



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

**GALINDEZ, NICOLÁS EMANUEL c/
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN s/
AMPARO LEY 16.986”
-EXPTE. N° FSA 2445/2016/CA1-
-JUZGADO FEDERAL DE JUJUY 2-**

///ta, 30 de noviembre de 2016.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 161/167.

CONSIDERANDO:

I. Que vienen las presentes actuaciones a raíz del recurso de apelación deducido por la parte actora en contra de la sentencia de fecha 24/06/2016 (fs. 154/160) por la que el juez de primera instancia desestimó la acción de amparo planteada por Nicolás Emanuel Galíndez en contra del Ministerio Público Fiscal de la Nación, y lo intimó al actor a que dentro del término de cinco (5) días de notificado realice el depósito del importe de la tasa de justicia –art. 13 inc. b) de la ley 23.898– bajo apercibimiento de lo que dispone el art. 11 de la citada norma. Impuso las costas por el orden causado.

II. De los Antecedentes

Que las presentes actuaciones se originaron en virtud de una acción de amparo iniciada en fecha 23/02/2016 por el señor Nicolás Emanuel Galíndez a fin de que se declare la inconstitucionalidad del sistema de sorteos





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

previsto en los arts. 19, 20, 24 y 26 de la Ley de Ingreso Democrático 26.861 para la categoría “técnico-administrativo” y en los arts. 51, 52 y 53 del Reglamento de la Procuraduría General de la Nación (PGN) N° 507/2014 y, por consiguiente, se establezca que el accionante tiene derecho a una entrevista con el titular de la Fiscalía General de Jujuy, así como con el titular de la Unidad de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal con asiento en Jujuy, con fundamento en el orden de mérito del Concurso N° 62, en el que obtuvo el primer puesto.

Relató que el citado concurso fue convocado para cubrir las vacantes producidas y a producirse en el plazo de dos años en el escalafón técnico-administrativo para la sede Salta, subsede Jujuy del Ministerio Público Fiscal de la Nación, y que en fecha 8/09/2015 el Tribunal Evaluador, integrado por tres fiscales, estableció que el actor obtuvo el primer puesto en el orden de mérito con un puntaje de 99,6.

Añadió que hasta aquí el proceso fue razonable, pero posteriormente, a raíz de los artículos que solicita se declaren inconstitucionales, se realizó una nueva lista de mérito, de acuerdo con las necesidades propias de la dependencia hasta un máximo de cien postulantes, para ingresar luego a sorteo de la Lotería Nacional, del que sólo resultaron beneficiados diez (10) aspirantes, los que tuvieron derecho a una entrevista con el titular de la unidad fiscal, excluyendo sin lógica alguna al actor, quien había obtenido la mejor calificación del examen.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Sostuvo que de esa forma se altera el orden de mérito original basado en la idoneidad, por lo que irrazonablemente un postulante que está en el puesto número cien puede salir sorteado, alterar dicha lista y pasar a estar dentro de las diez personas con derecho a la entrevista, en desmedro de quien obtuvo el primer lugar, tal como aconteció en el caso.

Seguidamente, enfatizó que este procedimiento resulta violatorio del art. 16 de la Constitución Nacional que establece que los habitantes de la Nación Argentina “son (...) admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad”, como así también del artículo 7.1.a) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el que al referirse al ingreso a la función pública sostiene que deben utilizarse criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud para la selección de los empleados.

A fs. 119/136 el representante del Ministerio Público Fiscal dio cumplimiento con el informe del art. 8 de la ley 16.986 solicitando se declare abstracta la cuestión en razón de que los cargos ya habían sido cubiertos mediante resoluciones PER 737/16 y 979/16 de fecha 30/03/2016 y 20/04/2016, respectivamente y, subsidiariamente; se rechace la acción por inadmisibile e improcedente.

III. De la sentencia de grado

Que a fs. 154/160 obra la sentencia de primera instancia por la que se desestimó la acción de amparo por no advertirse la arbitrariedad e ilegalidad denunciada por la parte actora de la ley 26.861 y su reglamentación.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Sobre el punto consideró que no es irrazonable el mecanismo de selección que contempla la normativa cuestionada en su constitucionalidad para ocupar un cargo técnico administrativo en el Ministerio Público de la Nación, atento que para ello se tiene que obtener un puntaje mínimo exigido por ley y luego un sorteo por Lotería Nacional –entre los que alcanzaron tal mérito–, en donde son elegidas diez personas con derecho a entrevista para que finalmente el titular de la unidad requirente seleccione a su criterio el aspirante para cubrir la vacante. Destacó que en el caso los postulantes seleccionados por sorteo de la Lotería Nacional demostraron el requisito de idoneidad, puesto que todos obtuvieron un puntaje superior a los 60 puntos en el aludido examen.

Bajo tal marco, sostuvo que dejar librado a la suerte la elección de personas que aspiren ocupar un cargo de baja jerarquía, como en el presente, siempre y cuando hayan conseguido un puntaje mínimo requerido por la ley, verificándose así la idoneidad exigida, no parece afectar la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, cumpliéndose de esa forma con el objeto de la ley que es regular un ingreso democrático e igualitario, conforme las condiciones fijadas por el legislador.

Añadió que el amparo es improcedente para discutir un tema como el del caso, por cuanto requiere de mayor amplitud de debate y prueba, y en particular, por tratarse de un acto emanado de autoridad pública que goza de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Así concluyó que el planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.861 y su resolución reglamentaria PGN N° 507/14 debía ser desestimado, atento a que no se advierte la ilegalidad, arbitrariedad e irrazonabilidad de la normativa y, máxime porque la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada como último ratio del orden jurídico.

IV. De los agravios

1) Que a fs. 161/167 la parte actora fundó su recurso solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Recordó los antecedentes del caso y puso de relieve que a diferencia del procedimiento para selección del cargo técnico-administrativo, en el escalafón técnico-jurídico se establece un sistema de concurso mediante examen, siendo que los primeros veinte postulantes en el orden de mérito tendrán derecho a una entrevista con el titular Fiscal, eliminándose el irrazonable sistema de la Lotería Nacional.

Se agravió en relación al argumento del magistrado respecto de que el sorteo no resulta irrazonable ni tampoco afecta la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional por cuanto quienes ingresan a este medio de selección han cumplido con el requisito de idoneidad.

Alegó que no logra relacionar el criterio de idoneidad exigido para el ingreso a un cargo público con el azar que surge del sorteo de la Lotería Nacional, alterando de esa manera y en forma arbitraria el orden de mérito en base a un examen que fue llevado a cabo en condiciones de igualdad.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Seguidamente, añadió que de esa lista de mérito se pueden vislumbrar las capacidades que una persona tiene, en mayor o en menor medida y que la hace más o menos apta para un cargo; y tal criterio de idoneidad debe estar planteado dentro de pautas objetivas, ajenas a toda arbitrariedad como lo es el mecanismo del sorteo.

Por ello, resaltó que el azar de la Lotería Nacional que altera arbitrariamente ese principio de idoneidad transgrede el test de razonabilidad establecido en los artículos 28 y 31 de la Ley Suprema.

Y en virtud de ello se agravia el señor Galíndez porque el juez desestimó el planteo de inconstitucionalidad, manifestando que al ser clara la violación al principio establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional implica suficiente gravedad como para que sea admisible esa declaración de última ratio.

Finalmente, adujo que el amparo es la vía apta para el presente caso, en razón de su rapidez y eficacia para salvaguardar un derecho fundamental, lo que surge palmario de las constancias de la causa ya que los hechos fueron más rápidos que las decisiones que a través de un procedimiento judicial se pueden tomar. Al respecto, señala que se cubrieron las primeras dos vacantes para las que se había llamado a concurso, no obstante lo cual habrán futuros puestos ya que la vigencia es por el plazo de dos años.

2) Que a fs. 172/178 el Ministerio Público Fiscal contestó el respectivo traslado, propiciando la confirmación del fallo, con costas.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Resaltó que el sorteo por Lotería Nacional no afecta los criterios de idoneidad y capacidad y tampoco da lugar al uso de la discrecionalidad de la autoridad, en razón de que sólo se encuentran habilitados para ingresar al sorteo aquellos postulantes que acreditaron su respectiva aptitud en el examen previo. Citó como ejemplo lo acontecido en el propio concurso N° 62 en el que participó el actor, en el que las diez personas que fueron seleccionadas para la entrevista con el titular de la dependencia obtuvieron como nota final mínima 75 y 71,4 para las vacantes en el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal de Jujuy y en la Oficina de Derechos Humanos, respectivamente.

Alegó que es suficientemente razonable el procedimiento para el concurso del agrupamiento técnico-administrativo –personal de escalafón que realiza tareas administrativas y de apoyo técnico y/o jurídico en las dependencias del Ministerio Público Fiscal–; y que el mismo contemple un sorteo, lo que dota de igualdad al sistema y permite equilibrar la gran cantidad de postulantes que integran la lista definitiva de dicho concurso.

Añadió que es totalmente diferente la situación de la categoría técnico-jurídico, cuyos funcionarios realizan labores específicas de contenido y por ello la evaluación consta de dos etapas sucesivas y eliminatorias, antecedentes y un examen de tenor jurídico. Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, enfatizando que la idoneidad no es una cualidad abstracta sino concreta que debe ser juzgada con relación a la función requerida.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

V. Del Dictamen del Ministerio Público Fiscal

Que a fs. 185 se le corrió vista al Fiscal General en los términos de los arts. 37 inc. c) y 39 de la ley 24.946, quien a fs. 186/193 propició la confirmación de la sentencia y, en consecuencia, el rechazo del recurso de apelación interpuesto.

A fs. 196/vta. el accionante solicitó el desglose del citado dictamen en tanto el Ministerio Público es parte del proceso por lo que el Fiscal General ante la Cámara debería haber optado por el criterio de abstención, tal como lo hizo el Fiscal de la instancia anterior a fs. 85/vta.

Sobre este planteo se le corrió vista al Fiscal General, quien en fecha 24/08/2016 (fs. 198/vta.) precisó que no le asiste razón al recurrente, en tanto el Ministerio Público puede ser parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera, teniendo sus facultades en la acción de amparo igual alcance que el previsto en la Ley de Habeas Corpus N° 23.098.

VI. Decisión de esta Alzada

Los Dres. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Ernesto Solá dijeron:

1.- Que, ante todo corresponde hacer lugar al pedido de desglose del dictamen de fs. 186/193, en razón de que el Ministerio Público Fiscal de la Nación es parte demandada en el proceso, y no obstante lo dispuesto en los arts.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

37 inc. c) y 39 de la ley 24.946 que habilita la intervención de los fiscales de segunda instancia en los procesos de amparo para expedirse sobre la procedencia de la vía y la competencia, en el caso, el Fiscal General Subrogante ante esta Cámara fue más allá de lo facultado y dictaminó sobre el fondo del asunto. Y, si bien su intervención en la causa no es decisiva, en tanto aconseja y no decide, cualquier duda sobre su imparcialidad habilita el control jurisdiccional.

Bajo tal escenario, resulta procedente hacer lugar al desglose solicitado por el amparista por carecer de imparcialidad la actuación del Fiscal General Subrogante ante esta Cámara.

2.- Que sentado lo anterior, corresponde examinar si la vía del amparo resulta procedente para resolver la cuestión traída a análisis.

Para ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 43 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional al amparo, caracterizándolo como una acción expedita y rápida, deducida frente a acciones u omisiones de autoridades públicas o de particulares que agraven derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes. Sólo procede en caso de no existir otro medio judicial más idóneo y cuando la violación del derecho se haya realizado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Así las cosas, resáltese que el art. 25 de la ley 26.861 y el art. 37 de la resolución PGN N° 507/14 sólo habilitan la vía de impugnación frente al





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

dictamen del tribunal evaluador, órgano éste que emite el orden de mérito de los postulantes en virtud de las calificaciones obtenidas en el examen. Sin embargo, la normativa en cuestión no prevé mecanismo de oposición en las restantes instancias del concurso hasta alcanzar el derecho a la entrevista con el titular de la dependencia.

Pues bien, en relación al tema, repárese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: "San Luis, Provincia de c/Estado Nacional s/Amparo", sent. del 5/03/2003 (Fallos: 326:417), dijo: "...Que si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos: 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208, entre otros), a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos: 323:2519, considerando 5º)".

Por lo demás, constituye un criterio formalista que atenta contra la efectiva protección de los derechos que el amparo busca asegurar, la afirmación del sentenciante de que se requiere mayor debate y prueba, sin indicar en forma concreta cuáles son los elementos probatorios que no se pudieron utilizar, ni su incidencia para la resolución del caso (Fallos: 327:2955 y 329:899), por lo que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

este Tribunal estima que la documentación acompañada en el expediente es suficiente para dilucidar el pleito, más aún, cuando el asunto no gira sobre cuestiones de hecho y prueba, sino sobre aspectos estrictamente jurídicos.

Por todo lo dicho, cabe desestimar la improcedencia formal de la vía sostenida en la sentencia en recurso.

3.- Que corresponde ingresar en el análisis sustancial del planteo articulado, por el que se objeta la constitucionalidad del procedimiento de sorteo por Lotería Nacional luego de publicado el orden de mérito de los postulantes para el cargo técnico-administrativo del Ministerio Público Fiscal, del que hasta un máximo de cien aspirantes pueden participar y las diez (10) personas sorteadas entre esos cien adquieren derecho a la entrevista con el titular de la dependencia, como paso previo e ineludible para una eventual designación. En concreto, el actor impugna el concurso N° 62, el cual, como se dijo, fue realizado a fin de cubrir las vacantes producidas y a producirse en el plazo de dos años en el escalafón técnico-administrativo para la sede Salta, subsede Jujuy del Ministerio Público Fiscal de la Nación por las razones brindadas en el capítulo II de esta resolución.

4.- Que de lo expuesto se infiere que se está frente a un proceso iniciado para acceder a un empleo público, lo que implica una relación laboral entre una persona en su carácter de empleado y el Estado Nacional en su rol de empleador. Por lo que, a diferencia del sector privado donde juega la discrecionalidad y podría decirse también la exclusiva conveniencia del empleador para la selección de sus trabajadores, el art. 16 de la Constitución





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

Nacional exige como único requisito para el acceso al cargo público la condición de la idoneidad, que ha sido entendida como la capacidad, cualidad o aptitud de una persona para cumplir cierto trabajo, siendo la única condición exigida para el acceso a la función pública. Este temperamento engarza con el fundamento del sistema republicano, lo que supone excluir toda forma de favoritismo político o de nepotismo. El mérito o la idoneidad son la expresión administrativa del gobierno democrático (confr. Sola, Juan Vicente, “Tratado de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo II, págs. 260/261).

Este concepto de idoneidad como requisito para el ingreso al empleo público aparece ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789 –inspirada en la Declaración de Independencia Estadounidense de 1776– previéndose en su art. 6 que “...como todos los ciudadanos son iguales ante ella [la ley], todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo público, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

La base, pues, de este concepto estriba en el de la igualdad constitucional, respecto del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Juan H. Drysdale y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, sent. del 18/11/1927 (Fallos: 149:417), consideró que “comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones. (...) La regla, desde luego, no prescribe





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación; pero a su vez, el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí sólo para declarar que una ley ha violado la garantía del art. 16; es indispensable, además, demostrar que aquella se ha basado en una diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria”.

Consiguientemente, la principal característica de este principio de igualdad ante la ley es la no discriminación; y en la práctica hay dos formas básicas en que puede ser vulnerada: (1) cuando el gobierno clasifica para distinguir, en sus reglamentos y programas, entre personas que debieran ser consideradas en forma similar debido a los principios de tratamiento igualitario; y (2) cuando el gobierno se niega a clasificar con el resultado que sus reglamentos y programas no distinguen entre personas que deben ser considerados como diferentemente situados (confr. Sola, Juan Vicente, op. cit. págs. 257/259).

En este horizonte, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, pero que conforman una cualidad no abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos. De ahí que “no establece una equiparación rígida (...) sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas” toda vez que “la norma admite las gradaciones, las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

apreciaciones de mas o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad de los habitantes de la Nación” (Fallos: 329:2986, consid. 4º, voto de la mayoría).

A este respecto, como se señaló desde el precedente “Hooft” (Fallos: 327:5118) en relación con ciertas clasificaciones, la presunción de inconstitucionalidad de las normas solo puede ser levantada por el Estado demandado “con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada” (considerando 6º; confr. asimismo la citada causa de Fallos: 329:2986, considerando 5º).

5.- Que en razón de lo expuesto, cabe repasar el sistema de ingreso escogido por el legislador y reglamentado por la Procuración General de la Nación en las normas calificadas de inconstitucionales, con respecto a la categoría de “técnico-administrativo” del Ministerio Público Fiscal de la Nación para la que concursó el amparista.

El artículo 20 de la ley 26.861 dispone que “el ingreso al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación para desempeñarse como empleado en el cargo de menor jerarquía se hará a través del examen y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

posterior sorteo público, conforme las previsiones de los artículos siguientes del presente capítulo”. A su turno, el artículo 23 de dicha ley bajo el título: Régimen de Calificaciones consigna que “las evaluaciones se deben calificar de cero (0) a cien (100). Para acceder al cargo se requiere un puntaje mínimo de sesenta (60) puntos en cada una de las pruebas...”; agregando el artículo 24 que “la autoridad de aplicación elaborará una lista con aquellos postulantes que hayan aprobado las evaluaciones...”, de modo que su tercer párrafo expresa que “las futuras vacantes se cubrirán mediante sorteo de todos los integrantes de la lista que se realizará a través de la Lotería Nacional S.E...”. Para concluir señalándose en el artículo 26, que “los nombramientos que se realicen (permanentes o no permanentes) para cubrir las vacantes que se produjeran en cualquiera de los cargos, se harán teniendo en cuenta el sorteo previsto en el artículo 24, debiendo sortearse primero entre los postulantes que no hubiesen sido designados el año anterior”.

Quiere decir, pues, que para el ingreso de empleados en los cargos de menor jerarquía en el Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación, el legislador previó un régimen basado en la idoneidad y en el azar, de modo que solo los calificados como idóneos en un examen predeterminado puedan acceder, previo sorteo, a las vacantes existentes en dichos ámbitos laborales.

En efecto; en el Mensaje enviado con el proyecto de ley, el Poder Ejecutivo Nacional da cuenta de ambas notas –las que no observaron modificación alguna respecto de la redacción final del documento- al señalar,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

en primer lugar, que “se propone instrumentar para el ingreso como empleado y personal (...) en el cargo de menor jerarquía, la aprobación de exámenes a través de los cuales se verifique la idoneidad técnica de los postulantes, sin exigirse examen de antecedentes, con el fin de garantizar la posibilidad de acceder a dichos cargos igualmente”. Y, de seguido, añade que “aquellos postulantes que acrediten la *idoneidad* exigida para cada uno de los aludidos puestos de trabajo, quedarán sujetos a un sistema de ingreso aleatorio, de sorteo por la Lotería Nacional S.E., que garantice *condiciones de igualdad* para el acceso al cargo” (372, 8/4/13, folio 2/3) (la cursiva se ha añadido).

A su turno, la Resolución PGN 507/2014, reglamentaria de la citada ley 26.861, establece en el artículo 50 que “finalizada la etapa de impugnación, el Tribunal Evaluador presentará ante la autoridad de aplicación la nómina definitiva de postulantes de acuerdo con el orden de mérito...”. Por su parte, el artículo 51, prevé en su primer párrafo que “al producirse una vacante permanente o no permanente” se podrá proponer “el perfil del/la postulante de acuerdo con las necesidades funcionales (...) de la dependencia”. Sobre tales bases, el siguiente párrafo prevé que “la autoridad de aplicación enviará a sorteo de la Lotería Nacional S.E. la lista definitiva de postulantes por orden de mérito, que encuadren en el perfil requerido hasta un máximo de cien (100) personas. Asimismo, determinará la cantidad de postulantes que serán desinsaculados con un tope de diez (10)”. Y, una vez realizado el sorteo, expresa el artículo 52 que “el titular de la dependencia respectiva deberá seleccionar –conforme el parámetro de la idoneidad– al postulante entre las personas desinsaculadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

artículo anterior”, añadiendo el artículo 53 que “si previo al nombramiento se produjera una nueva vacante permanente o no permanente correspondiente al mismo concurso, la autoridad de aplicación podrá determinar si se realiza un nuevo sorteo o si el titular debe seleccionar entre los integrantes de la lista desinsaculada para cubrir la otra vacante”.

6.- Que descripto el sistema de ingreso que emerge de la citada ley 26.861 y de la Resolución PGN 507/2014, respecto de la categoría técnico-administrativo, se estima que ésta última no supera el test de constitucionalidad en el caso bajo examen, en tanto el modo cómo ha quedado configurado el concurso n° 62 respecto del aquí actor, entraña la palmaria afectación de los principios de idoneidad e igualdad que procura resguardar, según se ha señalado, tanto la letra de la ley 26.861, cuanto el espíritu que la inspira puesto de relieve en el Mensaje también transcrito y que, en definitiva, tienen su anclaje en el art. 16 de la Ley Fundamental, tal y como se señaló en el considerando precedente.

Es que el mencionado artículo 51 de la resolución PGN 507/2014 en tanto prevé que acceden al sorteo hasta un máximo de cien personas de la lista de orden de mérito, entraña, en los hechos, la desvirtuación del elemento de “idoneidad” pues ésta última nota queda absorbida o, mejor, diluida, en el restante elemento del esquema de ingreso.

En efecto, más allá de que dicho componente del sistema mereció severas críticas por parte de varios dictámenes presentados, en minoría, en el Congreso de la Nación, al tratarse la luego ley 26.861 (confr. v. gr., Dictamen





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

de las diputadas Elisa M. Carrió y Alica Terrada, Orden del Día 1889, 17/4/13; de los diputados Juan C. Zavalza y Omara A. Duclós, Orden del Día 1989, 16/5/13; del diputado Pablo G. Tonelli (ibid.); implícitamente, de los diputados Ricardo Gil Lavedra, Mario R. Negri y otros, Orden del Día citado en primer término, e intervenciones de los senadores Montero o Linares, 7° Reunión, 4° Sesión especial, 8/5/13), el recurso –como expresa el citado Mensaje- “a un sistema de ingreso aleatorio de sorteo”, en la economía de la ley, se dejó librado al prudente arbitrio de la autoridad de aplicación. Sobre tales bases, si bien en los Considerandos que fundan la Resolución en crisis se procura limitar el azar en tanto “el Reglamento prevé el imperativo de satisfacer los requerimientos funcionales de cada dependencia para alcanzar una eficiente prestación del servicio”, concluye reconociendo que “en los concursos correspondientes al agrupamiento ‘Técnico Administrativo’, *el azar establecerá el orden de selección de la nómina definitiva de postulantes*” (ap. III, folio 4, Protocolización 31/03/14) (las cursivas se han añadido).

Y a este respecto, cabe recordar que sortear, según el diccionario de la Real Academia Española, es “someter a alguien o algo al resultado de los medios fortuitos o casuales que se emplean para fiar a la suerte una resolución”. Resáltese, pues, se fía a la suerte una decisión. Y por suerte se entiende la “circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adverso a alguien o algo lo que ocurre o sucede” (confr. Diccionario Real Academia Española – www.rae.es).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

De esta manera, en el caso concreto bajo análisis, el listado de personas a las que se somete a Lotería Nacional una vez aprobado el recaudo de la idoneidad, lejos de constituir un grupo de postulantes homogéneo, es lo contrario, por encontrarse en desigualdad de condiciones, en tanto, como se dijo han acreditado con la calificación del examen una distinta performance, por lo que no resulta razonable que a través del azar entre un número apreciable de candidatos (100) que, por lo demás, como surge de estas actuaciones, resultó un número aún mayor, se los equipare ante la ley, lo que deviene una clara discriminación que no tiene justificación racional sino solo fortuita y, por consiguiente, arbitraria.

Fortalece esta conclusión el diverso tratamiento que la norma dispensa al régimen de acceso para el agrupamiento técnico-jurídico, según el cual (arts. 31 y 33 ley 26.861 y arts. 63 y 64 de la resolución PGN 507/2014) luego de la prueba de oposición y del análisis curricular, el titular de la dependencia deberá entrevistar a los primeros veinte (20) mejores calificados, de lo que se desprende que la discrecionalidad ínsita en la decisión de la autoridad, se circunscribe a un universo, si bien amplio, no obstante acotado pues se ciñe a quienes reunieron los veinte (20) puntajes más elevados.

Repárese, pues, que a juicio del Tribunal no se haya controvertida la finalidad de la ley 26.861 ni, tampoco, la de la Resolución bajo examen, las cuales, para seguir con el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes citados en el considerando 4º, último párrafo, cumplen con largueza el propósito “sustancial” de buscar un acceso





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

democrático e igualitario a los cargos públicos, fortaleciendo de este modo las garantías de transparencia, imparcialidad y objetividad.

Por el contrario, el reproche estriba, en cuanto concierne al último documento, en la manera cómo se implementó el medio utilizado, esto es, el alcance dado al sorteo atentas las consecuencias irrazonables que se advierten en el caso concreto, las cuales desvirtúan aquellos fines, ya que, como se dijo, se fía a la suerte la elección de los diez (10) postulantes que adquieren derecho a la entrevista con el titular de la oficina fiscal entre cien (100) aprobados, lo cual, para seguir los términos del Alto Tribunal, no revela más que una “genérica” adecuación al fin “sustancial” propuesto ya que, dado el modo como se concreta en el *sub examine*, termina desvirtuando el baremo de la idoneidad en tanto se revela incompatible con el estándar que se pide en dichos precedentes de que el fin del acceso igualitario a los cargos –de indudable raigambre constitucional– sea “efectivamente” promovido y que, en ese orden, no existan otras alternativas menos restrictivas al acceso –asimismo de derecho constitucional– a “los empleos sin otra condición que la idoneidad” (art. 16 de la Constitución Nacional).

Es que una vez que el Tribunal Evaluador ha calificado los exámenes y emitido un orden de mérito en virtud de la idoneidad de los aspirantes, éstos deben ser considerados como diferentemente situados y no puede negarse esa clasificación, ya que si bien hay un grupo de postulantes que aprobaron el examen con un puntaje de 60 puntos para arriba, y un grupo de desaprobados por tener una nota de 59 puntos o inferior, dentro del primer





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

grupo hay personas que según su calificación han demostrado distinta idoneidad y, por consiguiente, una diferencia razonable que no puede ser igualada implementando un sistema de la índole del previsto por el art. 51 del Reglamento en crisis.

Pues bien; como se anticipó, las consideraciones precedentes surgen con nitidez del examen del caso traído a consideración si se pondera que el actor -quien fuera calificado con un puntaje de 99,6 obteniendo el primer puesto en el orden de mérito en las pruebas de idoneidad-, a causa del azar quedó relegado sin posibilidades de entrevistarse con el titular de la dependencia fiscal, beneficio al que accedieron otros postulantes que, por ejemplo, habían alcanzado el número 90 de la grilla en el concurso para el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, y el número 108 de la lista en el concurso para la Oficina de Derechos Humanos de Jujuy.

7.- Que, así las cosas, resulta fundamental en la interpretación de las normas la prudencia en el juicio, lo que implica tener en cuenta las consecuencias que derivan de su aplicación (Fallos: 329:5044 y muchos otros). La hermenéutica de las normas constitucionales e infraconstitucionales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado (Ibarlucía, Emilio, “La Corte Suprema y la interpretación previsor de la ley y de la Constitución”, Sup. Ext. Constitucional, La Ley, agosto 2010, 79), exigiéndose la conjunta valoración, tanto del horizonte normativo como de las circunstancias del problema bajo examen, en tanto, como tiene dicho constante jurisprudencia del Alto Tribunal, la tarea de aplicar las leyes no es “mecánica”,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

es decir, no se estructura a través de la distinción tajante entre el “sujeto” que interpreta y el “objeto” normativo interpretado, sino que a través del concurso de una “razón práctica”, esto es, de la prudencia jurídica que adecua, pondera o sopesa los materiales fáctico-normativos, procura obtener resultados “jurídicamente valiosos” (cfr Fallos: 302:1284, considerando 6°).

Repárese a este respecto que la razonabilidad constituye un principio general de derecho con fundamento en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional que opera como límite de la discrecionalidad, por lo que siempre deberán tenerse presente las consecuencias de la respectiva medida. Así, el control de razonabilidad surge cuando las restricciones no tienen relación o no son proporcionadas con sus fines aparentes, y se han desconocido innecesaria e injustificadamente derechos primordiales. La razonabilidad de la norma consiste en una valoración axiológica de justicia, de modo tal que cuando la Constitución impone la obligación de dictar leyes razonables está exigiendo el dictado de leyes justas, equitativas. De allí que, si consideramos que la finalidad del estado radica en el logro del bienestar general -tender al logro del bien común- ese fin es el que pone los límites en la actuación del poder político y, en consecuencia, el estado goza de poder solo para la realización de él (STJ de Tierra del Fuego “Oberto, Pedro Osvaldo c/Municipalidad de la ciudad de Ushuaia s/acción de inconstitucionalidad – medida cautelar”, sentencia del 07/10/03- SAIJ: Sumario TF001159).

Bidart Campos explica que la razonabilidad exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

ese fin (confr. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires 1986, tomo I, pág. 230, citado por Pirovano, Pablo en “El poder de policía del Estado para restringir el acceso al mercado de cambios a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad”, El Derecho del 19/07/2012), refiriéndose, entre otras cuestiones, a dos tipos de control de razonabilidad: a) el axiológico o control de los fines perseguidos por el legislador o autor de la norma y b) el técnico, o control de los medios elegidos para ese fin.

De ahí que si bien resulta cierto que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe por ello ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos 321:441 y 1888; 322:842; 330:855 y 5345; 333:447, entre muchos otros), al configurarse en el caso, tal y como se ha señalado en los considerandos precedentes, una manifiesta falta de proporcionalidad entre el medio establecido por la ley y la reglamentación y la garantía constitucional que pretende resguardar, lo que no supera el control técnico mencionado en el punto b) del párrafo anterior, resulta procedente la declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto de los arts. 51, 52 y 53 del Reglamento de la Procuraduría General de la Nación (PGN) N° 507/2014 relativos al sometimiento a sorteo a través de la Lotería Nacional S.E.–o en su defecto ante Escribano Público– en el procedimiento de concurso para acceder al cargo técnico-administrativo del Ministerio Público de la Nación.

8.- Que no obsta a la solución arribada el hecho de que el amparista se hubiese sometido voluntariamente al concurso que ahora cuestiona





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

sin formular las objeciones bajo análisis, ya que la inscripción al mismo se realizó por internet, es decir, a través de una modalidad que no permitía un planteamiento como el finalmente deducido; a lo que se suma que era la única forma que tenía de acceder a la posibilidad de la vacante (en igual sentido conf. doctrina de Fallos 311:1132 y 327: 5132).

Tampoco altera la presente conclusión que el asunto -como invoca la demandada- haya devenido abstracto atento que las dos vacantes que justificaron el llamado del concurso n° 62 para el Ministerio Público Fiscal de Jujuy ya fueron cubiertas, toda vez que las listas de los postulantes que aprobaron las evaluaciones exigidas por la ley tienen un plazo de dos años de vigencia (artículos 24 y 27 de la ley 26.861).

Por lo tanto, y como al momento de deducir el amparo el Sr. Galíndez pidió que se declare su derecho a entrevistarse con el Sr. Fiscal a cargo de la unidad en la que se produzca eventualmente una vacante en el Ministerio Público Fiscal de Jujuy mientras dure la vigencia del concurso 62, y como ésta se mantiene por el plazo de dos años desde la publicación de las listas a las que se refiere el artículo 24 de la ley 26.861, tal como lo prevé el artículo 27 de la norma, en el caso ese derecho se mantendrá hasta el 10 de noviembre de 2017, ya que las listas del concurso fueron publicadas el 10 de noviembre de 2015.

9.- Que respecto a las costas se imponen por el orden causado en virtud de las particularidades del caso, entre las que se destacan la complejidad y el carácter novedoso de la cuestión (art. 68, segundo párrafo del CPCCN).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

El Dr. Alejandro Augusto Castellanos dijo:

Adhiero a la solución propuesta por los distinguidos Vocales que lideran este Acuerdo, así como a los cuantiosos y solventes fundamentos que guían su criterio, sin perjuicio de lo cual entiendo conveniente resaltar aquéllos que, además de sustentar la decisión común, concurren en la especie como sostén principal de la posición que habré de adoptar en la contingencia, al propio tiempo que en algún aspecto avanzan sobre aspectos regidos por la propia ley 26.861, que la reglamentación dictada no alcanza a subsanar en sus defectos.

En tal sentido, debo puntualizar que no sólo advierto que el elemento “idoneidad” resulta en algún modo diluido mediante el recurso a un procedimiento de selección azaroso, sino que concretamente la oportunidad y la extrema amplitud del sorteo desnaturalizan el sentido del examen previo que, vale señalarlo, no constituye una mera pauta evaluativa de admisión o rechazo de postulantes idóneos e inidóneos –aprobados o desaprobados-, sino que se erige en un verdadero criterio de ordenación de carácter meritocrático, a partir del cual la ulterior “igualación” con que son sometidos a un sorteo prescindente de los diferentes méritos evaluados se traduce en una incoherencia procedimental susceptible de reproche.

Cabe poner de relieve que si bien la utilización de un criterio aleatorio para el ingreso a los cargos públicos no es -en sí misma- susceptible de ser tachada de inconstitucional –en la medida en que el piso de idoneidad haya sido verificado-, tampoco lo es la adopción de un criterio meritocrático, de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

modo que la puja verificada entre los dos criterios inmanentes de admisión –“cualquiera de los idóneos” versus “los mejores de entre todos los postulados”- no constituye una disputa de modelos constitucionales o inconstitucionales en sí mismos. Y tampoco se oponen estrictamente a un criterio de “acceso democrático”, cuya propia definición etimológica lo define como un criterio de selección por voluntad o autoridad del pueblo, antes que por el azar o el mérito, de modo que ninguno de ellos responde a un criterio esencialmente democrático de selección.

Además, no debe perderse de vista que cuando el Alto Tribunal de la República alude al principio de “igualdad” contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional lo interpreta como referente al trato que merecen los ciudadanos “ante la ley” y “en igualdad de condiciones”, de manera tal que si la discriminación efectuada se asienta en criterios ponderativos basados en pautas objetivas de evaluación, que determinan una diferenciación de condiciones o aptitudes para el desarrollo de una función o empleo público y que resultan de aplicación imparcial e indeterminada para todos los sujetos que voluntariamente se sometieron a un criterio homogéneo de justipreciación, no puede aducirse perjuicio al principio de igualdad. Y por el contrario, cabe concluir que sí acontece ello cuando se provoca una “igualación” irrestricta de quienes se encuentran en situaciones probadamente “disímiles”, pues tan repudiable resulta la discriminación entre iguales como la igualación entre sujetos que se encuentran en condiciones comprobadamente diferenciables, como las que resultan de un orden de mérito establecido a partir de evaluaciones que, paradójicamente, tenían por declarado propósito no sólo





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

evaluar la concurrencia de un piso mínimo de idoneidad, sino establecer un criterio de prioridad a partir de los méritos de los distintos postulantes.

Frente a ello, la ulterior implementación de un criterio de selección azaroso o aleatorio denota un contrasentido, lo cual torna a la reglamentación dictada intrínsecamente incongruente, siendo inadmisibile el criterio de “complementación” alegado en defensa de la subsistencia del sistema, pues los componentes complementarios de un procedimiento dado no pueden resultar ontológica y teleológicamente contrapuestos entre sí, cuanto menos, sin perjudicarse uno al otro o sin desnaturalizar la esencia del sistema.

De tal modo, habiéndose acudido desde un primer momento a un criterio de evaluación y ordenación por méritos de los postulantes para la determinación del universo de sujetos con aptitud para el acceso a la cobertura de vacantes, la ulterior adopción de un criterio azaroso que desconsidera a quien, como en el caso, ocupó el primer lugar del concurso sustanciado, revela una incoherencia procedimental que no sólo lesiona legítimas expectativas, sino que al propio tiempo traduce una igualación censurable que, a la postre, incluso habría posibilitado su exclusión o desconsideración.

Por ello, si bien los defectos señalados suscitan también reparos acerca de las propias normas contenidas en la ley 26.861, en el entendimiento de que ello podría ser objeto de saneamiento reglamentario, adhiero a la solución propiciada por los distinguidos colegas que me preceden en el análisis de la cuestión convocante de este Acuerdo, LO QUE ASÍ VOTO.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA I

En virtud del resultado de la votación, esta Sala:

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación deducido a fs. 161/167 por el actor; **REVOCAR** la resolución de la instancia anterior de fecha 24 de junio de 2016 (fs. 154/160); **DECLARAR** procedente la acción de amparo interpuesta; **ACOGER** al planteo deducido por el accionante en contra de los arts. 51, 52 y 53 del Reglamento de la Procuraduría General de la Nación (PGN) N° 507/2014, declarando su inconstitucionalidad para el caso por las razones dadas en los considerandos precedentes y; **ESTABLECER** que el señor Nicolás Emanuel Galíndez tiene derecho a una entrevista con el titular del Ministerio Público Fiscal de la Nación subsele Jujuy en tanto dure la vigencia del Concurso N° 62 y siempre que se genere una eventual vacante en el Ministerio Público Fiscal de la provincia de Jujuy hasta el 10 de noviembre de 2017.

II. COSTAS por el orden causado en virtud de las particularidades del caso, entre las que se destacan la complejidad y el carácter novedoso de la cuestión (art. 68, segundo párrafo del CPCCN).

III. REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y devuélvase.

FDO. DRES. RABBI-BALDI CABANILLAS-SOLA-CASTELLANOS (POR SU VOTO)-
ANTE MI: MARIA INES DE SIMONE-SECRETARIA

