incorporará anualmente a su respectiva planta de personal, a solicitud de parte interesada, como mínimo a seis (6) personas con discapacidad, que reúnan las condiciones de idoneidad suficientes, debiendo hacerse a tal fin la reserva de las vacantes respectivas que se produzcan. La reglamentación determinará el organismo de aplicación de la presente norma y fijará las demás condiciones y modalidades a que deberán sujetarse las designaciones que se efectúen”.

¹⁶⁷ B.O.: 06-01-1989. En el art. 12 de dicha norma se establece que “En las pruebas selectivas para el ingreso de la Administración Pública Provincial, invitando a las Municipalidades a adherirse a la presente Ley, serán admitidas las personas con discapacidad que demuestren idoneidad en igualdad de condiciones con los demás aspirantes.

Definida su idoneidad en igualdad de rendimiento tendrá prioridad el discapacitado para acceder al desempeño de aquellas funciones que signifiquen un adecuado aprovechamiento de su capacidad.

La aptitud psicofísica para el ingreso a la Administración Pública Provincial o Municipal será determinada por la Secretaría de Estado de Salud Pública”.

Datos extraídos de los fundamentos del proyecto de ley n° 0311-D-2020, el cual puede consultarse en el siguiente enlace:

<https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0311-D-2020> (consultado el 23-1-2021).

¹⁶⁸ Un panorama nacional actualizado sobre el tema puede obtenerse en el siguiente enlace (consultado el 04-06-2023): <https://agenciapresentes.org/2019/05/01/1m-mapa-del-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>

¹⁶⁹ Ordenanza N° 5005-20, dictada el 20-12-2020

¹⁷⁰ B.O.: 22-01-2013

¹⁷¹ Sobre la efectividad de la implementación de dicha medida de acción positiva se pronunció la Justicia porteña en el precedente “Hendrickse Cristina Montserrat c/ Consejo de la Magistratura

A su vez, en la provincia de Santa Fe, la ley n° 13902/2019¹⁷² establece la obligación estatal de “ocupar en su personal de planta permanente, transitoria y/o contratada, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cinco por ciento (5%) de la totalidad de personas que hayan procedido a la rectificación registral del sexo, nombre e imagen, en el territorio provincial”.

Por su parte, en las provincias de Buenos Aires (ley n° 14783/2015¹⁷³), Río Negro (ley n° 5328/2018¹⁷⁴) y Entre Ríos (ley n° 10827/2020¹⁷⁵) se establecen cupos con el mismo destino que ascienden al 1%.

A su turno, en la provincia de Chubut, la ley n° I – N° 621/2018¹⁷⁶ prevé el deber del sector público provincial de ocupar en una proporción no inferior al 0,5% de la totalidad de su personal a personas trans.

Finalmente, es menester destacar el caso de la provincia del Chaco, en el cual la ley n° 2934-L/2018¹⁷⁷ no prevé un cupo propiamente dicho, sino que establece la obligación de priorizar a las personas trans en la contratación, conforme a los siguientes términos:

El Estado Provincial, sus organismos descentralizados o autárquicos, los Entes Públicos no Estatales y las Empresas del Estado Provincial [...] están obligados a integrar personas travestis, transexuales y transgénero, que reúnan condiciones de idoneidad y por orden de mérito, conforme al perfil del cargo a ocupar [...] La inclusión de las personas trans que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo,

de la CABA s/ impugnación de actos administrativos” (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: 21. Fecha: 22-abr-2019), el cual es analizado más adelante.

Con posterioridad a ello se presentó un pedido de reglamentación de dicho cupo en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la C.A.B.A. por parte del Sindicato de empleados judiciales, al cual puede accederse en los siguientes enlaces (consultados le 04-04-2023):

<https://sitraju-caba.org.ar/notaspresentadas/nota-cupo-laboral-travesti-trans.pdf>

<https://sitraju-caba.org.ar/disposicion-cjm.pdf>

¹⁷² B.O.: 03-12-2019. Dicha norma es reglamentada por el Decreto 951/2020 (B.O.: 09-09-2020)

¹⁷³ B.O.: 21/12/2015. Dicha norma es reglamentada por el Decreto 1473/19 y por la Resolución de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires n° 920/2021.

¹⁷⁴ B.O.: 26-11-2018

¹⁷⁵ B.O.: 22-10-2020

¹⁷⁶ B.O.: 05-07-2018

¹⁷⁷ B.O.: 11-01-2019

será obligatoria su incorporación ya sea a la planta permanente, o a los/as contratados/as cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. El requisito de la idoneidad para el cargo será interpretado siempre en favor de la persona trans beneficiaria y no será un impedimento para que el Estado cumpla con el deber establecido en la presente. Para el caso de aquellas personas trans que no reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, se dispondrá un régimen especial de capacitación laboral, con el fin de garantizar su efectiva inserción laboral. (artículo 4).

Asimismo, dicha norma prevé la obligación de los organismos mencionados de considerar prioritariamente a las personas travestis, transexuales y transgénero en cada concurso y contratación, bajo apercibimiento de incurrir el funcionario responsable en falta grave o mal desempeño en caso de incumplimiento de dicha manda (artículo 5).

A lo expuesto, cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán instituyó en febrero de 2020¹⁷⁸ un sistema de ingreso diferenciado para personas transexuales con un cupo laboral máximo de un uno (1) por ciento, habiéndose llevado a cabo el primer concurso con dicha finalidad en marzo de 2021¹⁷⁹.

A través de tal resolución se prevé el deber de incorporar, como mínimo, una persona trans en cada ingreso, y como máximo un uno por ciento del total de ingresos anuales de planta permanente e interina, hayan o no accedido al cambio registral establecido en la ley 26.743.

A su vez, en dicha Acordada se dispone que la Oficina de Derechos Humanos y Justicia, junto con la Oficina de la Mujer y la Dirección de Recursos Humanos, deberán organizar una convocatoria amplia y de alcance provincial, con el objeto de conformar un listado de personas transexuales interesadas en

¹⁷⁸ Acordada N° 74/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, dictada el 21-02-2020.

¹⁷⁹ En el siguiente enlace (consultado el 04-06-2023) puede accederse a información relativa a dicho concurso: <https://soydesantiago.ar/contenido/3422/tucuman-poder-judicial-concluyo-el-primer-concurso-del-pais-para-cumplir-el-cupo>

ingresar a trabajar al Poder Judicial de la referida provincia del norte de nuestro país.

XI. Evolución de los conceptos de discapacidad y diversidad sexual en nuestro derecho

Antes de examinar el tratamiento que la jurisprudencia les ha dispensado a las acciones afirmativas destinadas a las PCD y a las personas travestis, transexuales y transgénero, estimo pertinente realizar una breve reseña de la evolución de la legislación argentina respecto a dichas personas.

Resulta necesario advertir que dicha reseña, se circunscribirá a los aspectos vinculados con el objeto del presente trabajo. Ello, teniendo en consideración la amplitud de los referidos temas y el abordaje específico que los mismos han recibido por parte del derecho civil, de familia, de la seguridad social y contravencional.

i) Evolución de la legislación argentina sobre la discapacidad

El concepto de discapacidad es relativo y varía de acuerdo a los diferentes contextos históricos y sociales (Palacios, 2008).

La citada autora se ocupa de analizar los distintos modelos de tratamiento de la discapacidad que han ido sucediéndose en el tiempo¹⁸⁰.

Respecto modelo de prescindencia, con auge principalmente en la Edad Media, se afirma que sustenta que las causas de la discapacidad son religiosas, atribuyendo su origen a un pecado de los progenitores. A su vez, sostiene que la discapacidad no tiene nada valioso que aportar a la sociedad, constituyendo la PCD una carga para la familia y para la sociedad.

Dentro de esta visión, encontramos dos submodelos: el eugenésico y el de marginación.

El primero de ellos se vincula con la idea de que la vida de una PCD no merece la pena ser vivida y representa una carga social. Palacios (2008, pp. 39/40) ejemplifica con el trato dispensado a dichas personas en la Antigüedad, particularmente en Grecia o Roma, donde se destacaba la práctica del infanticidio de niños con discapacidad.

¹⁸⁰ En la obra citada se aclara que estos modelos, si bien pueden ser ubicados en épocas históricas, coexisten en la actualidad.

El sub-modelo de marginación se caracteriza por la exclusión, en lugar de la privación de la vida. Aquí las PCD integran el grupo de pobres y mendigos. Respecto de los niños, el trato implicaba frecuentemente el abandono en Iglesias. La caridad y el rechazo eran las formas de exclusión (Palacios, p. 62).

Se señala que, en una sociedad en la que el trabajo había cobrado un rol importante, quienes no trabajaban sufrían un menosprecio por parte de la comunidad.

Por su parte, el modelo rehabilitador o médico, desarrollado al calor de las guerras y accidentes de trabajo de principios del siglo XX, ubica a las causas de la discapacidad en razones científicas y no religiosas. La discapacidad comienza a ser abordada en términos de salud/enfermedad y a considerarse modificable o “curable”, siendo el médico el responsable de diagnosticarla y conducir a la persona hacia su “normalización” (Palacios, p. 68).

Aquí el foco es puesto en el diagnóstico de la PCD y en sus deficiencias, lo cual se traduce en un tratamiento segregacionista en materia educativa, a través de la creación de instituciones académicas denominadas ‘especiales’ (Alonso, 2004).

En el ámbito laboral, este paradigma se traduce en la implementación del empleo protegido y en la asistencia económica a través de la seguridad social. Se destaca el efecto de subestimación en la exclusión de las PCD del mercado laboral.

Finalmente, se analiza el modelo social de la discapacidad, consagrado en la normativa supranacional vigente, el cual –como antes se señalara– coloca el acento en las causas sociales de la discapacidad.

Dicho modelo sostiene que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Grillo, 2018).

En el marco de este modelo se valora la autonomía de las PCD y el concepto de diversidad funcional (Cabrero, 2008).

Asimismo, en lo que refiere a la inclusión laboral de las PCD, se sostiene que el ámbito laboral debe adecuarse a las necesidades de todas las personas,

otorgándose especial importancia a la accesibilidad como condición el disfrute de las actividades de la vida cotidiana en igualdad de condiciones (Palacios, 2008, p. 134).

a. Derecho civil

a. 1) Código Civil

El Código Civil redactado por Vélez Sarsfield aborda la capacidad partiendo de una visión patrimonialista; de tal modo sólo se ocupa de la misma en cuanto pudiere afectar la aptitud de la persona para celebrar actos jurídicos patrimoniales, sin regular lo atinente a los actos personalísimos como los vinculados al cuidado del propio cuerpo. Podemos enunciar las siguientes directrices del Código derogado en la materia:

i. Se regula en forma conjunta la capacidad de las personas físicas y jurídicas.

ii. Se prevé la representación como sistema de protección de los incapaces, adoptando un modelo sustitutivo de la voluntad del sujeto a quien se protege.

iii. Dicha representación se concibe como extensiva a *todos los actos de la vida civil* que no fueren exceptuados por el mismo Código (artículo 62 del Código Civil). Como excepciones a la mencionada extensión sólo se contemplan los actos personalísimos que pueden ser realizados únicamente por el sujeto interesado, y los actos que la propia ley elimina del ámbito de atribuciones del representante (artículo 450 CC) (Rivera, 2004, p. 411).

iv. En materia de personas con incapacidad por razones de salud mental, a quienes se llama *dementes*, se adopta el criterio médico para su determinación (artículo 141).

a. 2) Ley 17711

Mediante la promulgación de este decreto ley se impusieron importantes cambios al Código Civil en materia de capacidad, de los cuales podemos mencionar los siguientes:

i. Se incorpora la figura del inhabilitado (artículo 152 *bis*), el cual es asistido por un curador para la realización de los actos de disposición y de aquellos actos de administración que se fijaran en la sentencia.

ii. Se modifica el artículo 141 del Código Civil, quedando redactado del siguiente modo: *Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.* Con este cambio se adopta el criterio médico-jurídico o mixto para la determinación de la incapacidad por razones de salud mental.

a. 3) Ley de Salud Mental

Mediante esta norma se incorpora al Código de Vélez el artículo 152 *ter*, el cual constituyó un verdadero giro copernicano en materia de determinación de la capacidad; exigiendo una evaluación interdisciplinaria para tales fines y estableciendo que en la sentencia declarativa de incapacidad o inhabilidad se deben especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible.

a. 4) Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

A través de este instrumento internacional, aprobado por ley 26378, se reemplaza el modelo bio-médico por el modelo social de discapacidad, previsto especialmente en su artículo 12.

Dicho artículo reconoce el derecho de las personas con discapacidad (PcD) al igual reconocimiento como personas ante la ley. Asimismo se establecen como obligaciones de los Estados Partes: 1) reafirmar el derecho de las PcD al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2) reconocer su capacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; 3) adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad; 4) asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos; 5) adoptar todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar que las PCD puedan ejercer los derechos en igualdad con las personas sin discapacidad.

a. 5) Código Civil y Comercial de la Nación

Este cuerpo normativo parte de una visión humanista que se diferencia nítidamente de la legislación derogada.

En tal sentido, el artículo 31 establece de modo enunciativo los principios básicos en materia de restricciones al ejercicio de la capacidad. Como se expresa en los fundamentos del Anteproyecto, el contenido de dicha norma evidencia que el nuevo Código prioriza los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas por sobre los patrimoniales.

Estas reglas reconocen como antecedente lo previsto por la ley de Salud Mental. En ambas normas se consagra una clara presunción de capacidad (artículo 31, inc. a).

El inc. b) del artículo 31 prevé que el interés superior de la persona afectada en su capacidad debe ser considerado en forma primordial (artículo 75, inc. 23, CN y CDPD).

En el inc. c) se consagra la necesidad de un abordaje interdisciplinario, acorde con el modelo social y alejándose de la medicalización absoluta de la discapacidad.

El inc. d) refiere al derecho a ser informado "a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión", al igual que las leyes 26.657 y 26.529 (Ley sobre Derechos de los Pacientes).

El derecho a participar en el proceso, mencionado en el inc. e), es consecuencia del derecho al debido proceso (artículo 18, CN) y del derecho a participar en los asuntos que les atañen y a que se remuevan las barreras que impiden o dificultan tal participación. Dicho principio se encuentra en la base de la CDPD y constituye la clave de la efectividad de los derechos en ella reconocidos (Fernández, 2014, p. 2).

El inc. f) del artículo 31 también concuerda con la ley 26.657 al contemplar el derecho a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria.

El artículo 32 se ocupa de regular la restricción, que abandona el término demencia y ahora comprende tanto el supuesto de adicciones —al igual que la

ley 26.657— como el de alteraciones mentales, permanentes o prolongadas de suficiente gravedad.

La restricción sólo se justifica en el caso en que se considere que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a la persona o a sus bienes.

Los apoyos y los ajustes razonables tienen base en los arts. 12 y 2 de la CDPD.

Aun en los casos de excepción en los cuales se considere necesario declarar la incapacidad, deben respetarse la voluntad y las preferencias de la persona en la medida que de algún modo puedan ser conocidas y en tanto no resulte perjudicial para ella.

El artículo 35 consagra el principio de intermediación, el derecho a ser oído y el derecho a participar. En tal norma se dispone que la decisión sobre la capacidad de la persona debe ser precedida por la entrevista personal del juez con la persona afectada.

Los ajustes razonables en el procedimiento implican las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2, CDPD).

Acorde con una adecuada valoración del derecho de defensa del sujeto afectado, no se contempla la figura del curador provisorio sino de un abogado defensor.

El artículo 37 se ocupa de la sentencia de interdicción con una visión propia del modelo social de la discapacidad, y hace hincapié en la situación — no en la enfermedad—, en los recursos personales, familiares y sociales, y en la promoción de la mayor autonomía posible. De este modo se procura poner el acento en la remoción de las barreras que impiden o dificultan la participación social de la persona afectada.

La ley 26.657 ya contemplaba que la atención de la salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario que incluya profesionales de la psicología, psiquiatría, trabajo social, terapia ocupacional y otras disciplinas pertinentes.

Es necesario que el dictamen del equipo interdisciplinario verse sobre los puntos mencionados en el artículo 37 para que la sentencia pueda tenerlos en cuenta.

La exigencia de detallar el alcance de la sentencia es acorde con la necesidad de que el sistema de protección sea proporcional y adaptado a las circunstancias de la persona (artículo 12, CDPD), necesario y apropiado para su bienestar. Con esta norma el CCCN recoge la reforma de 2010 que incorporó el artículo 152 *ter* al Código Civil.

A diferencia del Código sustituido, en el que primaba la idea de protección a través de la representación del curador, la nueva legislación contempla la figura de los apoyos con lo que armoniza con la solución prevista por la CDPD.

El nuevo cuerpo normativo se propone pasar de un sistema centrado en la sustitución para la toma de decisiones a uno basado en el apoyo y el acompañamiento para adoptarlas. Se trata de ayudas o recursos, de distintos tipos e intensidades, ajustados a las necesidades de quien los precisa para el ejercicio de su capacidad, complementados con la aplicación de salvaguardias adecuadas y efectivas que impidan abusos (artículo 12, CDPD).

Los apoyos deben procurar que la persona en la medida de sus posibilidades tenga la oportunidad de desarrollar plenamente su potencial humano y el sentido de su dignidad y autoestima, como así también sus talentos y su creatividad (artículo 24, CDPD).

Lo importante en esta nueva mirada es que quien padece la discapacidad por razones de salud mental no ve coartada su posibilidad de hacerse oír y acceder a la justicia; de expresar su parecer; tomar sus propias decisiones con libertad, haciendo sentir su voluntad; vivir su vida con dignidad; elegir su vivienda; concretar sus sentimientos; conformar una familia; transitar y disfrutar en un todo de igualdad con los demás; participar políticamente; elegir su trabajo; educarse; acceder a la cultura en toda su extensión y ser sin distinciones,

uno más en la sociedad. En definitiva, derecho a que se respete su autonomía y su libre toma de decisiones.

b. Derecho administrativo y derecho del trabajo y de la seguridad social

b.1.- Ley 19.279¹⁸¹

Esta norma, utilizando en su redacción original el término “lisiados”¹⁸²¹⁸³, reconoce a las PCD el derecho de acceder a facilidades para la adquisición de vehículos de uso personal.

b.2.- Ley 20.923¹⁸⁴

Mediante esta normativa se crea la ‘Comisión Nacional del Discapacitado’ y se instituye un cupo del 4% destinado a la inclusión de PCD en el ámbito de administración nacional y toda empresa estatal, mixta o privada.

Esta norma fue derogada por el art. 26 de la ley 22431, que seguidamente se analiza.

b.3.- Ley 22.431¹⁸⁵

Esta ley instituye el Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad destinado garantizarles atención médica, educación y seguridad social.

Se consiga que esta norma tiene como propósito concederles a las PCD las ‘franquicias’ y ‘estímulos’ que les lo posible “neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales”.

El sólo análisis del lenguaje utilizado nos da la pauta del modelo al que adscribe esta norma que instituye el cupo que más adelante se examina.

¹⁸¹ B.O.: 08-10-1971

¹⁸² Término que es definido en el DECRETO N° 4.479 (publicado en el B.O. en igual fecha que la ley a la que reglamenta).

¹⁸³ Dicha denominación fue sustituida por ‘personas con discapacidad’ a través de la modificación introducida por la ley 24.183 (B.O. 27/11/1992).

¹⁸⁴ B.O.: 25-10-1974

¹⁸⁵ B.O.: 20-03-1981

b.4.- Ley 24.901¹⁸⁶

Esta norma crea el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las PCD, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Entre dichas prestaciones se incluyen aquéllas de tipo terapéutico, educativo, asistencial, etc.

b. 5.- Proyectos de reforma

Finalmente, es necesario mencionar que se encuentra en proceso de elaboración un proyecto para sancionar una nueva ley nacional de discapacidad acorde a los parámetros convencionales actualmente vigentes¹⁸⁷.

ii. Evolución de la legislación argentina sobre la diversidad sexual

Las personas trans debieron atravesar por una larga etapa caracterizada por la represión¹⁸⁸ y el cercenamiento de sus derechos de las personas trans antes de que nuestra legislación comenzara progresivamente a ocuparse de su reconocimiento.

En ese proceso merece destacarse el precedente de 1991 “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia”¹⁸⁹, en el cual el máximo tribunal del país revocó el fallo a través del cual se había

¹⁸⁶ B.O.: 05-12-1997

¹⁸⁷ En el siguiente enlace puede accederse al documento marco sobre la nueva ley de discapacidad: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/03/andis_documento_marco_hacia_una_nueva_ley_de_discapacidad_texto_plano.pdf (consultado el 30-08-2023)

¹⁸⁸ Una muestra de ello lo constituyen las disposiciones contenidas en los códigos contravencionales que penalizaban el trabajo sexual, haciendo hincapié en la orientación sexual de las personas sancionadas. V.gr.: artículo 54 del Código de Faltas de la provincia de Mendoza (s/ley 3365, B.O.: 25-11-1965), según el cual: “La mujer y el homosexual que, individualmente o en compañía, se exhibiere, incitare, ofreciere o realizare señas o gestos provocativos a terceros en lugar público, abierto o expuesto al público, con el fin de ejercer la prostitución, será castigado con arresto de diez (10) a treinta (30) días y multas de hasta un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000)” (redacción según ley 4459).

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas”. Sentencia del 22 de noviembre de 1991.

convalidado la denegatoria de la personería jurídica a la mencionada asociación civil.

De dicho pronunciamiento, resulta oportuno rescatar lo expresado por la Corte en cuanto a que “resulta inaceptable la solución a la que arribó la Cámara, en el sentido de que la existencia de determinado comportamiento sexual, considerado como contrario a los valores familiares tradicionales, pueda justificar, por sí sólo, la limitación del derecho individual en juego”.

A su turno, la ley 26743 constituyó un hito en la materia al receptar el derecho al reconocimiento de la identidad de género, entendida como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no al sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

Dicha norma permite la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con la identidad de género auto percibida (Rivera & Crovi, 2016, pág. 403).

De este modo se aspira a remover los obstáculos con los que se encontraban las personas trans para el acceso a sus derechos (Giacomi, 2012).

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora una norma vinculada al tema en el artículo 168, el cual dispone que las asociaciones civiles deben tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El mismo precepto indica que tal requisito se interpreta de manera amplia como el bien de toda una comunidad dentro de una sociedad pluralista, esto es, respetando las diversas identidades, creencias y tradiciones; siempre que no vulneren los principios constitucionales.

Dicho código incorpora, de este modo, la doctrina del caso "ALITT"¹⁹⁰. En tal pronunciamiento, y sobre la base de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la CSJN destacó:

(...) que el bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los Estados democráticos, y que es posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permite a los

¹⁹⁰ CSJN, sentencia “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia”, 21/11/2006, Fallos: 329:5266.

integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos (Crovi, 2014).

XII. Jurisprudencia referida a la aplicación de medidas de acción positiva en favor de personas con discapacidad

1. “Groglio, Alejandro Marcelo vs. Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) s. Acción de amparo”¹⁹¹

En este caso, el actor interpone un amparo tendiente a lograr su contratación en la Comisión Nacional de Comunicaciones, frente a lo que considera una inobservancia de lo dispuesto en el artículo 8, Ley 22431 dada su dificultad ambulatoria como secuela de un poliometitis.

El Tribunal sostiene que el debate relativo a la política legislativa de discriminación inversa o positiva con relación a las personas con discapacidad, resulta ajeno al restringido marco de conocimiento que brinda el amparo en el que una persona con esa condición que ha prestado servicios en una dependencia pública, pretende que se la vuelva a contratar en forma originaria (teniendo en cuenta que el actor ya había trabajado para la entidad demandada e inicia una demanda autónoma por despido arbitrario) en cumplimiento del "cupó" previsto en las normas reglamentarias. Ello, sin invocar la representación de intereses colectivos o difusos, y sin exigir tampoco la participación de los organismos de control a los que alude la propia ley 22431 que se invoca como fundamento del reclamo formulado.

A su vez, se destaca en la sentencia que, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 22431 los entes públicos obligados a ocupar no menos del 4 % de la totalidad de su personal con personas con discapacidad que reúnan las condiciones de idoneidad necesaria para cubrir el cargo, carecen de legitimación para decidir la contratación directa de dichas personas, las cuales deben sujetarse a un "concurso" a desarrollarse luego de que se haya informado al Ministerio de Trabajo la existencia de vacantes y la descripción del perfil del puesto a cubrir, con la intervención de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas y la fiscalización del Ministerio de Salud de la Nación.

¹⁹¹ Cámara Nacional del Trabajo, Sala II; 08/03/2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; 16690/2006 RC J 2175/14.

En conclusión, el Tribunal determina que el actor carece de legitimación activa para exigir el reconocimiento de su derecho a ocupar un cargo, en el marco de una contienda individual y al margen del concurso de aspirantes al que debe sujetarse con intervención de las autoridades administrativas mencionadas.

Además, se destaca que la entidad demandada se encuentra vedada de contratar en forma directa los servicios del accionante en cumplimiento de la directiva que emerge del artículo 8, Ley 22431 porque esa misma norma le impone adoptar un mecanismo concursal para la cobertura de vacantes.

En este caso, la resolución adoptada hizo hincapié en la necesidad del concurso por sobre la obligación asumida por el Estado de garantizar la inclusión laboral de las PCD.

Entiendo que la solución es acertada por cuanto lo que se peticionaba era una designación directa para una persona alcanzada por el cupo. Distinta debería haber sido la respuesta en el caso de que se demandara la puesta en marcha de un concurso para que –previa acreditación de la idoneidad– dicha PCD tuviese la posibilidad de acceder a un cargo público.

2. “G. S. Á. y otros c/ Poder Judicial s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos – otros juicio”¹⁹²

e. Posición de la parte actora

En este caso se presentan una serie de PCD, conjuntamente con la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, en representación del colectivo de PCD que integran, demandando al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener el cumplimiento del cupo laboral que exige el artículo 8 de la ley provincial 10.592, garantizando su derecho a trabajar de modo compatible con la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con

192 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de La Plata, 9-mar-2021. Disponible en el siguiente enlace (consultado el 26/05/2023): <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/04/14/fallos-personas-con-discapacidad-se-ordena-al-poder-judicial-de-la-provincia-de-buenos-aires-a-cumplir-con-el-cupo-laboral/>

Discapacidad y los estándares constitucionales que rigen en materia de laboral y de discapacidad.

Cabe destacar que las mencionadas personas se encontraban anotadas en el Servicio de Colocación Laboral Selectiva (SECLAS).

Específicamente, peticionan que se ordene a la parte demandada a desplegar las siguientes acciones:

a) Conformar el cupo laboral en una proporción no inferior al 4% de la totalidad del personal (de planta permanente, temporaria, transitoria, contratado y/o cualquier otra modalidad de contratación), cubrir dicho cupo con PCD, mediante concurso, y establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas;

b) Que tales concursos sean accesibles para todas las PCD, respetando la equidad de género en partes iguales, y que se provean todos los apoyos y ajustes necesarios en función de los requerimientos de cada persona, tanto en la etapa de evaluación como durante el desempeño laboral.

c) Conformar una Mesa de Trabajo a fin de avanzar de manera progresiva hacia el objetivo legal, con participación de las partes y representantes del SECLAS.

Manifiestan que el actual sistema de selección y designación en el Poder Judicial, vulnera de manera estructural sus derechos a no ser discriminados, al trabajo, a la vida independiente, a un nivel de vida adecuado, a la información completa y veraz, a una protección preferente y al acceso a la justicia.

Señalan que el Poder Judicial no efectúa reserva del 4% de cargos del total de su personal para ser ocupados exclusivamente por personas con discapacidad (PCD), ni informa al SECLAS sus vacantes para ser cubiertas por PCD, tampoco las convocatorias para selección de personal identifican dicho cupo, ni existen concursos para que las PCD compitan entre sí dentro del cupo, conforme su perfil laboral, con los apoyos y ayudas técnicas necesarias.

Entienden que realizar nombramientos de PCD en forma esporádica, con discrecionalidad y sin concurso, no implica cumplir adecuadamente con el cupo mínimo del 4%. Ello, por cuanto no existe reserva de dichas vacantes, no se establecen perfiles de aspirantes, ni condiciones para el puesto, no hay una

comunicación y cooperación adecuada con el SECLAS, no hay criterios de selección que se orienten hacia las aptitudes, conocimientos y capacidades de los postulantes, garantizando el principio de idoneidad, no discriminación y la equiparación e igualdad de oportunidades para todos los candidatos para cubrir determinados cargos.

Refieren que han impulsado diversas solicitudes de informes y audiencias a fin de dialogar para promover el cumplimiento del cupo laboral en el Poder Judicial, sin recibir respuesta adecuada al respecto.

Afirman que existe una discriminación estructural y sistémica hacia el colectivo que integran, y sostienen que el incumplimiento por parte del Poder Judicial es discriminatorio ya que mantiene la postergación de sus derechos.

Respecto a la legitimación colectiva invocada, afirman que el acceso a la justicia del grupo que conforman, sólo puede asegurarse por medio de un proceso colectivo.

Afirman que el trabajo es una vía de acceso a la autonomía, a la independencia y al proyecto de vida digna de las PCD.

Sostienen que la mayoría de las PCD con la edad requerida e incluso con profesión, no ingresa al mundo laboral.

Remarcan que el acceso al empleo de las PCD y el cupo laboral es incumplido sistemáticamente por el Estado. Que la desocupación o inactividad de las personas con discapacidad se debe a múltiples factores: el bajo nivel educativo, la escasa capacitación, la falta de ajustes y apoyos, el estigma y los prejuicios, la invisibilidad o bien la falta de accesibilidad en organismos públicos que podrían contratarlos; “pero en todos los factores sobrevuela, como prejuicio arraigado, la subestimación de su aporte, su desvalorización”.

Remarcan que el trabajo debe ser libremente elegido, con la realización de los ajustes razonables y los apoyos necesarios. A tales efectos, entienden que debe garantizarse una igualdad de oportunidades para compensar las barreras que las PCD enfrentan desde el origen, en particular, para las mujeres con discapacidad, quienes son doblemente vulnerables.

Concluyen que el Poder Judicial está compuesto casi absolutamente por personas “sin discapacidad”. Que el ingreso de PCD es excepcional y residual,

no es producto de una política pública implementada por la mencionada ley provincial, sino de vínculos de cercanía con agentes internos de la institución. Que no hay conformación del cupo y garantía del mínimo legal, no hay convocatoria específica a concursos para el ingreso de PCD y no hay paridad de género. Todo lo cual, según afirman, configura una ilegalidad.

Luego de darse curso a la acción interpuesta, la parte actora amplía su presentación sosteniendo que las resoluciones dictadas por el Poder Judicial bonaerense en 2019, aunque resultan auspiciosas, deben ser puestas en marcha, plasmarse en prácticas constantes y lograr certeza acerca de elementos conducentes a su cumplimiento, particularmente en términos de accesibilidad, adaptabilidad, universalidad y apoyo tanto para la inscripción como para desarrollar luego todo el proceso de selección.

f. Posición de la Fiscalía de Estado

Fiscalía de Estado sostiene que la acción intentada no resulta atendible debido a la existencia de una política pública razonable y efectiva para el ingreso de PCD al Poder Judicial.

Entiende que es incorrecto afirmar que exista una “política negada” por parte de dicho poder del Estado y/o que resulte necesario adecuar tal política a las medidas propuestas por la actora. En ese sentido, indica que –invocando derechos fundamentales– en el sub lite se pretende una actuación jurisdiccional que sobrepase los límites fijados por la organización de las incumbencias estatales, al intentar controlar el modo de implementación de dicha política.

Puntualiza que, luego de un relevamiento efectuado en todo el ámbito del Poder Judicial bonaerense, se verificó que un 2,77% de los trabajadores son personas con discapacidad, es decir, 135 personas.

Precisa que es competencia exclusiva del Poder Judicial la determinación de las políticas atinentes al nombramiento y remoción de sus agentes, y que también lo son las decisiones relativas a las acciones a desplegar para llevarla adelante. En ese contexto, la existencia de un “caso judicial” es excepcional, sosteniendo que la parte actora pretende que sean examinadas o directamente modificadas cuestiones que exceden el ámbito propio de la jurisdicción.

Expone que el Estado provincial ha regulado específicamente el acceso laboral de las PCD que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, mediante un cupo mínimo del 4% de los cargos de planta permanente, temporaria o transitoria (cfr. artículo 8, ley 10.592), a fin de facilitar su inserción laboral y social. A su vez, el artículo 161 inciso 4 de la Constitución Provincial establece que la Suprema Corte designa y remueve a sus empleados y, para ello, se sirve de las vacantes dadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo a las leyes de presupuesto.

Añade que, para tal cometido, la SCBA ha implementado “exámenes de idoneidad” para el personal administrativo a ingresar en el Poder Judicial en los que se proporciona material de estudio, se realiza en una fecha estipulada y se publican las calificaciones, pero no reviste la calidad de “convocatoria pública” que indica la parte actora. Que para el caso de profesionales aspirantes existe un “registro de profesionales aspirantes” en los que para inscribirse envían un correo electrónico y el aspirante es notificado de los llamados a concursos para cada cargo. Por su parte, abogados, escribanos, y procuradores, así como estudiantes avanzados de esas carreras, se encuentran eximidos del “examen de idoneidad”.

Especifica que, además, existe un registro para aspirantes con discapacidad al que puede acceder cualquier PCD que busque ingresar el Poder Judicial. Expresa que, luego de su inscripción web, se entrevista al postulante, se realiza el examen médico y, en su caso, se establece su “propuesta” para el ingreso, elaborando el listado de personas que pueden acceder al servicio de justicia y el cual debe ser consultado por los titulares de las dependencias para proponer personas de dichas nóminas.

Remarca que el Poder Judicial provincial tiene una política pública para el ingreso de PCD que data de 1990, en que se creó el “Registro de discapacitados aspirantes al poder judicial” con un cupo de una vacante cada 20 agentes. Agrega que en 2019 el Poder Judicial dictó la Resolución de presidencia de la SCJ N° 731 a fin de actualizar dicha política pública teniendo presentes los cambios y nuevos estándares establecidos por las normas legales, constitucionales y supraleales que brindan protección integral a las PCD, garantizando su inserción laboral.

Indica que mediante la Resolución n° 731/19 se creó dentro de la órbita de la Secretaría de Personal de la SCBA el “Registro de aspirantes con discapacidad a ingresar al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”, en el que deberán inscribirse todas las PCD que aspiren a ingresar al Poder Judicial y reúnan los requisitos de idoneidad previstos a nivel reglamentario.

Allí también se dejó encomendado que la Secretaría de Personal debía arbitrar los medios para adecuar las postulaciones de las personas inscriptas en el Registro creado al efecto.

También se encomendó a la Subsecretaría de Tecnología Informática de la SCBA que arbitre las medidas necesarias para el desarrollo del sistema informático del respectivo formulario electrónico de inscripción. Se estableció que la Secretaría de Personal debe realizar un relevamiento general que haga posible determinar el porcentaje de personas con discapacidad que se desempeñan actualmente en el Poder Judicial, desglosándose la información correspondiente según Departamento Judicial, órgano en el que se desempeña, año de ingreso, sexo y tipo de discapacidad, con el debido resguardo de sus datos personales (artículo 3).

Por su parte, el artículo 4° creó el “Registro del personal con discapacidad del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires” y se creó el “Programa de inclusión laboral y seguimiento de las PCD” como parte integrante del sistema de registración a implementarse.

Señala que por Resolución de Presidencia N° 1114/19 del 3 de diciembre de 2019, se aprobó el sistema informático y el formulario se halla en la página del organismo y se instó a los titulares de los organismos de administración de justicia a proponer en sus plantas personas inscriptas en el mencionado registro y se previó que los organismos informen en caso que posean entre su planta, el personal que pueda verse beneficiado con los alcances de la ley 10.592 y 10593 para realizar el relevamiento correspondiente.

Expresa que los funcionarios de la Secretaría de Personal entrevistan diariamente cuatro a cinco personas, inscriptas en el registro de aspirantes a ingresar al Poder Judicial. Se menciona que estas entrevistas preliminares tienen por objeto conocer al entrevistado, evaluar su perfil en relación a sus estudios

cursados, sus capacidades y experiencia laboral teniendo en miras su futuro desempeño en el Poder Judicial, considerar su probable lugar de trabajo de acuerdo a su discapacidad y al entorno social, edilicio y profesional con los cuales se vinculará, informarle sobre la dinámica laboral del Poder Judicial. Elaborado el perfil, se promoverá su propuesta de ingreso a los titulares de los organismos quienes reciben la nómina con los antecedentes laborales y personales de los aspirantes inscriptos.

Afirma que, entre otras acciones que están siendo ejecutadas, se dispuso la notificación a las áreas involucradas de la Suprema Corte de Justicia y al Instituto de Estudios Judiciales, a la Subsecretaría de Tecnología Informática, Dirección General de Arquitectura, Dirección General de Sanidad. Que se coordinó con el Instituto de Estudios Judiciales el desarrollo de acciones de sensibilización y capacitación en la temática de inclusión laboral, dirigidas a los agentes judiciales.

Refiere que se elaboró un listado por departamento judicial a ser distribuido a los titulares de los organismos, y un cuadro a ser distribuido en cada departamento judicial, en el cual constan los datos de los aspirantes de cada zona geográfica. Ello, a los fines de que los responsables de los organismos, propongan el ingreso de los aspirantes, en virtud de las necesidades funcionales y las capacidades individuales. Por su parte, se estableció la obligación de los jueces y titulares de los organismos de la S.C.J de considerar la propuesta de ingreso de personas inscriptas en el registro de aspirantes.

Afirma que el Registro de Aspirantes con Discapacidad a ingresar al Poder Judicial se encuentra disponible en la web de la Suprema Corte de Justicia.

Esta inscripción es un requisito necesario, pero no suficiente para ingresar al Poder Judicial, atento al procedimiento de ingreso antes mencionado. En la medida que las personas se inscriben en el Registro, simultáneamente incluyen sus antecedentes laborales y personales y de esta manera se inicia un proceso en el cual los responsables de los organismos jurisdiccionales reciben la nómina con los antecedentes laborales y personales, de los aspirantes inscriptos, con el fin de considerar una propuesta de ingreso. A su vez, sostiene que el Registro es universal, personal, y voluntario y que no se hace distinciones por género.

En cuanto al rol del SECLAS, expresa que se encuentra previsto en el decreto reglamentario de la ley 10.592, y con respecto a la existencia de un equipo interdisciplinario, destaca que la normativa dictada por la SCBA estableció la formación de un equipo interdisciplinario para la administración del sistema de Registros y del Programa creado, el cual está integrado por abogados y una trabajadora social. Este equipo se integra con la obligatoria intervención de la Dirección General de Sanidad, quien, a través de sus profesionales de distintas disciplinas, evalúan a cada uno de los propuestos a ingresar al Poder Judicial, desde su perspectiva profesional, y con la mirada que corresponde a aquellos que manifiestan una discapacidad.

Con relación a la existencia de un concurso público único para PCD, menciona que la SCBA no tiene previsto un procedimiento único de concurso público para dichas personas, por el contrario, la posición del Poder Judicial es más amplia que la pretendida, en tanto se realiza mediante los exámenes de idoneidad que incluyeron a personas con discapacidad, a quienes se les brindó el apoyo necesario para que puedan ser examinados.

Entiende que las acciones desplegadas denotan que se ha conformado y renovado una política pública de ingreso para PCD que es legítima, razonable, adecuada a los estándares internacionales que tienen relación con el caso y que además se encuentra en pleno funcionamiento.

Finalmente, en virtud de los argumentos expuestos, solicita el rechazo de la demanda en todos sus términos.

g. Presentación de la Defensoría del Pueblo

Luego de declararse la cuestión como de puro de derecho, y de alegar las partes, se presenta la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, asumiendo la intervención que por ley le corresponde.

Describe que la problemática planteada en autos ha sido abordada por la Defensoría del Pueblo bonaerense, mediante un expediente administrativo iniciado a partir de una presentación de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, habiéndose remitido un pedido de informes a la Secretaría de Personal de

la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de que “brinde respuesta informando la reserva de cargos para ser cubiertos exclusivamente por PCD.

Indica que, en el citado expediente obra una respuesta del organismo requerido del cual se desprende que “la Suprema Corte de Justicia se ha preocupado para que las personas discapacitadas puedan ejercer el pleno y efectivo goce de sus derechos. Así, por ejemplo, se procuró en el último examen de curso de Ingreso dictado por el Instituto de Estudios Judiciales, realizado en el año 2016, la asistencia de agentes judiciales a los aspirantes discapacitados no videntes para que estos puedan rendir su examen”. Asimismo, en otra nota se informa que “el Tribunal ha designado personas con capacidades diferentes en los distintos agrupamientos ocupacionales desde mucho tiempo antes que se sancionara la ley 10.592.”

Reflexiona que el desafío consiste en dar respuestas adecuadas a los requerimientos que surjan con el incremento de ingresantes con algún tipo de discapacidad. Es decir, se debe generar un sistema de apoyos para que puedan ingresar, permanecer y desarrollar adecuadamente su carrera dentro del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con los ajustes razonables en el lugar de trabajo y con estrategias de diseño universal.

Señala que las PCD tienen derecho a la igualdad de oportunidades y a la plena inserción social y laboral, lo cual no debe interpretarse como una cuestión de privilegio otorgado desde el paternalismo. El objetivo se enmarca en lograr que las PCD alcancen el máximo de desarrollo, que sean mirados en sus potencialidades y no se las encasille en su déficit.

Sobre dicha base, concluye que deberá darse cumplimiento a la ley 10592 en las sucesivas designaciones a practicarse en el Poder Judicial bonaerense.

h. Análisis efectuado por el Tribunal

El juzgado interviniente distingue las siguientes cuestiones a resolver:

1. Delimitación de la contienda

Entiende que, de conformidad a las postulaciones de las partes, la cuestión controvertida estriba en determinar si se encuentra cumplido el cupo laboral

establecido en la ley 10592 en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y en consecuencia, si corresponde reconocer al colectivo de PCD representado por los accionantes, su derecho al cumplimiento de dicha obligación legal, de modo compatible con los estándares constitucionales y convencionales aplicables al caso, mediante el establecimiento de reservas de vacantes específicas, concursos de idoneidad accesibles, que garanticen la equidad de género, con los apoyos y ajustes que en cada caso se requieran.

2. Reparos formales al progreso de la acción.

La demandada opone al progreso de la acción la inexistencia de un “caso judicial”.

Se indica que, teniendo en cuenta los términos en que quedó delimitada la contienda, el objeto de análisis será el cumplimiento por parte del Poder Judicial de una obligación impuesta por la ley 10.592, y si las medidas adoptadas resultan compatibles con los estándares constitucionales y convencionales aplicables.

Se aclara que no se pretende definir una política pública de modo singular, sino determinar, si su diseño se adecua a los principios básicos impuestos por la normativa aplicable; especialmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Afirma el Tribunal que resulta innegable que dichas cuestiones se encuentran comprendidas dentro de la jurisdicción de los magistrados, en cuanto atañe a su función ejercer el control de constitucionalidad y convencionalidad en cada caso, por expreso mandato constitucional y bajo compromiso de responsabilidad internacional del Estado (cfr. arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN, arts. 1.1 y 2 de la CADH, Corte IDH caso “Almonacid Arellano”, Serie C No.154, sent. de fecha 26-IX-2006, entre otros).

Expresa que una interpretación como la sostenida por la demandada, implicaría una clara denegación del derecho de acceso a la justicia, y a la tutela judicial efectiva.

Añade que la aplicación de dichos principios toma mayor trascendencia cuando está involucrado -como en el presente caso- el derecho de acceso colectivo al sistema de justicia de un grupo de PCD, puesto que “poca utilidad

tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no cuenta con vías para reclamar su efectividad.

Por tales razones, se desestima el planteo formulado por la demandada en torno al progreso formal de la acción.

3. El cupo laboral previsto por la ley 10592.

El artículo 8 de la citada ley establece que el Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar PCD que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 4% de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas.

Resérvense, además, las vacantes que se generen en los cargos correspondientes a los agentes que hayan ingresado bajo el régimen de la presente Ley, o que posteriormente se hayan incorporado a esta norma, para ser ocupadas en su totalidad y exclusivamente por personas con discapacidad, de acuerdo a las condiciones de idoneidad previamente referidas. Dichas vacantes, no estarán sujetas a vulneración alguna en relación a su efectiva disponibilidad.

El porcentaje determinado en el primer párrafo será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo, y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los Entes enunciados en el párrafo precedente, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse”.

A su vez, el Decreto Reglamentario 1149/90 estipula que:

El cómputo del porcentaje determinado por el artículo 8º de la ley resultará de aplicación para lo futuro debiendo considerarse respecto del cumplimiento de las vacantes que se produzcan a partir de la aplicación

de la presente reglamentación y procurando mantener una relación proporcional directa con la dotación de cada organismo.

A su vez, con referencia al porcentaje mínimo de ocupación establecido, se fija que el mismo se aplique sin discriminación a todas las discapacidades.

4. La normativa dictada por la Suprema Corte para la conformación del cupo laboral en el Poder Judicial.

En lo que respecta a las acciones desplegadas por la Suprema Corte para la implementación del cupo laboral en el Poder Judicial, se destaca la Resolución de Presidencia N° 731 del año 2019, en cuyos considerandos se señala que la misma fue dictada “con motivo del pedido informes realizado por la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, vinculado al estado de ejecución del cupo laboral dispuesto por el artículo 8 de la Ley 10.592”, y con el objeto de actualizar el anterior “Registro de Discapacitados Aspirantes al Ingreso al Poder Judicial”, implementado mediante Ac. 2396/90 y Resolución de Presidencia N° 856/90, y adecuarlo a los “estándares legales, constitucionales y supralegales que brindan protección integral a las personas con discapacidad”.

La citada norma establece un “Registro de aspirantes con discapacidad a ingresar al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires” (art.1) y encomienda a la Secretaría de Personal la ejecución de “un relevamiento general que haga posible determinar el porcentaje de personas con discapacidad que, en los términos de la Ley 10.592, se desempeñan actualmente en el Poder Judicial” (artículo 3), instituyendo al efecto un “Registro del Personal con discapacidad del Poder Judicial” (artículo 4).

Finalmente, instituye un “Programa de inclusión laboral y seguimiento de las personas con discapacidad” (artículo 5), e instruye a la Secretaría de Personal “a proponer de su planta funcional una persona o equipo de trabajo responsable de la implementación del sistema de registros y del Programa” (artículo 6).

A los fines mencionados en la última norma mencionada fueron designados dos abogados y una trabajadora social (cfr. Resolución de Presidencia N° 823 de 2019).

Por su parte, la Resolución de Presidencia N° 1114, también de 2019, aprobó el sistema informático de “Registro de aspirantes con discapacidad a ingresar al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires” (artículo 1), -a partir del cual el registro comenzó su operatividad-, e instó a los titulares de los órganos de administración de justicia, a proponer la incorporación a sus plantas funcionales a personas inscriptas en dicho registro (artículo 2).

5. El estado de cumplimiento del cupo laboral en el Poder Judicial.

Aquí se hace referencia a que la misma parte demandada es la que informa que sólo un 2,77% de la planta de personal judicial se encuentra conformado por PDC, es decir que no se ha cumplimentado debidamente el cupo mínimo del 4% previsto por la ley 10592.

Se agrega que la propia Resolución de la Suprema Corte n° 731/19 demuestra dicho incumplimiento, ya que alude a la necesidad de efectuar “un relevamiento general que haga posible determinar el porcentaje de personas con discapacidad que, en los términos de la Ley 10592, se desempeñan actualmente en el Poder Judicial”, lo cual evidencia –también– la falta de información precisa al momento de su dictado, lo que tampoco se subsana luego del relevamiento realizado, ya que el mismo no diferencia la forma en que dichas personas accedieron al cargo.

La cuestión, también ha sido puesta de manifiesto en el dictamen elaborado en 2016 por la Dirección de Servicios Legales de la SCBA, al señalar que:

[...] dada la reiteración de pedidos de informes relativos a ésta temática, tanto provenientes del área competente del Ministerio de Trabajo provincial (SeCLaS) como de otros organismos, resultaría de suma importancia contar con una estadística o relevamiento que permita procesar y, de ser ello requerido, brindar la información pertinente respecto de la cantidad de PCD que se encuentran trabajando actualmente en el Poder Judicial, haciendo posible de esta manera que el propio Tribunal, en ejercicio de sus facultades de superintendencia,

evalúe el nivel de observancia de las obligaciones derivadas del régimen instaurado por la Ley 10592.

Surge, asimismo, de aquel dictamen que “lo informado por la Secretaría de personal, al consignar un total de setenta ingresos de PCD desde el año 1990 (a lo que se agregaba un supuesto en trámite), evidenciaba, en principio, un déficit cuantitativo en orden al estado de cumplimiento del cupo del 4% que fuera garantizado por la normativa aplicable”.

Todo lo cual, indica, refleja un déficit en la inclusión de las personas con discapacidad en materia de acceso al empleo en el Poder Judicial provincial.

6. Las previsiones legales, constitucionales y convencionales para la conformación del cupo laboral.

En este apartado, se ocupa el tribunal de examinar previsiones legales, constitucionales y convencionales aplicables para la implementación del cupo laboral en el Poder Judicial. Ello, a los fines de determinar si resulta necesario o no adecuar las políticas públicas diseñadas por la Suprema Corte para el cumplimiento del mentado mandato legal.

7. Reserva de vacantes exclusivas

El artículo 8 de la ley 10.592 impone expresamente al Poder Judicial la obligación de reservar puestos de trabajo para ser ocupados exclusivamente por PCD en una proporción no inferior al 4% del total del personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación, así como las vacantes que se generen en los cargos correspondientes a los agentes que hayan ingresado o se hubieren incorporado con posterioridad al régimen de dicha ley.

La citada norma también determina que dichas vacantes no estarán sujetas a vulneración alguna en relación a su efectiva disponibilidad, y establece el deber de comunicar a la autoridad de aplicación, el relevamiento efectuado sobre el porcentaje prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse.

Por su parte, el decreto reglamentario agrega que el porcentaje mínimo de ocupación establecido en la ley 10592, debe cumplirse sin discriminación a todas las discapacidades.

De acuerdo a lo expuesto, por imperativo legal, la conformación del cupo laboral exige necesariamente el establecimiento de vacantes exclusivas a ser ocupadas por PCD, la determinación de las condiciones o perfil del cargo y comunicación al SECLAS, a fin de asegurar, en forma permanente, el empleo de PCD en una proporción no inferior al 4% del total del personal.

Sobre el punto, la demandada esgrime que la Suprema Corte nombra al personal del Poder Judicial conforme a lo establecido por la Constitución Provincial, y para ello “se sirve de las vacantes dadas por el Poder Ejecutivo conforme las leyes de presupuesto anuales”.

Al respecto, señala el sentenciante que es una atribución propia de la Suprema Corte enviar anualmente al Poder Ejecutivo, el proyecto de presupuesto del Poder Judicial, para su posterior tratamiento por el Poder Legislativo.

Pese a ello, indica, no se ha acreditado que hubieren sido contempladas en dicho proyecto las vacantes específicas o los recursos adicionales que eventualmente resultaran necesarios para el cumplimiento de la Ley 10592, ni que hubieran sido previstos al momento de proponerse al Poder Ejecutivo el dictado de normas complementarias al proyecto de presupuesto.

Por los motivos expuestos, entiende que corresponde desechar los reparos de naturaleza económica o presupuestaria, y ordenar a la demandada a la reserva de las vacantes exclusivas que resulten necesarias para la conformación del cupo laboral, las cuales deberán contemplar todos los niveles jerárquicos posibles, estableciendo -en su caso- las previsiones contables y/o presupuestarias necesarias para el cumplimiento de dicha obligación legal.

Subraya que el propio Tribunal ha tenido pronunciamientos en torno a las barreras políticas y presupuestarias y al rol activo del Poder Judicial en la implementación de medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos humanos, destacando que toda condena contra el Estado “que implique medidas de acción positivas, conllevará necesariamente la asignación

de alguna partida que no ha tenido -lógicamente- preexistencia contable y presupuestaria”, agregando que “en todo caso, la ley complementaria permanente de presupuesto prevé formas específicas de modificar el presupuesto anual y aumentar las partidas correspondientes de acuerdo a las necesidades y cometidos estatales”, “por lo demás las leyes anuales de presupuesto, en general, han previsto la posibilidad de que el Poder Ejecutivo modifique la asignación de partidas o las amplíe” (SCBA, Causa 72.161 “Asociación Civil Miguel Bru y otros”).

8. Proceso de selección para el ingreso al Poder Judicial dentro del cupo laboral.

A continuación, y luego de haber precisado que la conformación del cupo laboral para personas con discapacidad previsto por la ley 10.592 exige la reserva de vacantes exclusivas, previamente definidas y comunicadas al SECLAS, el tribunal pasa a abordar el tratamiento del proceso de selección previsto al efecto.

A tales efectos, el Juzgado se ocupa de analizar el funcionamiento del sistema de ingreso de las personas con discapacidad al Poder Judicial sobre la base de la descripción formulada por la demandada, la que sostuvo lo siguiente:

Una vez que la persona se inscribe, los agentes de la SCBA asignados para ello aprueban u observan la inscripción (realizan un pormenorizado control de los datos y del certificado único de discapacidad CUD, etc.) y se pasa luego a una entrevista llevada a cabo por personal del organismo. Los funcionarios de la Secretaría de Personal entrevistan diariamente cuatro a cinco personas, inscriptas en el registro de aspirantes a ingresar al Poder Judicial. El objetivo de dicha entrevista es tomar conocimiento personal del entrevistado, y evaluar el perfil del aspirante en relación a sus estudios cursados, sus capacidades y experiencia laboral teniendo en miras su futuro desempeño en el Poder Judicial, considerar su probable lugar de trabajo de acuerdo a su discapacidad y al entorno social, edilicio y profesional con los cuales se vinculará, informarle sobre la dinámica laboral del Poder Judicial, y sobre la actividad de la Secretaría de Personal, en el sentido que colaborará para promover la remoción de los obstáculos comunicacionales, socio-laborales y arquitectónicos que

se presenten en el futuro, por sí y por intermedio de otras áreas del Poder Judicial, en su caso.

Luego se elabora un perfil y se promueve la propuesta de ingreso a los titulares de los organismos quienes reciben la nómina con los antecedentes laborales y personales de los aspirantes inscriptos para llamarlos a servicio

Se afirma que el sistema descripto evidencia claramente un enfoque de tipo médico asistencial, en el cual el aspirante con discapacidad es tratado como un sujeto pasivo de la decisión del funcionario entrevistador, quien define cuáles son sus habilidades, y luego considera, en función de su discapacidad y barreras externas, su probable lugar de trabajo, sin pautas objetivas de valoración, y con un marco tan amplio de discrecionalidad, que transgrede tanto el principio de idoneidad como el de igualdad de oportunidades, en los cuales se sustenta el sistema de ingreso previsto por la ley 10.592.

Se reitera en este punto que la citada norma fue sancionada en 1987, luego de resaltar en sus fundamentos la importancia de respetar el derecho de la persona con discapacidad a orientar su vida con libertad y estableció un procedimiento de conformación del cupo laboral, basado en la idoneidad para el cargo a cubrirse, cuyas condiciones deben ser establecidas y comunicadas al SECLAS con anterioridad, es decir que primero debe establecerse el perfil del cargo y luego determinarse la aptitud del postulante.

Recuerda el tribunal que la observancia de aquellos principios es una obligación de la Provincia -y en el caso, del Poder Judicial- en virtud de los mandatos constitucionales que consagran la inserción laboral de las personas con discapacidad, bajo condición de idoneidad e igualdad de oportunidades (artículo 11, 36 inc. 6 y 103 inc. 12 de la CPBA, 14 bis y 16 de la CN).

Resalta que, sin afectar la obligatoriedad de los mencionados principios legales y constitucionales, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad instauró un paradigma basado en un modelo social y de derechos humanos, igualdad inclusiva y empleo con apoyos, que resulta vinculante a la hora de adoptar cualquier decisión administrativa o judicial en materia de derecho al trabajo de las PCD.

Subraya que los principios que orientan la interpretación de las obligaciones contenidas en dicho instrumento internacional, hallan su base en el respeto de la dignidad inherente de la PCD, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia, la no discriminación, la inclusión, la participación, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y la igualdad entre el hombre y la mujer (arts. 1, 3, 4, 9, 19).

Es sobre la base de estos postulados que la Convención fomenta la adopción de políticas inclusivas -no “especiales”- para las personas con discapacidad, y reafirma el derecho de las mismas a trabajar, “en igualdad de condiciones con las demás, sin discriminación con respecto a todas las cuestiones relativas al empleo, incluidas las condiciones de selección y contratación; a un empleo digno, libremente elegido y aceptado, en entorno laborales abiertos, inclusivos, accesibles y con la adopción de los ajustes razonables que se requieran” (artículo 27).

A su turno, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ha resaltado la importancia y obligatoriedad de aquel deber de “promover el derecho al empleo con apoyo, proporcionar accesibilidad, ajustes razonables y apoyos individuales en cada caso” (Obs.Gral N° 8 año 2018).

En razón de lo expuesto, entiende el tribunal que el proceso de selección para la conformación del cupo laboral dentro del Poder Judicial, debe armonizarse con el enfoque vinculante de la Convención, y garantizar el derecho de las PCD a la posibilidad de un empleo que respete las previsiones normativas antes descriptas.

Sobre dicho extremo, se afirma que:

La designación de PCD para la conformación del cupo laboral, en vacantes que no fueron previamente definidas y comunicadas a la autoridad de aplicación, mediante un procedimiento que carece de pautas objetivas de valoración respecto a la idoneidad para el cargo, si bien podría satisfacer cuantitativamente la exigencia porcentual del artículo 8 de la Ley 10.592, no observa principios básicos establecidos en los regímenes legales, constitucionales y convencionales, y vulnera el derecho al trabajo del colectivo de personas con discapacidad. Todo lo cual, impone una pronta adecuación de las políticas públicas diseñadas

para la conformación del cupo laboral en el Poder Judicial, y así habrá de ordenarse.

Si aclara que, si bien el Ac. 2396/90 contempla la necesidad de “probar, mediante el respectivo examen de aptitud, la capacidad para desempeñar el cargo al que aspire”, la convocatoria realizada para el año 2016 mediante Res. 3233/15 únicamente dispuso en su artículo 1 “Establecer la convocatoria a examen de idoneidad como primer requisito necesario para integrar el listado de aspirantes en condiciones de ingresar al agrupamiento administrativo”.

Por tanto, entiende el sentenciante que, más allá de que la demandada afirma haber efectuado una convocatoria general, y procurado “la asistencia de agentes judiciales a los aspirantes discapacitados no videntes para que estos puedan rendir su examen”, no consta que se haya formulado distinción alguna en cuanto al cupo laboral previsto en la ley 10592, ni efectuado las previsiones que requiere las particularidades específicas del colectivo de PCD.

Por otra parte, se destaca en el fallo que:

[...] la evaluación de idoneidad -además de una exigencia normativa y un derecho inherente a la dignidad de la PCD- constituye un elemento esencial para la toma de conciencia social respecto de las capacidades y aportaciones de la persona con discapacidad, a cuya promoción se encuentra también obligado el Poder Judicial, y por tanto, a establecer un sistema de selección que fomente actitudes receptivas, percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad, así como el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral (artículo 36 inc. 5 de la CPBA, artículo 8 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad Ley 26.378, artículo 3 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad Ley 25.280).

En cuanto al rol del SECLAS, se indica que la demandada solo ha señalado que “está legislado en el artículo 12 de la reglamentación de la ley 10.592”.

Al respecto, entiende necesario precisar que el proceso de evaluación debe contar indefectiblemente con la participación del SECLAS, como servicio responsable de la administración del sistema de empleo, con facultades de evaluación, registración, y asesoramiento técnico.

9. Equipo Interdisciplinario.

Respecto a la existencia de un equipo interdisciplinario, la Fiscalía de Estado refiere que la normativa emanada de la SCBA estableció la formación de un equipo de trabajo responsable de la administración del sistema de Registros y del Programa creado, el cual está integrado por abogados y trabajadora social.

Este equipo se integra, también, con la obligatoria intervención de la Dirección General de Sanidad, la cual -a través de un equipo interdisciplinario- evalúa a cada una de las personas propuestas para ingresar al Poder Judicial, ello “desde su perspectiva profesional, y con la mirada que corresponde a aquellos que manifiestan una discapacidad”.

En este aspecto, el tribunal entiende necesario que se pondere la obligación legal, constitucional y convencional que tiene la demandada a efectos de remover todos los obstáculos que imposibiliten el ejercicio del derecho al trabajo por parte de la PCD, así como la de adoptar los apoyos necesarios y ajustes razonables que requiera su empleo en el Poder Judicial.

En tal sentido, se destaca que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha señalado que la obligación de realizar ajustes razonables es una obligación reactiva individualizada, que debe atenderse desde el momento en que se recibe una solicitud de ajustes. Los ajustes razonables exigen que el garante de los derechos entable un diálogo con la PCD.

Alude dicho Comité también a la importancia de la obligación de proporcionar ajustes razonables, la cual no se limita a situaciones en que una PCD haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una

discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos”.

A su vez, respecto al concepto de ‘ajustes razonables’, el citado Comité ha precisado que:

[...] es un único término y ‘razonables’ no debe interpretarse erróneamente como una cláusula de excepción; el concepto de ‘razonabilidad’ no debería considerarse un elemento calificativo o modificador de la obligación. No es un medio de evaluar los costos del ajuste ni la disponibilidad de recursos -esto se hace en una etapa posterior, cuando se estima la ‘carga desproporcionada o indebida’. Por el contrario, la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad” (Obs. Gral N° 8 año 2018).

También se expresa que, teniendo presentes las diversas barreras que enfrenta el colectivo accionante, el cumplimiento de aquellos mandatos –e incluso la ejecución del Programa de inclusión laboral y seguimiento creado por la mencionada resolución– imponen tanto en la instancia de selección como en el desarrollo laboral de la PCD, la participación de un cuerpo interdisciplinario con incumbencias profesionales específicas para el abordaje de aquellos procesos, de modo de garantizar su eficacia e idoneidad.

Se indica que ese enfoque es el que deberá orientar a cada una de las disciplinas que conforman el proceso de evaluación de aptitud psíco-física (cfr. art.10 de la Ley 10.592); debiendo priorizarse la previsión de “ajustes razonables” que eventualmente se requieran, por sobre los condicionamientos médicos.

10. Equidad de género

Sobre este aspecto, se recuerda que la demandada solo invoca que “el Registro no distingue por género, es universal, personal, y voluntario”. Dicha distinción tampoco es efectuada en el relevamiento realizado respecto a las PCD que prestan funciones en el Poder Judicial en los términos de ley 10592.

En ese orden de ideas, se destaca que la incorporación de la perspectiva de género en todo relevamiento de información pública, constituye un instrumento esencial para dimensionar diversas situaciones que manifiesten inequidad de género, de modo de facilitar el diseño de políticas eficaces en aras de la igualdad entre varones y mujeres.

En virtud de lo expuesto, se advierte sobre la importancia de planificar correctamente el proceso de producción estadística, desagregar la información por sexo, y visibilizar los diferentes roles, actividades, tareas y responsabilidades de los hombres y las mujeres (Cfr. Recomendación N° 9 Comité CEDAW; Informe CEPAL 2006, Objetivos de desarrollo del milenio, cap. II. C, pags. 12/16).

Sobre ello, se indica que, a pesar de la falta de información disponible sobre el tema, las estadísticas en la Argentina demuestran que “las mujeres con discapacidad exhiben una tasa de empleo casi 15 puntos porcentuales más baja que la de los varones; mientras los varones registran una tasa de empleo del 40,3%, la de las mujeres alcanza sólo un 25,8% (conf. Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad, resultados definitivos 2018, publicado en <http://www.indec.gob.ar>)”.

De este modo, advierte el tribunal que existe:

[...] una clara desigualdad entre hombres y mujeres con discapacidad en el ámbito laboral. Desde esta perspectiva, resultan de aplicación las pautas directrices que surgen de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -en particular artículo 3 inc. g y 6-; Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -en especial artículo 11-; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belem do Pará -arts. 4 a 9-; Reglas de Brasilia -en particular 3, 4, 7, 17 y 18-; artículo 36 inc. 4 de la CPBA y Ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales -arts. 2 a 7-.

En el fallo en comentario se indica que los citados instrumentos internacionales obligan al Poder Judicial, a incorporar la perspectiva de género en la formulación de toda medida de acción afirmativa relacionada al ejercicio del derecho al trabajo por las PCD.

En virtud de ello, a fin de prevenir y –eventualmente– revertir, las desigualdades existentes entre hombres y mujeres con discapacidad en el ámbito del empleo público, se estima necesario que el diseño de la política pública contemple las medidas pertinentes para garantizar el acceso equitativo al cupo laboral, en proporciones iguales.

11. Participación de las personas con discapacidad en los procesos de toma de decisión.

En este apartado se señala que la participación ciudadana constituye un instituto que ha sido reconocido y protegido constitucionalmente en el ejercicio de distintos derechos (arts. 14, 20.2, 28, 38, 44, 67 de la CPBA, 39, 40, 41, 42, 43 de la CN). Los mecanismos de debate sobre diversas cuestiones que afectan directamente a la ciudadanía, permiten democratizar las decisiones, procurando el consenso y la transparencia en los procedimientos adoptados (artículo 23.1 CADH, artículo 21.1 DUDH, artículo 25 PIDCP, y arts. 20 DADH).

Aclarado el punto mencionado, se indica que la misma ley 10592 establece la obligación del Estado de garantizar la participación de las PCD “en las decisiones que afectan a sus propias vidas” (artículo 5).

Asimismo, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ha reafirmado aquel deber, al consagrar expresamente el derecho de las personas con discapacidad de participar activamente en la sociedad, y ser escuchadas en la elaboración de las políticas públicas y en todos los procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones que los conciernen (arts 3 y 4.3, Obs. Gral del Comité N° 7 de 2018).

Se señala que, a pesar de la elocuencia del mandato impuesto por la Convención y la claridad del lema “nada sobre nosotros sin nosotros”, las políticas públicas para el empleo de las PCD en el Poder Judicial, siguen diseñándose sin correspondiente participación del colectivo involucrado.

Todo lo cual, entiende el tribunal, debe ser subsanado en el proceso de adecuación.

12. Derecho a la información.

Sobre ello se expresa que:

A fin de asegurar un ejercicio transparente de la función pública, de modo tal que la sociedad pueda conocer cómo se lleva a cabo la gestión gubernamental y, en consecuencia, ejercer los derechos vinculados con ella, resulta esencial que se encuentre garantizado el derecho a la información pública, entendido como la posibilidad de toda persona de acceder en tiempo y forma adecuada, a información en poder del Estado relativa a asuntos de carácter público.

En tanto constituye una herramienta de participación ciudadana en asuntos de interés público, reduce la discrecionalidad administrativa y permite el ejercicio de otros derechos vinculados con el contenido de la información; su reconocimiento y vigencia real constituye una condición sustancial de todo sistema democrático.

Además de reconocimiento legal, el mencionado derecho a la información encuentra recepción constitucional y convencional (artículo 75 inc. 22 de la CN, arts. 19 de la DUDH, 19.2 del PIDCP, 13.1. de la CADH).

En el caso de autos, se destaca la trascendencia de cumplir con aquellos principios, en forma concordante con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual consagra la obligación estatal de recopilar y difundir información estadística, y asegurar que las mismas sean accesibles para las PCD y otras personas (arts. 21 y 31, y Obs. Gral N°7 del Comité).

En razón de ello, se remarca que en lo relativo a la información pública vinculada a la conformación del cupo laboral en el Poder Judicial, debe cumplirse con los principios de máxima divulgación y accesibilidad.

13. Necesidad de adecuar el régimen para la conformación del cupo laboral

Expresa el sentenciante que resulta evidente la necesidad de adecuar las políticas públicas instrumentadas para la conformación del cupo laboral para personas con discapacidad a los estándares legales, constitucionales y convencionales.

Sobre ello, destaca que -para ordenar dicha adecuación- no resultan impedimento las atribuciones de superintendencia asignadas constitucionalmente a la Suprema Corte, puesto que las mismas deben conciliarse con el goce efectivo de los derechos humanos básicos, cuya vulneración compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Al respecto, destaca la importancia de la labor jurisdiccional para sortear la falta de efectividad del amplio elenco de derechos humanos actualmente reconocidos, para lo cual deben “actuarse las garantías para el logro de tutelas reales y oportunas”.

Indica que, si son resultan laudables las medidas adoptadas en el ámbito judicial bonaerense, ellas son insuficientes para lograr un cumplimiento cabal del cupo consagrado por la ley 10592.

d. Resolución del caso

En definitiva, se hace lugar a la acción contencioso administrativa promovida en contra el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

De este modo, se reconoce el derecho del colectivo de personas con discapacidad accionante, a la conformación del cupo laboral previsto en el artículo 8 de la Ley 10592 en el Poder Judicial, de modo compatible con los estándares legales, constitucionales y convencionales expresados precedentemente.

Se dispone, entonces, que el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires deberá:

a) Conformar -dentro del plazo de sesenta días a partir de la firmeza de la sentencia- una mesa de trabajo con participación de personas con discapacidad, organizaciones que los representan, expertos en la temática y del SECLAS.

b) Adecuar -en un plazo máximo de seis meses- el régimen de ingreso de las personas con discapacidad dentro del cupo laboral de la Ley 10592, a los principios indicados en los considerandos de la sentencia.

c) Integrar -en un plazo máximo de dieciocho meses- el cupo laboral mínimo previsto en el artículo 8 de la Ley 10592.

e. Apreciación personal del fallo

Del relato de las constancias de la causa, se advierte que el sistema de selección cuestionado revestía caracteres de paternalismo y de excesiva discrecionalidad.

En definitiva, se subestimaba a las PCD en cuanto a la posibilidad de que pudiesen demostrar su valía para desempeñar una función en el Estado, todo lo cual no se condice con los postulados del modelo social de la discapacidad emanado de la Convención internacional vigente en la materia.

Consideramos que la solución a la que arriba el fallo comentado resulta acertada, por cuanto valora tanto la adecuada protección de las PCD a través de la reserva de las vacantes que legalmente les corresponde ocupar, como también de la necesidad de que las mismas puedan acreditar su idoneidad, con los ajustes y apoyos que resultaren pertinentes.

De este modo se resguarda tanto el principio constitucional de idoneidad como el de igualdad de oportunidades, por cuanto –con dicho criterio jurisprudencial– se valora la contribución de las PCD a la sociedad, a quienes se les brinda la oportunidad de demostrar el aporte que pueden realizar como servidores públicos.

3. “G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K. M. P. c/ G.C.B.A. y otros s/amparo (artículo 14, CCABA)”¹⁹³

Respecto al alcance que cabe atribuir al ámbito personal de aplicación de las acciones positivas en favor de personas con discapacidad, resulta relevante este precedente de la Justicia porteña.

En dicho fallo, haciendo una interpretación amplia de la ley 4036¹⁹⁴, se aceptó que la definición de persona con discapacidad no excluía a quienes no contaran con un certificado de discapacidad, si acreditaban los padecimientos o limitaciones indicados en la mencionada norma.

En tal sentido se dijo que “Los casos de personas con padecimientos que no representan, estrictamente, una discapacidad conforme lo establecido en

¹⁹³ TS CABA, 21-3-2014

¹⁹⁴ B.O.: 09-02-2012

dicha normativa, pero que implican –por variadas razones– una limitación importante y duradera para su empleabilidad, deben ser asimilados a los de personas con discapacidad” (Ivanega, 2019, p. 161).

Resulta razonable la interpretación realizada por el referido Tribunal, ya que prioriza la finalidad tuitiva de la norma por sobre un concepto restringido de las personas destinatarias de la referida protección legal que las circunscriba a aquéllas que posean una determinada documentación.

XIII. Jurisprudencia vinculada a la aplicación de medidas de acción positiva en beneficio de personas transgénero

1) “Hendrickse Cristina Montserrat c/ Consejo de la Magistratura de la CABA s/ impugnación de actos administrativos”¹⁹⁵

a. Hechos

En dicha causa se ejerció una acción ordinaria de impugnación de acto administrativo contra el Consejo de la Magistratura de la CABA, a la cual se le asignó carácter colectivo.

La actora, Sra. Cristina Montserrat Hendrickse, formula las siguientes peticiones como medida cautelar:

a) que se la contrate -hasta que se lleve a cabo el correspondiente concurso - con una retribución equivalente a la de Secretaria letrada de Primera Instancia dentro del ámbito de la CABA;

b) que se instrumente en todo concurso para la cobertura de todo tipo de cargos en el poder judicial la misma de cobertura que para el cupo de las personas con discapacidad (cfr. ley 1502¹⁹⁶).

Lo solicitado apunta al correcto cumplimiento del cupo laboral previsto por la ley 4376¹⁹⁷ para personas trans -transgéneros, transexuales y travestis.

La actora refiere ser una mujer transgénero, de 54 años de edad, abogada y que ha sido contratada en forma precaria por diez meses en la Defensoría del Pueblo de la CABA. Manifiesta que el 29/5/2017 presentó un reclamo administrativo con el propósito de garantizar la integración del cupo del 5% previsto en la mencionada ley 4376 y que tal presentación no fue adecuadamente resuelta por el Consejo de la Magistratura de la CABA. Afirma que la falta de reglamentación de la ley 4376 lesiona sus derechos tanto en forma personal como al colectivo que integra. Funda su derecho en los arts. 14, 14 bis,

¹⁹⁵ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: 21. Fecha: 22-abr-2019

Cita: MJ-JU-M-118330-AR | MJJ118330 | MJJ118330

¹⁹⁶ B.O.: 26-11-2004

¹⁹⁷ B.O.: 22-01-2013

16, 19, 28, 31, 33 y 75 incs.22 de la CN, tratados internacionales, Leyes Nacionales N° 26743, 23592, Constitución de la CABA y ley 4376, entre otros.

b.- Legislación, doctrina y jurisprudencia aplicables

El tribunal comienza haciendo alusión a las previsiones contenidas en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual establece que las medidas cautelares:

“[...] son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas en este Código”.

Asimismo, hace alusión a los requisitos de dichas medidas, a saber: a) verosimilitud del derecho; b) peligro en la demora; c) no frustración del interés público; y d) contracautela.

Resalta que el artículo 16 CN consagra el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y su admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad, afirmando que dicha disposición se encamina a impedir que se otorgue un tratamiento diferente a personas que se hallan en idénticas circunstancias. Agrega que el derecho a la igualdad y a la no discriminación también se encuentra reconocido por el artículo 75 inc. 22, el cual eleva a jerarquía constitucional a los tratados internacionales de Derechos humanos.

Señala que dicha normativa impide al Estado tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias y, además, le impone asumir un comportamiento activo para combatir las prácticas discriminatorias.

En ese marco, destaca que el derecho a la identidad de género se encuentra expresamente reconocido en la ley nacional 26743 y que la ley

nacional 23592 prevé la cesación de actos que arbitrariamente impidan obstruyan restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

Expresa que el mencionado derecho a la igualdad encuentra su correlato en el artículo 11 de la CCABA, el cual establece que todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley, garantizándose el derecho a ser diferente y no admitiendo discriminación que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo en el ejercicio de los derechos.

A su vez, el artículo 38 de dicha constitución incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas, estimulando la modificación de los patrones socioculturales estereotipados.

Indica que es en ese contexto que se sanciona la ley 2957¹⁹⁸ que prevé la elaboración de políticas públicas tendientes a erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Luego, se dicta la citada ley 4376 que establece los lineamientos de la política pública para el reconocimiento y el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans (transexuales, transgénero y travestis) bisexuales e intersexuales -en adelante LGBTI- en cumplimiento de los principios y fines de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado Nacional y la Constitución local (confr. artículo 1º).

Se afirma que la referida normativa “tiene como finalidad hacer efectivos los derechos de ese sector de la población articulando la actuación de la ciudadanía en pos de superar las situaciones de discriminación resultado de la identidad de género como parte de la convivencia, inclusión e inserción económica, social, laboral, política y ciudadana en la CABA”.

Específicamente, se destaca, el artículo 5º de la mentada norma, en cuanto garantiza la realización por parte del Estado de medidas de acción positiva entre las que se encuentra la incorporación en una proporción no inferior al 5% de personas del colectivo trans en el sector público de la Ciudad.

¹⁹⁸ B.O.: 30-01-2009

Seguidamente, se expresan una serie de conceptos vinculados al estado de derecho, entendido –en términos generales– como la sujeción de la actividad estatal al imperio de la ley.

Siguiendo dicho razonamiento, se expresa que “los principios de igualdad y no discriminación son parte de las bases del estado de derecho. En efecto, “todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación (conf. Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho, Resolución AG ONU, 24/9/2012)”.

En razón de las mencionadas ideas, se destaca la prohibición de discriminación basada en el género, a tenor de las previsiones contenidas en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

A continuación, se traen a colación una serie de pronunciamientos de máximo tribunal nacional, en los cuales se hizo hincapié en los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación como elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Fallos 333:2306 , considerando 4º; 334:1387 , considerando 5º; ‘Sisnero, Mirtha G. y otros c/ Tadelva S.R.L.y otros s/ amparo’, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2º).

Al respecto, afirma el sentenciante respecto a la necesidad implementar acciones afirmativas que:

Las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos no sólo prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados, sino que van más allá, fomentando la actividad positiva de los Estados para superar las barreras socio culturales que impiden el goce efectivo de los derechos. En

conclusión, la ampliación de los derechos personales o colectivos con la integración de las normas internacionales -con jerarquía constitucional- relativas a los Derechos Humanos implica en paralelo mayores deberes o cargas de todo tipo en otras personas quienes también son sujetos de derechos.

Por eso el primer obligado a igualar es el Estado y en los sistemas federales o autonómicos esa obligación es compartida por los entes locales. A tal fin, las políticas públicas deben ir en dos sentidos. En primer término derogando normas que establezcan discriminaciones irrazonables. En segundo lugar, dictando leyes o medidas de otro tipo que favorezcan la igualdad y destierren los estereotipos de diferenciaciones arbitrarias. En ese caso, resulta imprescindible conocer las causas visibles e invisibles que generan discriminación, para operar sobre ellas y garantizar con eficacia la igualdad real de oportunidades (Gelli, María A., "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, 4º ed., T. I, Bs. As., 2015, pags. 250 y ss).

Se subraya que, entre los fundamentos de la sanción de la ley 4376 se señaló "la necesidad de intervención directa del Estado, destacando que casi un 39% del colectivo trans padece discriminación laboral, por no acceder a un trabajo o ser objeto de exclusión del mismo orden a su identificación sexual. Es evidente que ello repercute además en otros aspectos inherentes a los demás derechos esenciales (por caso, vivienda o salud). De esta forma, se verifica que la elección sexual lleva a condiciones de exclusión o marginalidad que requieren acciones positivas para la efectiva constitución de la igualdad garantizada".

c. Valoración de las circunstancias del caso

Se indica que, de la compulsión de las actuaciones cumplidas, se advierte que el Consejo de la Magistratura porteño no resolvió el reclamo de la actora a través del correspondiente acto administrativo, sino que su entonces Presidenta firmó una nota en la que considera que el mencionado órgano no incurrió en inconstitucionalidad por omisión ni existe mora en la reglamentación del inciso c) del artículo 5 de la ley 4376. Ello por cuanto, expresa que dicha norma no establece un cupo obligatorio, sino que propone la incorporación a los órganos

competentes de la Ciudad. Explica, a su vez, la imposibilidad de la ampliación de la planta permanente del Consejo en virtud de la Res. Pres. N° 1260/15 y sus prórrogas.

Asimismo, alude a la existencia de diversos proyectos legislativos orientados a la previsión de un cupo en el sector público, que no han sido aprobados.

Por tanto, afirma el tribunal que es necesario determinar si la respuesta proporcionada por el Consejo de la Magistratura cumple con los requisitos necesarios para ser considerado una denegatoria fundada al reclamo formulado por la parte actora. A dicho interrogante responde en forma negativa, en virtud de los siguientes argumentos:

a) La falta de reglamentación no puede ser obstáculo para implementación de una norma, especialmente cuando -como en el caso de marras- el mandato legal está dirigido a los órganos encargados de dictar dicha reglamentación.

En tal sentido, expresa que admitir una solución contraria, importa atribuir al órgano obligado por la norma la potestad de cumplirla o no, omitiendo dictar la reglamentación (en el sub lite, conforme a los términos en que fue interpuesta la demanda, el sujeto pasivo es el Consejo de la Magistratura, sin desconocer que la ley 4376 va dirigida a todo el sector público local, abarcando a la Administración Pública centralizada y descentralizada, a la Legislatura y al Tribunal Superior de Justicia).

b) La utilización del verbo “proponer” en el artículo 5 inc. d) de la ley 4376 no significa que el cumplimiento del cupo legal sea optativo. En efecto, según el diccionario de la RAE, la segunda acepción de dicho verbo es “determinar o hacer propósito de ejecutar algo”. De ello, colige el sentenciante que la demandada realiza una interpretación restrictiva del término, lo que resulta inaceptable a tenor de la citada doctrina de la CSJN.

c) Por último, respecto a los proyectos legislativos sobre el tema, se aclara que dichos proyectos no contemplan cambios en el porcentaje previsto en la ley 4376. Del mismo modo, remarca que dicha ley es una norma vigente que debe ser cumplida y que no pueden invocarse como excusa para su incumplimiento la

existencia de proyectos legislativos sobre la cuestión ni la ausencia de reglamentación por parte de los sujetos obligados luego de más de cinco años.

d. Conclusiones

En este apartado, el tribunal anticipa el rechazo del pedido formulado por la actora de ser incorporada al Poder Judicial con cargo equivalente al de Secretaria de Primera Instancia. Ello, con fundamento en que la sola posesión de un título universitario de abogada no implica el cumplimiento del requisito de idoneidad necesario para acceder al cargo pretendido. Aclara que admitir dicha petición importaría dispensar un trato desigualitario a los demás integrantes del Poder Judicial o incluso de otros grupos sociales que también han tenido protección legal en el marco de medidas de acción positiva.

Asimismo, se señala que la mentada ley garantiza un cupo laboral pero no habla de cargos o tareas ni menos del ejercicio de funciones que impliquen jerarquía y responsabilidad y para lo cual se requiere específicos conocimientos de la materia. A mayor abundamiento, se señala que en toda la estructura del Poder Judicial hay cuantiosa cantidad de abogados que ejercen todo tipo de cargos y tareas (mesa de entradas, despacho de expedientes, áreas administrativas, etc.). Por tanto, se indica que no resulta no es posible brindar -mucho menos cautelarmente- un derecho que excede el marco legal.

No obstante, el tribunal hacer lugar a la segunda petición cautelar, aunque con ciertas modificaciones. Para ello, señala que el artículo 184 CCAyT faculta a la sentenciante a dictar una medida cautelar distinta a la solicitada teniendo en cuenta la importancia del derecho vulnerado. De tal modo, se afirma que

[...] la falta de reglamentación de una norma vigente, dictada en 2012 que propone la incorporación en una proporción no inferior a un 5% de personas trans en el ámbito del empleo público de la CABA torna procedente la necesidad de un remedio cautelar en tanto se verifica la concurrencia de la verosimilitud del derecho invocada y el transcurso de una razonable pauta temporal (seis años desde el dictado de la ley). Es que cuando la prestación debida no fue sometida por la ley a modo, plazo o condición la Administración debe realizarla (reglamentando la ley) en un plazo razonable (CNac Cont. Adm. Fed, Sala III, “Diamante Diaz

Leopoldo c. Banco Hipotecario Nacional s/ proceso de conocimiento”, del 8/5/98).

En el caso, insisto, la ley ha sido sancionada en noviembre de 2012, lo cual hace presumir que ha transcurrido un plazo más que razonable para la implementación de la política pública allí establecida. Por otro lado, si bien es cierto que en la presente causa se demanda al Consejo de la Magistratura de la CABA, no lo es menos que las leyes enunciadas incluyen todas las áreas de gobierno de la CABA, es decir Poder Ejecutivo (Administración centralizada y descentralizada), Poder Legislativo y Poder Judicial (integrado tanto por el Consejo de la Magistratura como por el Tribunal Superior de Justicia y Ministerio Público de acuerdo a lo previsto por el artículo 107 de la CCABA). Ello pues, la mentada norma refiere a la totalidad del sector público de la Ciudad. El hecho de que la demandada -al igual que los restantes sectores enunciados- eluda el cumplimiento de los deberes impuestos por una norma vigente -ya sea por omisión en su cumplimiento o demora en la reglamentación respectiva- implicaría una afrenta al principio de división de poderes que no sólo torna verosímil el derecho alegado por la actora sino que también obliga a la suscripta a exhortar a las autoridades a dictar las reglamentaciones pertinentes en cada área para dar cabal cumplimiento con la ley.

El tribunal tiene por configurado el requisito del “peligro en la demora”, en razón de que la cuestión controvertida se vincula con la debida implementación de una norma que garantiza el acceso al empleo digno de las personas que integran un grupo social minoritario y discriminado, intentando mitigar la situación de vulnerabilidad y precariedad laboral al que usualmente han sido sometidas. De tal modo, se afirma que:

[...] de los elementos de convicción actualmente existentes en el expediente y del estudio del marco normativo aplicable, se desprendería que en la actualidad la letra de la norma se encuentra incumplida, tomando ilusorios los derechos que el legislador ha pretendido proteger. La ausencia de reglamentación no puede ser tampoco excusa válida para justificar el incumplimiento legal, particularmente cuando ella debe provenir de los sujetos obligados.

Finalmente, el tribunal se detiene en señalar que la implementación de este tipo de cupos en diferentes provincias y municipios del país, ha generado variadas controversias, habiéndose invocado, incluso, que la implementación de un cupo es de por sí discriminatoria.

Frente a esto, la sentenciante entiende que el espíritu de la ley no es discriminatorio ni tampoco es ese el alcance históricamente asignado a este tipo de herramientas de inclusión sociolaboral. Por el contrario, se afirma, que se trata de una técnica de discriminación positiva que ha dado buenos resultados para incorporación social de las personas con discapacidad y, también, para las mujeres.

En términos elocuentes, se afirma en el fallo que no corresponde al tribunal ni a los titulares de los Poderes de la C.A.B.A. cuestionar la voluntad legislativa ni su conveniencia o inconveniencia, ni el acierto o error del porcentaje establecido, agregando que “Se trata de una política pública sancionada y vigente, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada. Por ende, sólo cabe ejecutarla”.

e. Resolución del caso

Finalmente, el tribunal resuelve hacer parcialmente lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Consejo de la Magistratura a que en el plazo perentorio de treinta días corridos dicte la reglamentación pertinente para implementar en los sectores del Poder Judicial bajo su órbita el cupo laboral para el colectivo trans establecido en el inc. c) del artículo 5 de la ley 4376.

Asimismo, ordena librar oficios al Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad, al Sr. Presidente de la Legislatura de la Ciudad, a la Sra. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad y a cada uno de los titulares de las tres ramas del Ministerio Público de la Ciudad exhortándolos a dictar las reglamentaciones pertinentes a fin de dar cabal cumplimiento al mencionado mandato legal.

f. Apreciación personal del fallo

Entiendo que la solución a la que se arriba en el fallo comentado resulta acertada ya que resguarda, simultáneamente, el principio de igualdad de

oportunidades y el de idoneidad como requisito para el acceso a la función pública.

Dicho aserto se basa en que la medida cautelar ordenada resulta razonable para asegurar la efectividad de una política pública destinada a promover la inclusión laboral de un grupo de personas particularmente vulnerables. Ello, sin otorgar un trato preferencial a la persona que formuló el reclamo judicial quien pretendía acceder a un cargo para el cual no había acreditado debidamente su idoneidad.

2) "*Bello, Vanesa Aramí y otros vs. Municipalidad de Paraná s. Acción de amparo*"¹⁹⁹

a) Hechos

a.1. Posición de la parte actora

Este caso versa sobre una acción de amparo promovida por seis personas pertenecientes al colectivo trans dirigida a que se ordene a la Municipalidad de Paraná a renovar sus contratos o a determinar el pase a planta permanente al vencimiento de sus contrataciones.

Relatan que el municipio demandado dispuso la contratación mediante Locación de Servicio en la categoría inicial del Escalafón General por el término de seis meses a las 6 personas trans accionantes.

Valoran dicha decisión municipal como un claro reconocimiento al trabajo por ellas realizado en el año 2018 con la Primera Prueba Piloto a nivel nacional de Relevamiento de la Población Trans de la ciudad de Paraná.

Consideran que se aplicó una medida de acción positiva para revertir las situaciones de violación a los derechos humanos de las que son víctimas las personas trans.

Subrayan que, en el primer decreto de contratación, sólo figuraron las 6 personas trans que efectuaron el relevamiento y que fue en virtud de los alarmantes resultados de precarias condiciones de vida, de acceso a la

¹⁹⁹ Juzg. Penal Niños y Adolesc., Paraná, Entre Ríos; 06/12/2019; Rubinzal Online; RC J 13157/19

educación, de acceso a la salud y al trabajo, que el Presidente Municipal decidió su contratación como una medida restaurativa, iniciando simultáneamente el proceso de acceso a la educación y formación en oficios a 12 personas trans en el Centro Municipal de Perfeccionamiento.

Sostienen que la contratación no fue precaria, como ocurre con los contratos de obra, sino contrataciones formales con aportes al sistema de seguridad social.

Reseñan que, para la elaboración del Relevamiento de la Población Trans -Prueba Piloto oficial a nivel nacional- la Municipalidad de Paraná en fecha 13/11/2017 suscribió un Convenio con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Destacan que en agosto de se sanciona la Ordenanza N° 9749, promulgada por Decreto N° 1707 a través de la cual Municipalidad de Paraná condena la violación a los derechos humanos y se declara como "ciudad amigable a la diversidad sexual", promoviendo en el ámbito de sus competencias, el respeto a la diversidad sexual.

Prosiguen expresando que en el proyecto aprobado por el Consejo Representativo de Diversidad y en el convenio, se especificaba que quienes lleven adelante las tareas de relevamiento debían ser personas trans, motivo por el cual se contrata a quienes accionan en el sub lite.

Señalan que, en virtud de la grave vulnerabilidad de las personas trans advertida en el mentado relevamiento, el municipio de Paraná inició una política orientada al reconocimiento y reparación de derechos, promoviendo la inclusión laboral y educativa del referido colectivo, que culminó con la sanción de la ordenanza 9834 que instituyó un cupo en su favor.

Expresan las amparistas que trabajaron junto a organismos de la sociedad civil vinculados a la diversidad sexual en la reglamentación de la última ordenanza citada y que, pese a todo el trabajo que realizaron, fueron desvinculadas el municipio al vencimiento de su contrato ocurrido el 31-10-2019.

Concluyen que es menester continuar con la implementación de medidas de acción positiva encaminadas a la reparación de la desigualdad estructural que padecen las personas trans, expresando que frente al accionar de la demandada

resulta válido afirmar que “la pérdida de un empleo formal en este caso implica una vulneración a los derechos humanos más elementales, así como un impacto subjetivo y colectivo que implica un retroceso en términos de un proceso concreto de inclusión que este Departamento Ejecutivo iniciara en 2017”.

Agregan a ello que:

[...] leyes que actualmente reconocen la perspectiva de género y en ese marco, entienden que el derecho al trabajo es uno de los derechos al que mayores dificultades tienen para acceder, puesto que la exclusión del mercado laboral es consecuencia de la actuación de múltiples factores, expulsión del hogar a temprana edad, la falta de acceso a la educación, a la salud, la persistencia de una cultura discriminatoria, tanto en los/as empleadores/as como en la sociedad en general y en el Estado.

a.2. Postura de la demandada

A su turno, la demandada funda su pedido de rechazo de la pretensión de las amparistas en que las contrataciones vencidas al finalizar octubre de 2019 - locación de servicio- no se realizaron en el marco de la Ordenanza 9834 de Paraná (en la cual se estableció en su artículo 3 un programa de inclusión laboral a personas travestis y trans, todavía no operativa); sino que se efectuaron del mismo modo que otras contrataciones comunes.

Sostienen que acoger la pretensión esgrimida implicaría una violación a la división de poderes, cometiéndose una intromisión jurisdiccional en el ámbito propio de las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo municipal respecto a la contratación, renovación o no renovación de contratos temporales.

Arguyen que la no renovación de los contratos de las amparistas se funda acabadamente en dichas facultades discrecionales.

A su vez, oponen reparos formales al progreso de la acción, los cuales se centran básicamente en la falta de agotamiento de las vías administrativas iniciadas por las accionantes ante el INADI y la Defensoría del Pueblo.

Rechazan que la contratación de las amparistas haya formado parte de un programa de equidad, reparación e integración; afirmando que la primera contratación tuvo lugar con anterioridad al dictado de la Ordenanza N° 9834 y que la segunda contratación si bien es posterior al dictado de la ordenanza

citada, se efectuó por medio de un decreto general que incluyó a más de 400 personas.

Aducen que no corresponde invocar el principio de progresividad ya que la contratación aludida fue implementada a través de un contrato de servicio, por lo cual las accionantes conocían la temporalidad del mismo; careciendo las mismas de un derecho adquirido a la estabilidad, de modo que la finalización del contrato no lesionó ninguna expectativa legítima.

Explican que la medida de acción positiva incluida en la ordenanza 9834 aun no resulta operativa por falta de reglamentación, ya que resta que la autoridad de aplicación determine los lineamientos concretos para su aplicación paulatina, ello con la correspondiente imputación presupuestaria.

En síntesis, afirman que “Indican, en resumen, que no se configura un retroceso en política de inclusión social a personas Travestis o Trans, porque la Ordenanza N° 9834 sigue vigente, no ha sido modificada ni derogada, y será operable una vez que se cumplan los requisitos establecidos”.

Finalmente, invocan que la falta de renovación de los aludidos contratos tuvo lugar por dificultades económicas del municipio y no sólo afectó a las amparistas sino también a más de 400 personas entre quienes puede haber personas con necesidades, madres solteras, personas con problemas de salud, etc. Por ello, expresa la demandada que realizar una distinción relacionada a la orientación sexual afectaría la igualdad con el resto de las personas que tampoco pudieron ver renovados sus contratos.

b) Resolución del caso

En primer lugar, el sentenciante desestima las objeciones formales opuestas por el demandado. En torno a ello, expresa que el INADI y la Defensoría del Pueblo carecen de potestades para resolver el conflicto en forma definitiva.

Asimismo, señala que resulta evidente que el reclamo efectuado ante el municipio resultó infructuoso dado que las constancias de la causa demuestran la postura claramente negativa a la pretensión de las accionantes, no existiendo otra vía administrativa idónea para vehiculizar la cuestión controvertida.

Ingresando a la cuestión de fondo, se destaca primeramente la necesidad de fallar con perspectiva de género. Al respecto, se dice sobre el caso de marras:

[...] debemos juzgarlo con perspectiva de género, con el fin de detectar y eliminar las barreras y los obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia a su género. La incorporación de esta crucial perspectiva en la labor jurisdiccional, implica cumplir la obligación constitucional y convencional de hacer realidad el derecho a la igualdad, remediando las relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, así como visibilizando la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa y en la valoración de hechos y pruebas. Es que, si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las personas -cualquiera sean sus identidades-, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si, a la hora de aplicarla, se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto.

A mayor abundamiento se destaca la necesidad de “equilibrar” la desventaja que caracteriza *ab initio* a las personas con mayor vulnerabilidad como son las mujeres, personas trans, etc.

A continuación, se reseñan algunas de las situaciones de desventaja y vulneraciones de derechos que padecen las personas trans, entre los cuales sobresalen la pobreza, falta de cobertura social, exclusión educativa, etc.; todo lo cual repercute negativamente en las oportunidades laborales.

En particular, se hace alusión al alto porcentaje de personas transexuales que encuentran en la prostitución su única alternativa de subsistencia ante el rechazo de sus familias.

Se citan estadísticas e informes del INADI y del INDEC que refrendan las anteriores afirmaciones.

Se hace alusión también a la doctrina emanada de la Corte nacional en el caso ALITT²⁰⁰, en la que se subraya la discriminación social y la violencia que históricamente han sufrido las personas trans.

Valorando las circunstancias de la causa, el Tribunal menciona que el municipio demandado inició una valiosa política pública de reparación histórica de un sector social sistemáticamente postergado y discriminado por la sociedad y el Estado. Ello, por medio de la instrumentación de medidas de acción positiva dirigidas a garantizar la igualdad real de oportunidades para este colectivo.

Se reseña que a través de la ordenanza 9749 (20/9/2018) Paraná se declara “ciudad amigable a la diversidad sexual”, luego con el decreto 1782 (03/10/2018) dicho municipio ratifica el convenio firmado con el Ministerio de Justicia de la Nación para realzar el relevamiento antes aludido, para lo cual se dictó el decreto 2024 (12/11/2018) por el cual se otorgaron adelantos de fondos para el pago de honorarios de las personas encargadas de realizar el relevamiento.

Se subrayan que las amparistas se encontraban entre las personas a quienes se adelantaron honorarios, por lo cual el municipio firmó con ellas sendos contratos de locación de obra para que realicen encuestas y capacitaciones en el marco del mencionado convenio.

Se añade a ello que el municipio, valorando el trabajo realizado, firma con los accionantes contratos de locación de servicios luego de finalizar los anteriores contratos de obra.

Entiende el tribunal que con las mentadas acciones comenzó a instrumentarse la reparación histórica para el referido colectivo, brindado oportunidades de trabajo digno. El aludido vínculo contractual fue prorrogado hasta su vencimiento en octubre de 2019.

Se expresa que todo este proceso tuvo su punto culminante con la sanción de la ordenanza 9834 que establece un programa para la inclusión laboral de personas travestis y transexuales.

²⁰⁰ CSJN, sentencia “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia”, 21/11/2006, Fallos: 329:5266.

Tal programa comprendía:

[...] el ingreso a la Municipalidad de forma progresiva, disponiéndose un régimen especial de Cupo Laboral Travesti-Trans. La Municipalidad de Paraná deberá incorporar anualmente a su planta de trabajadores/as a no menos de seis (6) personas travestis y trans, hasta alcanzar un porcentaje sobre la totalidad del personal municipal del dos (2) por ciento [...]

Entiende el sentenciante que no puede dissociarse, como pretende la demandada, la labor de las accionantes en la elaboración del mentado relevamiento con la subsiguiente contratación de las misma mediante la modalidad de locación de servicios, ya que una evaluación global de las contrataciones efectuadas por el municipio permite concluir que el vínculo de las amparistas se enmarca en la política municipal enderezada a la reparación histórica del colectivo trans. Colige de lo expuesto que no pueden asimilarse estas contrataciones con cualquier otro contrato administrativo.

Se remarca en la sentencia examinada que la demandada omitió dispensar a las accionantes la tutela preferencial que su condición de vulnerabilidad exigía conforme a los mandatos legales y constitucionales involucrados en la cuestión.

Se enumeran las previsiones que respaldan esta interpretación, partiendo de los artículos 14, 14 bis, 16 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, continuado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, y deteniéndose en los instrumentos internacionales enfocados en la especial tutela de la mujer (CEDAW y Convención Belem Do Pará).

Seguidamente, se citan los Principios de Yogyakarta, vinculados estrictamente al colectivo que protagoniza este caso; especialmente el principio número 12 que recepta la aplicación de medidas legislativas, administrativas y de otra índole dirigidas a eliminar la discriminación hacia las personas trans, incluso en la contratación, promoción, despido y condiciones de trabajo.

Se destacan, a su vez, las leyes 26743 de identidad de género y 26485 de protección integral a la mujer, la cual reconoce en su artículo 3 inciso j el derecho a la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres.

Se añaden las disposiciones contenidas en la Constitución de la provincia de Entre Ríos que también garantizar la igualdad real de oportunidades y obliga a "una política de Estado prevendrá en forma continua todo tipo de violencia y dispondrá acciones positivas para corregir cualquier desigualdad de género" (artículo 17).

Colige de lo expuesto el tribunal que toda la normativa referenciada obliga al Estado a dispensar un trato diferenciado a las actoras, teniendo especialmente en cuenta que pertenecen a un grupo de personas relegado por el Estado y segregado por la sociedad.

Sobre la base del razonamiento expuesto, se señala que no puede evaluarse el cese de los contratos en cuestión del mismo modo que las contrataciones de otros trabajadores como pretende el demandado.

Entiende el tribunal que la situación del colectivo trans no puede equipararse a la de otros grupos de personas vulnerables a quienes tampoco se renovó sus contratos con el municipio. Ello, en razón de todas las causas de vulneración ya expuestas que sufren las personas trans.

Se subraya que, si bien es cierto que la política de contratación forma parte de las facultades discrecionales del municipio, discrecionalidad no debe asimilarse a arbitrariedad.

Concluye la sentencia que en el caso de marras hubo arbitrariedad por cuanto no se brindó a las amparistas en trato correspondiente.

Se destaca que la ordenanza 9834 constituye un valioso ejemplo de acción afirmativa, pero que aún no se ha efectivizado. Respecto a ello, se expresa que no constituyen fundamento suficiente para su falta de operatividad la carencia de una norma reglamentaria ni dificultades de índole presupuestaria.

Sobre ello, se expresa que "la reglamentación no puede ser elevada a la condición de requisito previo para cumplir una ley".

En resumen, se sostiene que:

[...] por vía del trabajo formal y digno se inicia la efectiva restauración de derechos históricamente vulnerados, porque el trabajo formal en el caso de la población trans permite erradicar la prostitución y la exposición a los circuitos de violencia, a la vez que posibilita a la cobertura social de salud, jubilación y el resto de los derechos humanos esenciales íntimamente vinculados con la actividad laboral digna. Por tales razones, si algo tiene de plena operatividad la Ordenanza en cuestión, es el acceso al trabajo, siendo un claro retroceso despedir a las únicas trans que representaban el cupo mínimo obligatorio y por el cual tanto contribuyeron con su tarea previa en el marco del Relevamiento realizado.

Finalmente, el fallo destaca que no debieran ser necesarias las medidas de acción positiva en favor de las personas trans ya que todos deberíamos tener internalizado la igualdad de géneros. Sin embargo, ello no siempre ocurre en la realidad ya que las personas trans continúan sufriendo la discriminación, incluso de parte del mismo Estado, por lo que deviene necesaria la intervención de la Justicia para corregir estas afectaciones a sus derechos.

En virtud de lo expuesto, en este caso se hace lugar a la demanda y se ordene la reincorporación de la amparistas y la renovación de sus contratos, hasta que tenga lugar la implementación efectiva del mecanismo de selección y designación de agentes trans que reglamente el municipio en el marco de lo estatuido por la Ordenanza nº 9834.

c) Apreciación personal

Este precedente hace un análisis meduloso y, a mi juicio adecuado, de la necesidad de la implementación de medidas de acción positiva que permitan la inclusión laboral de grupos de personas desaventajadas, como ocurre con el colectivo trans.

Asimismo, destaca la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado a dichas personas como forma de efectivizar el principio de igualdad real de oportunidades.

Finalmente, entiendo que resulta acertado que la reincorporación y renovación del contrato que se ordenan sólo se extiendan hasta la efectiva

implementación de los mecanismos de selección que deberán incluirse en la reglamentación de la norma municipal de instituye el cupo en favor de las personas trans. Ello, a los fines de resguardar, además de la igualdad de oportunidades, el principio de idoneidad.

Considero que hubiese sido más adecuado hacer alusión específica a la idoneidad a efectos de precisar que la inclusión laboral de las personas accionantes debe ir acompañada de la aplicación de algún mecanismo que les permita demostrar sus capacidades para desempeñarse en la función pública.

Con todo, resulta elogiable la aplicación de la perspectiva de género en un caso vinculado a la diversidad sexual, desde una perspectiva sintetizadora de la protección legal dispensada a dos grupos de personas vulnerables: mujeres y personas travestis, transexuales y transgénero.

XIV. Procedimiento de ingreso en el Poder Judicial de Mendoza y en el Poder Judicial y los Ministerios Públicos de la Nación

a. Ámbito nacional

Como ya ha sido expuesto, en el ámbito federal, la selección de los agentes judiciales se encuentra reglamentada por la ley 26861.

En los debates parlamentarios que precedieron a la sanción de dicha ley se destacó “el interés público de una Justicia capacitada en todos los niveles y el interés de los trabajadores de que se preserve el principio de igualdad”, remarcándose su adecuación con los principios de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción²⁰¹.

Asimismo, durante el tratamiento de esta norma por parte del Congreso, fueron expuestas una serie de inquietudes y sugerencias manifestadas en la “Nota de la Junta de Presidentes de Cámara”²⁰² suscripta por el Dr. Gustavo Hornos en su carácter de titular de dicho organismo.

En dicha misiva se plantean las dificultades que puede generar la realización del concurso debido al número de aspirantes inscriptos, el tiempo que demanda la implementación de los mismos, la necesidad de contar con colaboradores de confianza, etc.

En respuesta a este último reclamo se incluyó la habilitación para designar en forma directa dos cargos letrados –secretarios– por dependencia judicial²⁰³.

Por otra parte, la constitucionalidad del sorteo previsto como etapa intermedia para la selección de los agentes incluidos en el agrupamiento ‘Técnico Administrativo’²⁰⁴, la misma fue confirmada por la CSJN en el ya examinado caso “Galíndez”.

²⁰¹ Expresiones vertidas por la Senadora del Partido Justicialista Sonia Escudero en la sesión del 8-5-2013. Recuperado de la versión taquigráfica de dicha sesión, págs. 112-113, disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/08-05-2013/07/downloadTac> (consultado el 26-01-2021)

²⁰² Recuperado el 10-3-2017, en: <http://www.cij.gov.ar/nota-11223-Carta-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-a-la-Camara-de-Diputados-de-la-Nacion.html>.

²⁰³ Ley 26861, art. 5º.

²⁰⁴ Véase: <https://www.mpf.gob.ar/ingreso-democratico/ingresos/> (consultado el 28-5-2023)

Como fuera antes estudiado, la aplicación del mecanismo de sorteo entre quienes hayan acreditado su idoneidad para una función, permite atribuir las mismas posibilidades de acceso a un determinado rango de personas sin adjudicar una preferencia exclusiva al que hubiese obtenido la mejor calificación.

Actualmente, y salvo supuestos excepcionales²⁰⁵, el sorteo previsto por la ley 26861 es llevado adelante por Lotería Nacional²⁰⁶.

Consideramos que este sistema sólo resulta aconsejable para aquellos cargos cuyo desempeño no requiera de altos conocimientos técnicos²⁰⁷.

Finalmente, es necesario que señalar que, a los fines de la aplicación de los cupos previstos por las leyes 22431 y 27636, se modificó el Reglamento de Ingreso Democrático al Ministerio Público Fiscal de la Nación a través de la Resolución de Procuración General de la Nación n° 70/22²⁰⁸.

En su parte pertinente, dicha norma reglamentaria dispuso lo siguiente en lo referente a la inscripción:

Si la persona que se postula estuviera comprendida en los términos de las Leyes 22431 y 27636, deberá informarlo en el formulario de inscripción. Esta información tendrá carácter reservado. En el caso de la Ley 22431 deberá incluirlas constancias que acrediten la índole de sus condiciones con el objetivo de allanar cualquier obstáculo que pudiera presentársele en el transcurso del concurso. En estos supuestos, y a fin de cumplir con el cupo previsto en el artículo 9 de la Ley 26861 y artículo 5 de la Ley 27636, y según las características de la vacante producida, el/la Procurador/a General podrá designar directamente a la persona incluida en la lista definitiva de inscriptos/as o de postulantes (artículo 18 del reglamento de ingreso democrático).

²⁰⁵ Véase: <https://www.mpf.gob.ar/ingreso-democratico/novedad/proximos-sorteos-para-cubrir-vacantes/> (consultado el 28-5-2023)

²⁰⁶ Véase: <https://www.mpf.gob.ar/ingreso-democratico/novedad/resultado-del-sorteo-para-cubrir-una-vacante-en-la-fiscalia-de-investigaciones-administrativas/> (consultado el 24-01-2021).

²⁰⁷ En el Poder Judicial de la Nación se aplica el mecanismo del sorteo para la selección de personal de maestranza, el cual sólo es complementado por una entrevista, sin realización de exámenes. Con todo, resulta superior de la modalidad empleada en la Justicia mendocina en la que aún no se realiza una convocatoria abierta para dicho contratar a dicho personal.

²⁰⁸ Dictada el 14-11-2022

En cuanto al perfil de los postulantes, se prevé que, al momento de producirse una vacante permanente o no permanente, el/la titular de la dependencia podrá proponer a la autoridad de aplicación el perfil del/de la postulante de acuerdo con las necesidades funcionales propias de la dependencia y conforme a las categorías preestablecidas según lo dispuesto en el artículo 2 h) en la disposición reglamentaria.

En lo atinente a los aspectos operativos del sorteo, se preceptúa lo siguiente:

La autoridad de aplicación enviará a sorteo la lista definitiva de postulantes que encuadren en el perfil requerido y determinará la cantidad de postulantes que serán desinsaculados/as —con un tope de diez (10) titulares y diez (10) suplentes— Dicho sorteo se efectuará con carácter público y ante actuario/a o escribano/a, en una sede de la Procuración General de la Nación. Junto con la nómina de personas sorteadas, se acompañará el listado de postulantes que hayan participado en el marco de lo previsto en las Leyes 22431 y 27636, así como el de quienes habiendo sido designados/as oportunamente para cubrir vacantes no permanentes —según el procedimiento establecido en este Reglamento— se encuentran a la fecha de la convocatoria específica sin cargo vigente en el Ministerio Público Fiscal, o viene ocupando un cargo no permanente cuando la convocatoria refiera a vacante efectiva.

Se contempla específicamente —entonces— a las personas comprendidas en disposiciones contenidas en la ley 27.636, señalando que pueden completar sus datos personales en el perfil de la plataforma de Ingreso Democrático del referido Ministerio Público.

Ello, a los fines de que, cuando se produzca una vacante en alguna de las fiscalías concursadas, las personas que hayan resultado aprobadas y que estén participando bajo lo dispuesto por la Ley 27.636 sean incluidas directamente en los listados enviados a las autoridades de las dependencias.

Se aclara que este procedimiento implica que no será necesario que dichas personas pasen la instancia de los sorteos de vacantes estipulados para los agrupamientos de Servicios Auxiliares y Técnico Administrativo (artículo 51 del reglamento de ingreso democrático).

b. Provincia de Mendoza

Además de las disposiciones del Estatuto del Empleado Público, en el Poder Judicial de la provincia de Mendoza resultan de aplicación las disposiciones de las leyes orgánicas de cada una de las tres unidades organizativas que lo conforman²⁰⁹.

A su vez, el proceso de selección de empleados se encuentra reglamentado por la Acordada de la Suprema Corte de Justicia n° 19072²¹⁰, la cual reformó tal procedimiento.

Dicho mecanismo de selección, inspirado en los mismos principios que la ley nacional n° 26861, permite refutar varias de las objeciones planteadas en el apartado anterior, dado que el mismo ha sido implementado desde hace más de quince años sin haber ocasionado los inconvenientes mencionados.

En lo que respecta a los cargos de confianza, se encuentra habilitada la designación de secretarios a propuesta del titular de la dependencia judicial respectiva. El candidato propuesto debe ser escogido entre aquellos agentes que reúnan los requisitos de antigüedad y titulación exigidos reglamentariamente²¹¹.

Asimismo, corresponde hacer referencia a la ley 9230²¹², referente a la eliminación de equiparaciones de funcionarios a magistrados, cuyo artículo 3 in fine establece que “en el caso de producirse vacantes o nuevas designaciones de secretarios relatores, las mismas serán cubiertas por concurso”.

En cuanto a las medidas de acción positiva en el ámbito del poder judicial mendocino, además del cupo previsto por la ley 5041 que alcanza a los tres poderes del Estado provincial, merece destacarse la normativa actualmente vigente para el ámbito del Ministerio Público Fiscal de Mendoza.

²⁰⁹ Nos referimos a leyes orgánicas de tribunales (ley n° 552-B.O.: 05-12-1910), del Ministerio Público Fiscal (ley n° 8911, 07-10-2016) y del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar (ley n° 8928, B.O.: el 23-11-2016).

²¹⁰ Acordada dictada en fecha 29-07-2005, cuyo texto puede consultarse en el siguiente enlace: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consultas/digesto/resultados_res.php (consultado el 24-01-2021).

²¹¹ Dicha designación se encuentra prevista en la Acordada n° 23072 del 24-11-2010.

²¹² B.O.: 17-07-2020.

En dicha unidad organizativa del Poder Judicial de nuestra provincia se dictó la Resolución de Procuración General N° 274/2021²¹³, la cual establece un cupo para de personas travestis, transexuales y transgénero.

El mencionado cupo, establecido en armonía con la ley provincial 8714²¹⁴, consiste en la reserva uno por ciento de las vacantes que se generen en la planta de personal del Ministerio Público Fiscal para ser ocupados por las personas mencionadas en el párrafo anterior, previa acreditación de la idoneidad de las mismas para el cargo de que se trate.

Finalmente, en abril del corriente año se dictó la Acordada de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza n° 31005²¹⁵, la cual actualiza el procedimiento regulado en la Acordada n° 19072.

En particular, dicha acordada reglamenta el procedimiento de ingreso de auxiliares administrativo que se encuentra actualmente en desarrollo²¹⁶, el cual contempla el uso de las tecnologías informáticas actualmente disponibles y se ocupa de regular tanto la difusión previa de la convocatoria, como la inscripción y la realización de los exámenes.

A su vez, contiene previsiones específicas sobre los cupos previstos por las leyes n° 27.636 y n° 5.041.

También resulta menester señalar lo dispuesto respecto a los exámenes para los destinatarios del cupo previsto para las personas con discapacidad, cuya modalidad y fecha se dispone que:

[...] serán establecidas por la Sala Administrativa luego de adecuados los sistemas conforme naturaleza de la discapacidad y el número de inscriptos, previa intervención de la Dirección de Atención a las Personas con Discapacidad, dependiente de la Provincia de Mendoza con la finalidad de garantizar condiciones de igualdad con los demás aspirantes, y lograr que los contenidos y el examen sean accesibles.

²¹³ Resolución dictada el 06 de julio de 2021, a cuyo texto puede accederse en el apéndice normativo del presente trabajo.

²¹⁴ B.O.: 20-11-2014. Mediante esta norma, la provincia de Mendoza adhirió a la ley nacional de identidad de género n° 26743

²¹⁵ Acordada dictada en fecha 04-04-2023 y cuyo texto se encuentra en el apéndice normativo del presente trabajo.

²¹⁶ Puede ampliarse la información relativa al procedimiento de concurso actualmente en curso en el siguiente enlace: <https://jusmendoza.gob.ar/concurso-2023/> (consultado el 04-09-23)

Resulta relevante destacar la gran convocatoria del referido llamado a concurso para auxiliares administrativos²¹⁷.

Por último, es importante mencionar que, a través del Acta de Comisión de Concurso N° 16, se convocó a Empleados y Funcionarios de la Suprema Corte de Justicia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza para participar como acreditador o veedor para la toma del segundo examen de conocimientos del concurso de ingreso de aspirantes 2023²¹⁸.

A través de dicha convocatoria, con la posibilidad de la fiscalización que pueden realizar los mencionados veedores, se fomenta la transparencia del procedimiento concursal.

²¹⁷ Al respecto, puede leerse el tratamiento que la prensa de la provincia de Mendoza brindó a dicho tema en los siguientes enlaces:

<https://www.universidad.com.ar/mas-de-50-mil-personas-se-inscribieron-para-ingresar-al-poder-judicial-de-mendoza> (consultado el 04-09-2023)

https://www.clarin.com/sociedad/record-aspirantes-poder-judicial-mendoza-anotaron-37-mil-pagan-130-mil_0_PlofevhZjH.html

²¹⁸ Puede accederse al formulario de inscripción de postulantes para participar como veedores en el siguiente enlace https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSfggUDHXJlrla4liYpQ-MokVVJM_IW4vC-B-6riU_e7mXPO6g/closedform (consultado el 09-09-2023).

XV. Panorama en el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar de la provincia de Mendoza

a) Normativa aplicable en su ámbito

De acuerdo con lo previsto por la ley 8928, el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar forma parte del Poder Judicial de Mendoza.

Asimismo, la referida ley estipula que dicho Ministerio es un organismo con independencia y autonomía funcional, que actúa sin sujeción a instrucciones o directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura.

En lo que refiriere a la designación del personal, el artículo 12 inc. 9 de la citada ley estipula que es atribución del/a Defensor/a General “Nombrar a los/las funcionarios/ as y personal administrativo del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, de conformidad a la legislación y reglamentación vigente.”

A su vez, de acuerdo a lo normado por los artículos 13 inc. 4 y 16 de la ley 8928, los defensores oficiales y los asesores de personas menores de edad están facultados para “Proponer al o a la Defensor/a General, la designación de funcionarios/as y empleados/ as respetando las normas de ingreso y escalafonaria para su designación en las vacantes o para los nuevos cargos que eventualmente se sucedan en el Ministerio Público de la Defensa y Pupilar”.

Dicha disposición es complementada por el artículo 21 que dispone que los secretarios son designados por el/la Defensor/a General a propuesta de los defensores oficiales y los asesores de personas menores de edad, teniendo en cuenta el régimen de designación y promoción del personal del Poder Judicial.

De tal modo, las referidas designaciones se rigen por lo dispuesto en el Reglamento del Poder Judicial y, careciendo actualmente el Ministerio Público de la Defensa de una normativa específica al respecto, por las Acordadas dictadas sobre el tema por la Suprema Corte de Justicia de la provincia.

Por tanto, resultan aplicables al Ministerio de la Defensa tanto las previsiones contenidas en el Estatuto del Empleado Público como en la ley de protección a las PCD nº 5041.

Teniendo en cuenta las referidas particularidades y que el autor del presente trabajo se desempeña en el Ministerio Público de la Defensa es que dedica este apartado al estudio de la normativa aplicable al mismo.

b) Composición actual de su planta de personal

A los fines de ilustrar la situación actual en la planta de auxiliares administrativos de este Ministerio, se incluyen los siguientes datos proporcionados por su oficina de recursos humanos.

01) Cantidad de personas que actualmente componen la planta de auxiliares de la Unidad Organizativa MPDyP (incluyendo clases escalafonarias 13, 12 y 11).	• 73 agentes (una de las cuales se encuentra con licencia gremial y otra adscripta a la órbita de la Suprema Corte de Justicia)
02) Cantidad de auxiliares –del universo de personas mencionadas en el punto anterior– mujeres y cantidad de auxiliares varones, así como de aquéllos que se hubiesen identificado como transgénero o de género no binario, en su caso.	• 49 Auxiliares mujeres (una de las cuales se encuentra con licencia gremial y otra adscripta a la órbita de la Suprema Corte de Justicia) • 24 Auxiliares varones.
03) Cantidad de auxiliares –del universo de personas mencionadas en el punto 01– que hayan informado presentar alguna condición de discapacidad, hubieren o no ingresado en virtud del cupo previsto por la ley 5041.	Ninguno ha informado
04)- Cantidad de auxiliares –del universo de personas mencionadas en el punto 01– que hayan ingresado al MPDyP en virtud del cupo previsto por la ley 5041.	Ninguno
05)- Cantidad de auxiliares –del universo de personas mencionadas en el punto 01– que hayan ingresado al MPDyP en virtud de la aplicación de algún	Ninguno

otro cupo, en caso de encontrarse reglamentado.	
---	--

Tabla nº 1: Información proporcionada por la Oficina de Recursos Humanos del Ministerio Público de la Defensa de Mendoza

A los fines de la correcta interpretación de la información precedente, es dable destacar que el Ministerio de la Defensa comenzó a desempeñar sus funciones con autonomía funcional en 2017 luego de la sanción de la ley 8928. Es decir que su estructura de personal proviene de una escisión de lo que fuera el Ministerio Público instituido en 2008 por la ley 8008.

Por tanto, su personal se encuentra compuesto mayoritariamente de agentes antes pertenecientes a las otras dos unidades del Poder Judicial (SJC y MPF).

c) Posibilidad de aplicar al ámbito del MPDyD el cupo previsto por la ley nacional 27636

Conforme surge de los datos aportados por el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, desarrollado entre el 16 de marzo y el 18 de mayo de 2022, el 0,0238844512 % de la población de la provincia de Mendoza optó por no identificarse como varón ni como mujer²¹⁹.

Por tanto, teniendo en cuenta la composición actual de la planta de personal del Ministerio Público de la Defensa, se advierte la importancia de contar con un mecanismo diferenciado de ingreso para las personas trans.

No obstante, como antes fuera señalado, en la provincia de Mendoza aún no se ha dictado una normativa que incorpore a su ámbito público un cupo de las características del consagrado por la ley 27636.

La ausencia de una ley provincial en la materia, entiendo que obstaculiza la implementación de un cupo para dichas personas en el ámbito de este Ministerio Público.

Ello resulta así, ya que, al tratarse de una excepción al principio estatuido por el artículo 30 de la Constitución de Mendoza, la institución de un cupo

²¹⁹ Información disponible en el siguiente enlace: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-41-165> (Recuperado el 27/08/2023)

destinado a las personas trans en nuestra provincia –y en MPDyP, en particular, si bien resulta deseable y viable, requiere de la sanción de una ley.

Dicha norma puede limitarse a adherir a lo dispuesto por la ley nacional 27636 o, bien, diseñar un cupo con características propias para su ámbito de aplicación.

Lo expuesto no invalida la posibilidad de que –hasta tanto dicha normativa vea la luz– distintos organismos provinciales avancen con la elaboración de registros dirigidos al relevamiento de datos y/o la implementación de programas de capacitación diferenciados para las personas integrantes del mencionado colectivo.

Esto último puede ser interpretado, en lenguaje de Sowell (2006), como un tipo de ‘discriminación positiva genérica’ ya que se dirige a facilitar la futura inserción laboral de ciertas personas vulnerables sin otorgarles una preferencia específica respecto del resto de los postulantes.

En cambio, la aplicación de un trato preferente en la selección del personal, como lo es la reserva de una determinada cantidad de puestos de trabajo para los integrantes del colectivo trans, requiere –para no merecer reparos sobre su constitucionalidad– de la sanción de ley por parte de la Legislatura provincial, es decir de una norma en sentido material y formal.

Este criterio también encuentra sustento –en lo que refiere al ámbito judicial provincial– en lo dispuesto por el artículo 144 inc. 10 de la Constitución de Mendoza que establece que la Corte local “hará todos los nombramientos de los empleados inferiores del Poder Judicial con arreglo a la ley”.

En el mismo sentido, el artículo 12 inc. 9 de la ley 8928 estipula que el/la Defensor/a General nombra a los funcionarios y empleados administrativos del Ministerio a su cargo, de conformidad a la legislación y reglamentación vigentes.

Es decir, que se requiere de una ley provincial que recepte el aludido cupo y, luego de ello, de las respectivas normas reglamentarias que se ocupen de los aspectos operativos de su implementación.

Este último ha sido el temperamento que se ha seguido en el caso del cupo destinado para las personas con discapacidad consagrado por la ley provincial 5041.

Lo mismo podría predicarse para el caso del Ministerio Público Fiscal, aunque el artículo 28 inc. 11 de la ley 8008²²⁰ le otorga una mayor de acción más amplio al Procurador General al permitirle dictar un reglamento propio para la designación de los agentes que se encuentra bajo su órbita.

²²⁰ B.O.: 27-2-2009, modificada por la ley 8911 (B.O.: 07-10-2016)

XVI. Algunas experiencias de aplicación de medidas de acción positiva en el derecho comparado

a) Estados Unidos de América

En este país, como se antes se señaló, es donde ha tenido su origen el término discriminación positiva.

Aquí las acciones afirmativas han estado direccionadas a compensar las desigualdades previas de minorías étnicas y raciales.

La aplicación de medidas, instrumentadas bajo la modalidad de cupos o cuotas, en favor de personas pertenecientes a la comunidad afroamericana tuvo lugar con posterioridad a la aparición del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960 y se empleó principalmente en el ámbito universitario (Sowell, 2006).

Sobre la validez de dichas medidas tuvo oportunidad de pronunciarse el máximo tribunal norteamericano, entre otros, en los casos “Bakke”²²¹, “Grutter v. Bollinger”²²² y “Fisher”²²³

En el primer caso, la Corte estadounidense invalidó un cupo en la facultad de medicina de la Universidad de California (Sowell, p. 186), ordenando la readmisión de un estudiante ‘blanco’ discriminado en su ingreso a dicha carrera en virtud de la aplicación de los referidos cupos (Yuste, 1978).

En el segundo caso, dicho tribunal falló en favor de la constitucionalidad de estas medidas, estableciendo que “el uso de la raza por parte del gobierno debe tener un fin lógico”, pero sin contener delimitaciones concretas sobre tal limitación (Sowell, p. 187).

Respecto a este fallo, por otro lado, se destacó que en el mismo se respaldó la constitucionalidad de emplear la variable racial como un factor más, entre otros múltiples factores, en los programas de admisiones de alumnos en la universidad (Hernández Beltrán, 2014).

En el tercer caso, se ratificó el precedente que reconoce que las universidades tienen un interés apremiante en garantizar la diversidad del

²²¹ “Regens of The University of California V. Bakke” (1978)

²²² “Grutter v. Bollinger” (2003)

²²³ “Fisher v. University of Texas at Austin” (2013)

alumnado, y pueden tomar en cuenta la raza de un individuo junto con otros varios factores en las decisiones de admisión, siempre y cuando el programa de admisión basado en la diversidad racial se adapte estrechamente a lograr este interés (Beltrán, 2014).

Respecto a las críticas que ha despertado la aplicación de estas políticas, las mismas fueron analizadas en el acápite número IV.

Recientemente, el máximo tribunal estadounidense ha dictados dos fallos en los que viene a revertir su doctrina anterior en materia de discriminación positiva en materia universitaria²²⁴.

En dicha ocasión, el presidente de la Corte Suprema, John Roberts, afirmó que “El alumno debe ser tratado en función de sus experiencias como individuo, no en función de su raza”²²⁵.

En voto minoritario, Sonia Sotomayor expresó que el fallo agrava la discriminación en una “sociedad endémicamente segregada en la que la raza siempre ha importado y sigue importando”, concluyendo dicha jueza que la decisión “subvierte la garantía constitucional de igual protección al afianzar aún más la desigualdad racial en la educación”²²⁶

Dichos pronunciamientos fueron cuestionados por afectar la igualdad de oportunidades de las minorías y reducir la diversidad en dicho ámbito académico; mientras que también fue festejado por considerar que fomentará la competitividad de aquel país.

²²⁴ Dichos casos fueron seguidos contra la Universidad de Carolina del Norte y de Harvard, este último se caratula “*STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE*” y fue decidido el 29-6-2023. Puede accederse a su texto completo en inglés en el siguiente enlace: <https://www.diariojudicial.com/news-95352-la-discriminacion-positiva-reprobo> (consultado el 28-8-2023)

²²⁵ Afirmación extraída de la siguiente publicación: <https://www.elmundo.es/internacional/2023/06/29/649d9e2efdddfc0838b45ca.html> (consultada el 30-08-2023).

²²⁶ Expresiones extraídas de la siguiente publicación: https://www.eldiarioar.com/mundo/corte-suprema-eeuu-pone-discriminacion-positiva-raza-universidades_1_10338600.html (consultada el 30-08-2023)

A semejanza de lo ocurrido en nuestro país, dichas reacciones fueron encarnadas por el presidente actual Joseph Biden²²⁷ y el ex mandatario Donald Trump²²⁸, respectivamente.

A su vez, esta decisión adoptada por la Corte estadounidense ha sido interpretada como el último ejemplo del giro conservador que ha experimentado dicho tribunal (Sotilla, 2023).

b) India, Nigeria, Sri Lanka y Malasia

En estos tres países las políticas de discriminación positiva han estado enfocadas en la promoción de ventajas para sectores de la población que, por diversas razones, han quedado desaventajados en la distribución de ciertos beneficios, entre los que destacan la atribución de cargos públicos y otras asignaciones socialmente valoradas (Sowell, 2006).

En suma, los criterios empleados en estos casos para la aplicación de políticas preferentes han hecho hincapié en motivos étnicos y de origen nacional o de distribución geográfica.

Estas medidas también han sido pasibles de críticas, fundamentalmente por las consecuencias a las que habrían dado lugar en cuanto a la generación o agudización de conflictos internos en el ámbito de los respectivos países en los que fueron aplicadas. Dicha cuestión fue objeto de análisis en el acápite número IV.

c) Colombia

Como otro ejemplo foráneo de acción positiva puede traerse a colación el caso de Colombia, país en el cual se reserva una porción de los cargos vacantes disponibles para aquellas personas que hayan nacido o habiten en los territorios

²²⁷ Entre las declaraciones de Biden, se destaca la siguiente: *"Aunque el talento, la creatividad y el trabajo duro están por todas partes en este país, la igualdad de oportunidades no está en todas partes en este país"*. Recuperado de: <https://es.euronews.com/2023/06/30/estados-unidos-biden-contra-el-supremo-por-poner-fin-a-la-discriminacion-positiva-universi> (consultado el 28-8-2023)

²²⁸ Puede destacarse la siguiente frase del ex presidente: *"Este es un gran día para Estados Unidos. Las personas con habilidades extraordinarias y todo lo demás necesario para el éxito, incluida la futura grandeza de nuestro país, finalmente están siendo recompensadas"*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/agencias/trump-y-los-republicanos-celebran-fallo-contra-la-discriminacion-positiva-en-eeuu-nid29062023/> (consultado el 28-8-2023)

que han sido más afectados por el conflicto armado que azotó a dicho país durante más de medio siglo²²⁹.

²²⁹ Véase: <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/01/15/entidades-del-estado-abren-mas-de-9800-vacantes-disponibles-a-traves-de-concursos-de-meritocracia/> Recuperado el 20-01-2021. En dicho artículo puede leerse lo siguiente: "[...] hay por lo menos 4.000 vacantes para personas que nacieron o han vivido en municipios cobijados por los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial, priorizados para el posconflicto".

XVI. Otras alternativas de medidas de acción positiva más allá de los cupos o cuotas de ingreso

Habiendo analizado la legislación que recepta los cupos o cuotas de ingreso al Estado para personas con discapacidad y personas transgénero, resulta oportuno preguntarnos si dichas medidas son las únicas alternativas de acciones afirmativas a las que puede acudir para hacer efectivo el principio de igualdad real de oportunidades.

A dicho interrogante, Ballestrero (2006) responde que las cuotas no son la única medida, sino sólo una de las posibles en el ámbito de los tratos preferenciales legitimados por el principio de igualdad sustantiva.

Por su parte, Sowell (2006, p. 181) alude a lo que él denomina «discriminación positiva genérica». Al respecto, señala que “La discriminación positiva puede incluir esfuerzos voluntarios, tanto en el trabajo como fuera del mismo, por parte de empresarios y otros, para orientar y formar a la gente para nuevas oportunidades laborales, acceso universitario y otras ventajas”.

Dicho autor se ocupa de aclarar que dichas medidas, contempladas en la Orden Ejecutiva nº 10.925 del presidente Kennedy, no implicaban la aplicación de cupos o preferencias de grupo. Al contrario, las mismas “fomentaban que los empresarios contrataran y ascendieran a los empleados sin tener en cuenta a qué grupo pertenecían”.

a. Nivelación previa a la realización de exámenes

En lo que se refiere al ingreso de auxiliares administrativos, a fin de lograr compatibilizar los valores del mérito y la igualdad de oportunidades, resulta aconsejable la puesta en marcha de programas de capacitación previa, a modo de nivelación, como etapa intermedia del concurso, y en forma previa a los exámenes eliminatorios.

Esta metodología ha sido aplicada en los concursos organizados por el Poder Ejecutivo de la provincia de Mendoza²³⁰ y por el Poder Judicial de la provincia de Neuquén²³¹.

Como señala Alain Renaut (2016, págs. 26-27), la igualdad formal, entendida como no-discriminación, constituye una condición necesaria pero no suficiente para lograr una igualdad real de oportunidades. Sin buscar una utópica igualdad de resultados, el mencionado filósofo francés sugiere adoptar una política que permita reparar los déficits estructurales e intergeneracionales en materia educativa, bajo la forma a la que denomina como “complementos de formación”.

Siguiendo su propuesta —enfocada al ámbito universitario—, consideramos que la misma sirve de fundamento para aplicar programas nivelatorios como los mencionados, los cuales contribuirían a achicar las brechas existentes en materia educacional, ampliando los horizontes de posibilidades de muchas personas con genuina vocación en ingresar a la función pública.

Ralws (1995, p. 104), por su parte, menciona que el valor de la educación no debería medirse sólo en términos de eficiencia económica y bienestar social, ya que es igual de importante el papel que la misma desempeña al capacitar a una persona para disfrutar la cultura de su sociedad y para tomar parte en sus asuntos.

Se ha destacado que este tipo de iniciativas facilitan la democratización del Poder Judicial al terminar con las “transferencias hereditarias” de acuerdo con las cuales quienes tenían alguna vinculación con el mundo judicial llegaban mejor preparados para rendir los exámenes de ingreso (Lorenzo).

²³⁰ En dichos concursos se desarrolló una nivelación luego de practicase una preselección entre quienes se inscribieron en forma on line. Las etapas del concurso pueden consultarse en el siguiente link: <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/5/2018/01/PASO-A-PASO-concursos.pdf>. Consultado el 30-03-2020.

Puede accederse a los contenidos del curso de nivelación en el presente enlace: http://www.ipap.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/52/2018/03/curso_nivelacion-1.pdf. Consultado el 30-03-2020.

²³¹ El poder judicial de dicha provincia ha implementado un sistema de ingreso con una etapa de capacitación previa a la evaluación, sobre el cual puede obtenerse información en el siguiente enlace: <http://www.jusneuquen.gov.ar/el-poder-judicial-abrio-por-primera-vez-un-concurso-para-ingresantes-unificado/>. Consultado el 30-03-2020.

Finalmente, entiendo que la Acordada de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza n° 31.005 se enrola parcialmente en este tipo de medidas al disponer la realización de una simulación de carácter optativo como etapa previa a los exámenes eliminatorios. Dicha simulación puede contribuir a facilitar que las personas con menor manejo de las herramientas informáticas puedan familiarizarse con las mismas antes de rendir el examen.

b. Publicidad adecuada y accesible de las convocatorias a concurso

Esta modalidad se encuentra prevista en la Acordada de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza n° 31.005, al disponer –para el caso de PCD– lo siguiente:

[...] cumplida la inscripción, a través de la Dirección de Atención a las Personas con Discapacidad de la Provincia de Mendoza, se va a proceder a adaptar difusión, contenidos y exámenes, para así lograr que los mismos sean accesibles, siendo notificados oportunamente de la modalidad y fecha de los exámenes.

Entiendo que dicha reglamentación implica una aplicación directa del principio de accesibilidad contenido en el artículo 9 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

c. Ajustes razonables en la realización de exámenes para personas con discapacidad

Sin perjuicio de la aplicación del cupo previsto por la ley provincial n° 5041, la Acordada mencionada en el apartado anterior hace aplicación de los ajustes razonables para la realización de los exámenes destinados a las personas con discapacidad, disponiendo que:

La modalidad y fecha de examen para las personas con discapacidad serán establecidas por la Sala Administrativa luego de adecuados los sistemas conforme naturaleza de la discapacidad y el número de inscripto, previa intervención de la Dirección de Atención a las Personas con Discapacidad, dependiente de la Provincia de Mendoza

con la finalidad de garantizar condiciones de igualdad con los demás aspirantes, y lograr que los contenidos y el examen sean accesibles.

Dicha previsión constituye una aplicación tanto del mentado principio de accesibilidad como de los ajustes razonables definidos en el artículo 2 de la citada Convención, según el cual:

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...].

XVII. Vinculación del tema con el arte

A fin de reforzar la argumentación propuesta desde instancias no jurídicas, se ha escogido hacerlo a través de la vinculación de la misma con el arte.

Las siguientes representaciones artísticas se rescatan por su nexo simbólico con la igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva.

a. Muralismo



Figura nº 1: "El Coraje de las Mariposas"²³²

Dicha obra da cuenta de la militancia del movimiento de personas travestis, transexuales y transgénero que precedió a la sanción de la ley 27636, conocida como Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para personas travestis, transexuales y transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins".

Dicho movimiento puede considerarse fuente material de la mencionada norma.

²³² Autora: Andrea Nogueira Pasut

Técnica: Latex s/muro 2021

Realizado en el 2° EMUSH / Ushuaia 2021.

Recuperado de: <https://www.revistaanfibia.com/cupo-laboral-travesti-trans-enorgullecer-la-politica/> (consultado el 27-05-2023)

b. Literatura

Elegimos la novela *“Rebelión en la granja”* de George Orwell (1945), en la que se hace una aguda crítica al totalitarismo, en especial al colectivismo stalinista. Por tal razón ha sido tradicionalmente leída como una fuerte proclama en defensa de las libertades y contra toda forma de opresión (Manrique, 2017).

Esta obra también representa una crítica de las desviaciones en las que puede derivar el llamado “igualitarismo radical”, con su promesa de igualdad de resultados contrastada con una realidad de mantenimiento de privilegios.

Proponemos rescatar esta fábula desde el ángulo de la búsqueda de una igualdad real de oportunidades, haciendo notar que la regla de que “todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”, puede ser visualizada como una clara representación de los vicios del nepotismo y el amiguismo en la elección de servidores públicos.

c. Ilustraciones



Figura nº 2²³³

²³³ Autor: Dadu Shin. 21 de agosto de 2016. Disponible en [NYTDisability](https://www.nytdisability.com/)

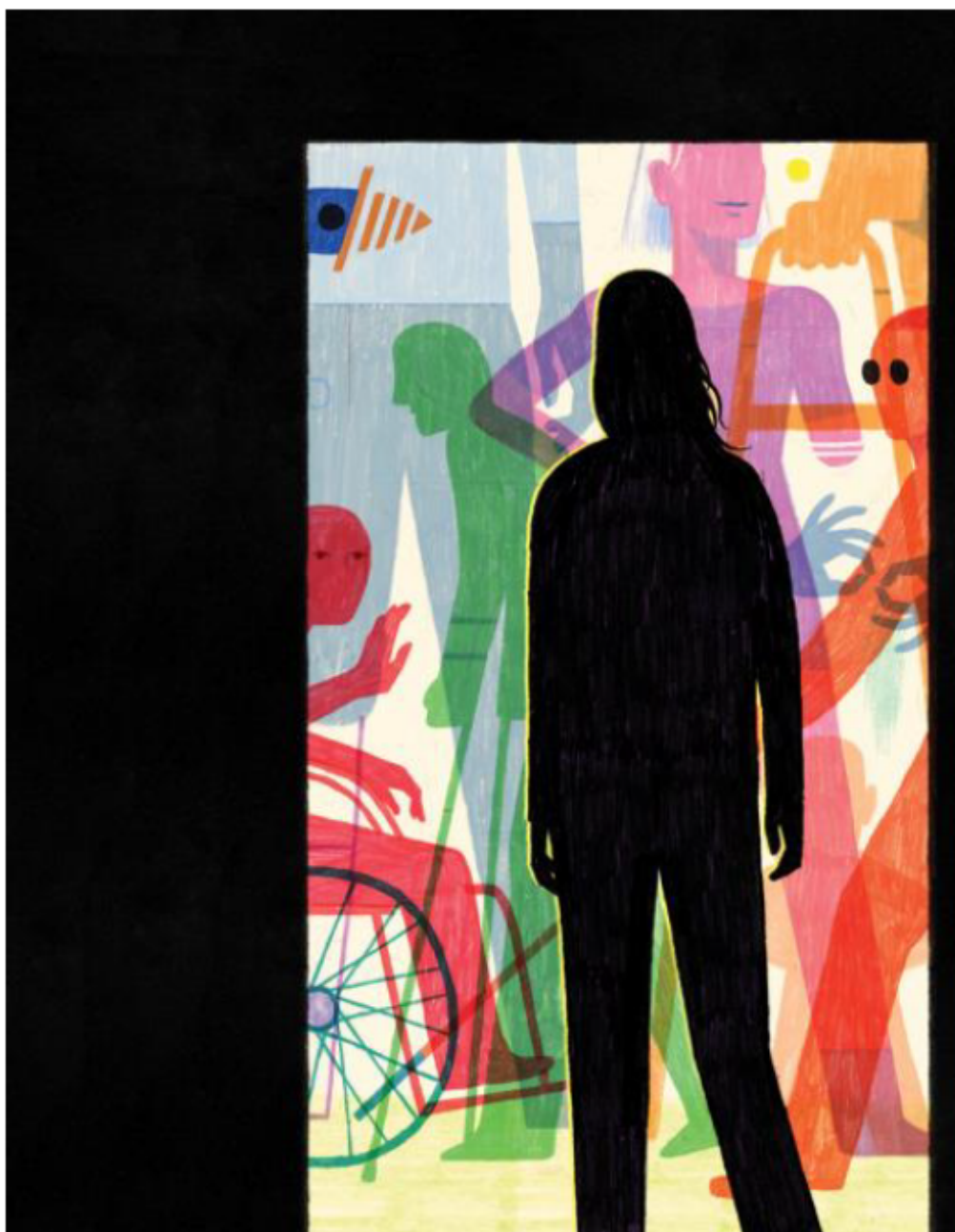


Figura nº 3²³⁴

Ambas ilustraciones pueden ser interpretadas como una representación de las múltiples facetas que puede presentar la discapacidad y, por ende, de la amplitud y flexibilidad de las medidas que deben adoptarse para remover las barreras sociales que obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos de las PCD.

²³⁴ Autor: Dadu Shin. 21 de agosto de 2016. Disponible en [NYTDisability](https://www.nytimes.com/2016/08/21/nyregion/disability-is-everywhere-becoming-aware-of-it.html). Ambas ilustraciones han sido recuperadas del siguiente enlace (consultado el 27-05-2023): <https://dadushin.tumblr.com/post/149288766551/disability-is-everywhere-becoming-aware-of-it>

A su vez, las mismas pueden vincularse con la construcción de la identidad de las PCD como pertenecientes a un mismo colectivo, con independencia del origen de su discapacidad.

Sobre ello, se ha trazado un paralelismo con lo que ocurre con los movimientos que reivindican los derechos de otros grupos de personas vulnerables, particularmente en los Estados Unidos. Entre ellos, se destacan los movimientos por los derechos de la comunidad LGBT²³⁵ y el conocido como 'Black Lives Matter'²³⁶ (Garland-Thomson, 2016).

Señala la autora citada que los movimientos por los derechos de las PCD han cobrado menor fuerza, encontrando el fundamento de ello en la dificultad de construir una identidad colectiva a partir de la discapacidad.

Expresa Garland-Thomson que tal dificultad puede vislumbrarse, incluso, en las controversias existentes en torno a la terminología con la que se identifica a las PCD.

Finalmente, destaca la importancia de que pueda generarse una consciencia alrededor de la discapacidad tanto por parte de las PCD como del resto de la comunidad. Al respecto, expresa con elocuencia que:

Convertirse en discapacitado requiere que aprendamos a vivir realmente como personas con discapacidad, no simplemente como discapacitados que intentan todo el tiempo no serlo. También demanda que quienes no se enfrentan a estos retos sean conscientes y cooperativos. Convertirse en alguien con discapacidad significa ir del aislamiento a la comunidad, de la ignorancia al conocimiento de quiénes somos, de la exclusión al acceso, y de la vergüenza al orgullo.

²³⁵ LGBT es la sigla compuesta por las iniciales de las palabras Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transexuales.

²³⁶ Dicha frase en inglés puede traducirse como "las vidas negras también importan". La misma tuvo su origen en 2013 y su mayor difusión luego de mayo de 2020 en que tuvo lugar el asesinato de George Floyd (Smith, 2020).

Entiendo que esta última perspectiva se emparenta con la necesaria participación de las PCD en el diseño e implementación de las políticas públicas destinadas a favorecer inclusión laboral.

CONCLUSIONES

Como primera conclusión, y realizando una interpretación sistémica de nuestro ordenamiento jurídico, podemos deducir que el concurso es el procedimiento al cual debe acudir a la hora de cubrir los cargos administrativos no políticos. Ello, salvo supuestos de excepción que justifiquen una designación directa, los cuales deberán estar expresamente previstos y ser interpretados restrictivamente.

Con ese mismo razonamiento, podemos afirmar -entonces- que la garantía constitucional de la idoneidad puede ser armonizada con el derecho a la igualdad de oportunidades.

Por su parte, la dicotomía entre mérito e igualdad de oportunidades, entendemos que no es tal y que ambos valores pueden compatibilizarse, acudiendo a la implementación de alguna de las alternativas sugeridas en este trabajo.

La finalidad de realizar un esfuerzo interpretativo para lograr tal armonización, no es meramente teórica, sino que reviste la mayor utilidad práctica tanto para las personas con vocación en participar de la administración de la cosa pública -en particular de la Justicia-, como para los destinatarios de sus servicios.

En efecto, todos ellos resultarán beneficiados con la implementación de sistemas abiertos de selección; unos al poder desarrollar dicha vocación y, el resto, al recibir mejores prestaciones de un Estado que contará con servidores mejor calificados.

Empero, no debemos ignorar que, en virtud de diversos factores de vulnerabilidad, la línea de partida en la carrera para acceder a tales cargos no es igual para todos los postulantes.

Tal situación impone la necesidad que los referidos sistemas meritocráticos sea complementados con la aplicación de medidas de acción positiva destinadas a los integrantes de grupos desaventajados.

Al respecto, resulta atinado recordar que no puede afirmarse que la distribución natural sea justa o injusta, como tampoco que lo sea que ciertas personas nazcan con determinada posición social, lo que sí puede considerarse

justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a tales hechos 'naturales' (Rawls, 1995, p. 104).

Considero, entonces, que las críticas que, con agudeza, formula Sowell pueden ser rebatidas –al menos parcialmente– con los argumentos vertidos en el fallo en el que se condena al Poder Judicial bonaerense a cumplir acabadamente con el cupo laboral destinado a las personas con discapacidad.

Es decir que, para refutar a quienes sostienen que los mecanismos de ingreso preferentes constituyen un desaliento al esfuerzo y al mérito, tales procedimientos deben permitir acreditar adecuadamente la idoneidad de los destinatarios de dichas políticas.

No se trata, pues, de favorecer discrecionalmente a miembros de grupos vulnerables con la concesión benefactora de un cargo público.

Todo lo contrario, es menester diseñar sistemas de ingresos a la función pública que contemplen las desventajas con las que dichas personas se encuentran y arbitrar los medios –ajustes razonables, en el caso de las PCD– para que las mismas puedan demostrar sus capacidades y brindar su aporte a la sociedad.

Sobre este último punto, es útil citar nuevamente a Rawls (1995, p. 89) quien expresa que las personas excluidas de acceder igualitariamente a este tipo de cargos estarían justificados en quejarse por verse privados de experimentar la autorrealización proveniente del ejercicio adecuado de tales deberes sociales.

Nos encontramos en tiempos en que se cuestiona la legitimidad de las intervenciones estatales frente a las asignaciones de la naturaleza y del mercado.

Frente a ello, resulta necesario diseñar mecanismos que favorezcan la competencia libre y transparente de todos los ciudadanos, pero sin descuidar la debida protección de aquéllos que –por razones que no pueden serles atribuidas– no cuentan con las herramientas adecuadas para participar de dicha competencia en condiciones de igualdad.

En definitiva, estamos hablando de la clásica tensión entre libertad e igualdad, dos valores básicos en todo estado de derecho, cuya conjugación

constituye uno de los mayores desafíos a los que debemos seguir enfrentándonos si aspiramos a formar parte de una sociedad más justa.

APÉNDICE NORMATIVO

ACORDADA de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA N° 31.005

Mendoza, 04 de abril de 2023

VISTO:

La necesidad de contar con una nómina de aspirantes aprobados que permita la cobertura de las vacantes de los cargos de nivel inicial del escalafón de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que se originen en los distintos tribunales, juzgados y demás dependencias administrativas y de apoyo del servicio de justicia, que responda a los requerimientos de la institución, y

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la Provincia de Mendoza en su artículo 30 establece que el ingreso a los empleos públicos de la Provincia, será sin otra condición, que la acreditación de “buena conducta y capacidad”.

Que, nuestra Suprema Corte tiene una larga trayectoria en materia de concurso de ingreso, la que debe ser reafirmada en esta instancia, toda vez que sin dudas, es el concurso abierto y público, en donde el ciudadano, interesado en ingresar a la carrera judicial, va a encontrar el mecanismo de garantía de igualdad necesaria que logre concretar la misma de la mejor manera posible.

Que, la Acordada n° 19.072 (29.07.2005) y sus modificatorias, establecen el procedimiento general vigente de selección de aspirantes para el ingreso de Personal Técnico y Administrativo de la Suprema Corte de Mendoza.

Que, en el marco actual, esta Suprema Corte se encuentra inmersa en un cambio de paradigma en la prestación del servicio de justicia, en el que mediante la incorporación a los procesos judiciales y administrativos, de nuevas herramientas informáticas y tecnológicas, ha llevado la litigación y forma de

resolución de conflictos a un nuevo modelo, en el que la gestión documental electrónica y la oralidad se encuentran en el centro de la misma.

Así, el perfil de las personas que ingresen y los equipos que conformen tendrán que adecuarse a las necesidades y expectativas del servicio de justicia, para asegurar una prestación enfocada en el ciudadano, que sea transparente, accesible y ágil.

Estas competencias requeridas se evaluarán a partir de los contenidos incluidos en el programa y material de estudio dispuesto, como así también en el examen psicolaboral, más allá de los propiamente jurídicos o legales.

Que, en esta línea, resulta oportuna la utilización de las herramientas informáticas a nuestra disposición, a fin de instrumentar el presente llamado, garantizando la seguridad en el examen, además de la transparencia y accesibilidad de contenidos, siendo pertinente por ello el uso de un sistema de inscripción y consulta del material *on line*, así como la evaluación mediante plataformas informáticas auditables y seguras.

En razón de ello, se ha dispuesto que las instancias de inscripción y evaluación sean llevadas a cabo mediante la modalidad *on line* a través del uso de la Plataforma *Moodle*; mediante el soporte informático brindado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, de conformidad y con los alcances dispuestos en el Acuerdo Específico suscripto mediante Acordada nº 30.988 (13.03.2023).

Que, tal plataforma resulta una herramienta efectiva y eficiente para aplicar en las distintas etapas del concurso por permitir administrar y gestionar, mediante la utilización de una infraestructura de *elastic cloud* (sistema de infraestructura elástica en la nube), la gran cantidad de usuarios cuya participación se espera.

Que, de igual manera, para garantizar el acceso al cargo público se van a disponer de las medidas necesarias a fin de cumplir con los cupos previstos en las Leyes nº 27.636 y nº 5.041. En el caso de esta última, cumplida la inscripción,

a través de la Dirección de Atención a las Personas con Discapacidad de la Provincia de Mendoza, se va a proceder a adaptar difusión, contenidos y exámenes, para así lograr que los mismos sean accesibles, siendo notificados oportunamente de la modalidad y fecha de los exámenes.

Que, asimismo, como garantía de transparencia del concurso y respeto del debido proceso adjetivo fijado por Ley nº 9003 (B.O. 19.9.2017), pero sin desatender los caracteres de agilidad, eficacia, eficiencia y pronta respuesta que debe primar en él; se considera adecuada la constitución de una Comisión de Concurso designada por la Sala Administrativa, conformada por una representación plural, que incluya representación gremial.

Que, el Orden de Mérito tendrá una vigencia de (1) año que podrá ser prorrogado un (1) año más por resolución de la Sala Administrativa.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 inc. 10) de la Constitución de Mendoza, Ley 9.423, y normativa vigente, esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza en pleno,

RESUELVE:

I. CONVOCAR a concurso de aspirantes para ingresar en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el cargo de Personal Técnico y Administrativo – Clase 13 – Oficial de Tercera; para la Primera, Segunda (San Rafael, General Alvear y Malargüe), Tercera y Cuarta Circunscripción Judicial.

II. DETERMINAR que el presente llamado a concurso se regirá bajo las condiciones establecidas en el Reglamento General que se aprueba como Anexo I de la presente.

Regístrese. Notifíquese. Comuníquese. Publíquese en el Boletín Oficial.

Fdo.: Dr. Dalmiro Garay Cueli-Presidente, Dr. Omar Palermo-Ministro, Dr. Julio Gómez-Ministro, Dra. Teresa Day-Ministro, Dr. Pedro Jorge Llorente-Ministro y Dr. Mario Daniel Adaro-Ministro.

Anexo I – Reglamento General

[...] Artículo 4º Procedimiento:

a. Convocatoria: Disponer que desde el 14 al 23 de abril de 2023, se encontrarán abiertas las inscripciones para cubrir las vacantes de Personal Técnico y Administrativo.

b. Difusión: La difusión de la apertura, de todo el procedimiento y cronograma de fechas del concurso, se realizará a través de medios de difusión local, publicación en el Portal Judicial, Redes Sociales Oficiales y SIJUM (Servicio de información judicial Mendoza).

c. Inscripción: Los aspirantes deberán completar un formulario de inscripción digital que se encontrará en el micrositio de la página *web* del Poder Judicial, el que tendrá carácter de **Declaración Jurada**.

Una vez completado el formulario y enviado, el aspirante recibirá una copia de la solicitud de inscripción al domicilio electrónico constituido (artículo 125, primera parte, Ley nº 9003), la que será la única constancia válida de inscripción.

Si la persona que se postula se encuentra comprendida en las disposiciones contenidas en la Ley nº 5.041 “Régimen de Protección para las Personas Discapacitadas” y Ley nº 27.636 “Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero”, deberá informarlo en el formulario de inscripción.

Para el caso de personas con discapacidad deberán acreditar la misma en su oportunidad mediante la registración del Certificado Único de Discapacidad

(CUD) completo y vigente al momento de la inscripción, emitido por un organismo oficial con competencia para ello.

Toda la información requerida a lo largo del procedimiento de concurso, tendrá carácter de reservado, y su tratamiento por parte de la administración estará sujeto a la legislación vigente en la materia.

[...]

d. Disponibilidad del material de estudio

El material de estudio estará disponible a partir del 21 de abril del corriente año, en la página web del Poder Judicial, en el micrositio dispuesto a tal fin en la misma, o en la Plataforma *Moodle* a la que se podrá acceder una vez que se haya inscripto y remitidos los datos de acceso.

El contenido temático de cada examen, se encontrará fijado en el Programa aprobado en el presente Reglamento, y que se agrega como Sección Primera del mismo, el que será publicado en el micrositio de la página *web* oficial.

[...]

f. Exámenes: La evaluación estará estructurada en tres instancias, con modalidad virtual.

La primera, que será de simulación, de carácter optativo y su resultado no será vinculante.

La segunda y tercera, serán los exámenes de conocimientos, de instancia obligatoria y reprobado alguno de ellos dejará al aspirante automáticamente eliminado del proceso.

[...]

La modalidad y fecha de examen para las personas con discapacidad serán establecidas por la Sala Administrativa luego de adecuados los sistemas conforme naturaleza de la discapacidad y el número de inscriptos, previa

intervención de la Dirección de Atención a las Personas con Discapacidad, dependiente de la Provincia de Mendoza con la finalidad de garantizar condiciones de igualdad con los demás aspirantes, y lograr que los contenidos y el examen sean accesibles.

1. Simulación

En la fecha que establezca la Sala Administrativa, se rendirá un examen virtual de simulación (*on-line*), secuencial, aleatorio e individual que comprenderá temáticas de cultura general que no requieren estudio previo, ni se dispone de material para la realización del mismo.

[...]

Este examen es de carácter optativo.

El objetivo de esta evaluación es que los aspirantes participen en un escenario real del examen, en cuanto a acceso, metodología, tipo de preguntas, y asegurarse que cumplen con los requerimientos técnicos del equipamiento informático en el que rendirán los exámenes de conocimiento. Dichos requisitos técnicos se encuentran detallados en el sitio *web* oficial del Concurso.

[...]

RESOLUCIÓN DE PROCURACIÓN GENERAL DE MENDOZA Nº 274/2021

Mendoza, 06 de julio de 2021.-

VISTO:

Lo dispuesto por artículos 1, 2, 5, 13, 23 y 28 de la ley 8008 y modificatorias; Ley nº 26.743, Decreto Nacional nº 720/2020, Ley Nº 8714, artículo 10 del Decreto-Ley 560/73 y

CONSIDERANDO:

Que el Ministerio Público Fiscal es un órgano con autonomía funcional, financiera y presupuestaria, que desarrolla sus funciones dentro del ámbito del Poder Judicial de Mendoza y tiene la facultad de dictar su propia normativa, a efectos de cumplir con los objetivos de eficiencia y eficacia y así procurar la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Que el Procurador General es la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal y ejerce la superintendencia con todas las potestades administrativas, reglamentarias y de contralor inherentes a la misma.

Que mediante la Ley nº 26.743 y sus Decretos Reglamentarios, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza mediante Ley 8714 se reconoció el derecho de toda persona a su identidad de género y a desarrollarse libremente.

Que mediante la Opinión Consultiva nº 24, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aseguró que “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación”.

Que esta Procuración General entiende que a pesar de los avances normativos, las personas Travestis, Transexuales y Transgénero, no tienen un efectivo goce del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como tampoco la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna.

Que, para lograr una efectiva inclusión, es necesario que la normativa interna sea interpretada considerando las características particulares que posee dicho colectivo. Una interpretación acorde con la normativa internacional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, evidencia la necesidad de que el Estatuto del Empleado Público deba aplicarse de manera que incluya la posibilidad de que las personas Travestis, Transexuales y Transgénero puedan acceder al Empleo Público y, por lo tanto, ejercer su derecho al trabajo.

Que el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas Travestis, Transexuales y Transgénero hace a la construcción de una sociedad más igualitaria, que promueve la autonomía integral de todas las personas sin establecer jerarquías ni distinción alguna por motivos de género, identidad y expresión u orientación sexual.

Que en concordancia con el Proyecto de “Ley de promoción del acceso al empleo formal para personas Travestis, Transexuales y Transgénero – Diana Sacayán – Lohana Berkins” que obtuvo el 10 de junio del corriente año media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, se estima oportuno garantizar en el Ministerio Público Fiscal un cupo no inferior al uno por ciento (1%) de la planta de personal para ser ocupado por personas Travestis, Transexuales y Transgénero, que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, en relación al ingreso que se produzca anualmente.

Que las personas Travestis, Transexuales y Transgénero atraviesan numerosas dificultades para concluir sus estudios primarios, secundarios o universitarios. Diferencia que debe ser reparada desde una actitud positiva del Estado, otorgando la posibilidad de que puedan ingresar a la función pública.

Que al fin de garantizar la igualdad de oportunidades entre aquellos y/o aquellas aspirantes que han alcanzado distintos niveles en el sistema educativo, es que para el ingreso al Ministerio Público Fiscal de personas Travestis, Transexuales y Transgénero se elaborará un registro de aspirantes, cuya incorporación al MPF se hará previa acreditación de idoneidad, según las necesidades de las distintas áreas y el perfil requerido para el puesto de trabajo vacante.

Por ello, y conforme a las facultades que emanan de las disposiciones legales arriba citadas,

EL PROCURADOR GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I.- DISPONER que las personas Travestis, Transexuales y Transgénero integren la Planta de Personal del MPF en un porcentaje no inferior al uno por ciento (1%), en relación al ingreso que se produzca anualmente y previa acreditación de la idoneidad para el cargo.

II.- DISPONER que a los fines de hacer efectiva la disposición precedente, se habilite en la página web del Ministerio Público Fiscal un registro Online de Aspirantes, a partir del 2 de agosto de 2021.

III.- DISPONER que todas las personas Travestis, Transexuales y Transgénero que quieran ingresar a la función pública, a los términos del artículo 10 del Estatuto del Empleado Público, deberán completar un formulario online de inscripción consignando: nombre autopercebido, identidad de género, número de DNI, antecedentes educativos y laborales, aptitudes y preferencias laborales, Circunscripción Judicial en la que desee prestar funciones y teléfono de contacto.

IV.- DISPONER que, al momento del ingreso al Ministerio Público Fiscal, el/la aspirante deberá completar un ciclo de capacitación para el empleo y formación laboral que estará a cargo de la Dirección de Perfeccionamiento y Modernización del MPF.

V.- ENCOMENDAR a la Dirección de Informática del MPF que arbitre los medios necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en el resolutivo segundo, adoptando medidas técnicas que garanticen la seguridad y confidencialidad de los datos personales.

VI.- ENCOMENDAR a la Dirección de Enlace Institucional que brinde amplia colaboración a la Dirección de Perfeccionamiento y Modernización para poder diagramar y efectivizar el ciclo de capacitación antes referido.

VII.-ENCOMENDAR al Área Psicolaboral la elaboración y puesta en funcionamiento de un programa que prevea mecanismos de acompañamiento para la permanencia en el empleo de aquellas personas Travestis, Transexuales y Transgénero que ingresen a este Ministerio Público Fiscal.

VIII.- DISPONER que la Oficina de Recursos Humanos realice un relevamiento sobre el porcentaje aquí determinado, precisando vacantes existentes para el puesto o cargo que deba cubrirse.

IX.- SOLICITAR al Poder Ejecutivo de la Provincia la habilitación de partidas presupuestarias, de los cargos necesarios para el logro de los fines propuestos en la presente resolución.

X.- NOTIFICAR a la Suprema Corte de Justicia, al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, a Contaduría General de la Provincia y a todas las dependencias del Ministerio Público Fiscal involucradas.

NOTIFÍQUESE, ARCHÍVESE. -

FDO.: Dr. Alejandro L. A. Gullé-PROCURADOR GENERAL.-

Bibliografía

- Alonso, M. Á. V. (2004). De la segregación a la inclusión escolar. *Revista Virtual*, 1-9. Recuperado de: <https://www.down21.org/revista-virtual/1578-revista-virtual-2004/revista-virtual-febrero-2004/2131-de-la-segregacion-a-la-inclusion-escolar.html> (consultado el 30-08-2023)
- Alonso Regueira, E. M. (2017). Kek o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular. *Revista del Régimen de la Administración Pública*(460), 99-107.
- Aravena, W. M. (2008). Cuando el mérito acentúa la desigualdad. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 6(9), 247-261. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/960/96060910.pdf>
- Bonato, M. (06 de Febrero de 2017). Sobre la necesidad de concurso público de antecedentes y oposición. RDA.
- Boulin, I. (3 de Junio de 2017). Un paso atrás en el ingreso a la carrera administrativa. *Los Andes*. Recuperado el 27 de Enero de 2021, de https://suscripciones.losandes.com.ar/?limit=true&continue=https://www.losandes.com.ar/article/un-paso-atras-en-el-ingreso-a-la-carrera-administrativa-publica/?fbclid=IwAR0m9okHKurdfbFH4B3CINyoUk-o9a_zYVW97hJWeoAM_B1GLK868-g2Pjk
- Boulin, I. (25 de Junio de 2020). En el estado, concursos para todos. *La Nación*. Recuperado el 27 de Enero de 2021, de <https://www.lanacion.com.ar/opinion/en-estado-concursos-todos-nid2385492>
- Buteler, A. (2012). Los medios de selección de empleados públicos. *Revista de Derecho Público*, 2012-1(Empleo público-I), 143-169.
- Buteler, A. (2017). Concurso público. Acceso a cátedras universitarias y a la magistratura federal (Primera ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

- Carlucci, A. K. (2001). Las acciones positivas. *Jueces para la democracia*(41), 49-69. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174857.pdf>
- Carocci, S. (2006). *El nepotismo en la Edad Media. Papas, cardenales y familias nobles*. Publicacions de la Universitat de Valencia - Editorial Universidad de Granada .
- Castells Iniesta, M. (s.f.). <https://www.uv.es/>. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de Universitat de Valencia: <https://www.uv.es/mahiques/ENCICLOPEDIA/TIZIANO/PauloIII.pdf>
- Catalá, J. P. (2002). Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional. *DAAPGE: Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, nº 2, 1-22. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3991482.pdf>
- Chauca, C. E. (2014). *Efectos jurídicos del nepotismo en la administración pública municipal*. Tesis de licenciatura. Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2620>
- Caldani, M. Á. C. (2016). Neoconstitucionalismo, finalidades, principios, valores y trialismo. *La justicia uruguaya: revista juridica*, 153(153), 22.
- Cordero Nieves, Y. (2010). Un sistema de mérito para el siglo XXI. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*(48), 89-114. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533680004.pdf>
- Cremades, R. G. (2008). *La imparcialidad en la función pública*. Madrid: Editorial Reus. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de https://www.editorialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429015119_laiparcialidadenlafuncionpublica.pdf
- Crovi, L. D. (2014). *El nuevo régimen legal de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado el 05 de Mayo de 2020, de http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Crovi_Elnuevoregimenlegaldelaspersonas_juridicasenelccyc.pdf

- Cuddy, A. (28 de Abril de 2019). La ENA, la famosa escuela de la élite francesa donde se educan los presidentes de la República. BBC News. Recuperado el 27 de Enero de 2021, de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48004707>
- Díez Domínguez, P. (2009). Cambalache, un tango inmortal. marcoELE. Revista de Didáctica Español Lengua Extranjera, 9, 1-8. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/921/92152528021.pdf>
- Dreyfus, F. (2012). La invención de la burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos. Siglos XVIII-XX. Buenos Aires: Biblos.
- Edwards, E. (13 de Octubre de 2020). La meritocracia de Alberto. ON24. Recuperado el 27 de Enero de 2021, de <https://www.on24.com.ar/politica-secciones/la-meritocracia-de-alberto/>
- Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Ius et veritas, 8(15), 63-72. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15730/16166>
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Ius et veritas, 63-72. Recuperado el 24 de Enero de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15730/16166>
- Esquivada, G. (17 de Septiembre de 2020). Qué hay detrás de “la meritocracia”, el concepto que obsesiona al presidente Fernández. infobae. Recuperado el 21 de Enero de 2021, de <https://www.infobae.com/sociedad/2020/09/17/que-hay-detras-de-la-meritocracia-el-concepto-que-obsesiona-al-presidente-fernandez/>
- Estrella, O. A., & Godoy Lemos, R. (2007). Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular (2ª ed., Vol. 3). Buenos Aires: Hammurabi.
- Farrando, I., Pérez Hualde, A., & Ábalos, M. G. (2000). Contratos administrativos en particular. En I. Farrando, & P. Martínez, Manual de Derecho Administrativo (1ª ed., pág. 353). Buenos Aires: Depalma.

- Ferrer, J. d. (1983). La función pública superior en Estados Unidos. Recuperado el 25 de Enero de 2021, de <https://eprints.ucm.es/53247/1/530986933X.pdf>
- García Costa, F. M. (2007). Formas históricas y actuales de nombramiento de autoridades públicas. En J. Vilar, A. Peñafiel, & A. Irigoyen L., Historia y sociabilidad: homenaje a la profesora María del Carmen Melendreras Gimeno (págs. 109-128). Editum. Ediciones de la Universidad de Murcia.
- Giacomi, I. R. (2012). El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes. *Derechos Humanos*, I(1), 101-115.
- Giuffré, C. I. (2015). El ministerio público en la república Argentina. . Recuperado el 03 de Abril de 2020, de Pensamiento penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42311.pdf>
- Kreimer, R. (2000). Historia del mérito. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de http://filosofiaparalavida.com.ar/Historia_del_merito_libro.pdf
- Lorenzo, L. (s.f.). Democratización de la justicia: nuevas formas de ingreso al Poder Judicial.
- Manrique, J. L. (2017). Rebelión en la Granja:¿ metáfora o paradigma? Inmanencia. *Revista del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) Eva Perón*, 5(1). Recuperado el 21 de Enero de 2021, de <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/10827/9651>
- Martínez Legorreta, O. (2005). El servicio civil en la China imperial. *Economía, Sociedad y Territorio*, V(18), 411-453.
- Midón, M. (1983). Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo público. *LA LEY* .
- Muñoz, R. (. (15 de Septiembre de 2007). Control de convencionalidad por la administración pública. *LA LEY*. doi:AR/DOC/2376/2017
- Ortiz Ibarra, Y. A. (Junio de 2009). Corrupción política y nepotismo. Salamanca, España. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/122148/TFM_OrtizIbarra_Corrupcion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Osorio, M. (2001). Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales (1ª ed., Vol. 1). Ciudad de Guatemala. Recuperado el 26 de Enero de 2021
- Perczyk, J. (2 de Diciembre de 2020). La meritocracia: una trampa para justificar y reproducir desigualdades. ámbito. Recuperado el 26 de Enero de 2021, de <https://www.ambito.com/opiniones/meritocracia/la-una-trampa-justificar-y-reproducir-desigualdades-n5152492>
- Puerto, J. P. (2006). Igualdad y mérito, equilibrando la balanza para lograr una función pública avanzada. Revista Derecho del Estado, n° 19, 23-38. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630228002.pdf>
- Ralws, J. (2018). Teoría de la justicia. México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Renaut, A. (2016). Igualdad y discriminaciones: un ensayo de filosofía política aplicada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Prometeo Libros.
- Rivera, J. C., & Covi, L. D. (2016). Derecho Civil. Parte General (Buenos Aires ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rubini, H. (10 de Diciembre de 2020). Meritocracia y educación: dos malas palabras en 2020. El Economista. Recuperado el 27 de Enero de 2021, de <https://eleconomista.com.ar/2020-12-meritocracia-y-educacion-dos-malas-palabras-en-2020/>
- Saba, R. (12 de Noviembre de 2019). Desigualdad estructural y acciones afirmativas en la Reforma Constitucional de 1994. LA LEY. doi:AR/DOC/3776/2019
- Saba, R. (2019). Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Sagües, N. (1980). Sobre la reglamentación del principio constitucional de idoneidad. LA LEY.
- Schreginger, M. J. (2019). La idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exhibición. Derechos en acción, 210-245. Recuperado el 07 de Diciembre de 2020, de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8728/7570>

- Szlechter, D. V.-D. (15 de Noviembre de 2018). Representaciones de la meritocracia en la prensa escrita argentina a partir de la asunción de Macri. *Psicoperspectivas*, 17(3). Recuperado el 26 de Enero de 2021, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242018000300028&script=sci_arttext
- Zaffaroni, R. E. (1992). Dimensión política de un Poder Judicial democrático. *E.D.*, 149-853.
- Zannoni, E. A., Belluscio, A. C., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado (Vol. 13). Buenos Aires: Astrea.