

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 22092/07.-

SENTENCIA: N° 69.-

ACTOR: ZUÑIGA SANDOVAL, David Walter.-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Amparo s/Apelación.-

VOCES: Procedencia del amparo.- Existencia de otra vía.- Derecho a la igualdad de oportunidades: ciudadanía.- Remite caso PELLEJERO.-

FECHA: 29-05-07.-

//MA, 29 de mayo de 2.007.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Alberto I. BALLADINI y Víctor H. SODERO NIEVAS y con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "ZUÑIGA SANDOVAL, DAVID WALTER s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 22092/07-STJ-), elevados por el "juez de amparo" Dr. Richar Fernando GALLEGO, titular del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 5 de la Ila. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de General Roca, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----C U E S T I

O N E S-----

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----V O T

A C I O N----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:-----

-----ANTECEDENTES.-----

-----Llegan las presentes actuaciones en razón del recurso de apelación concedido a fs. 51 por el "juez de amparo", interpuesto por el actor a fs. 46/50 contra la sentencia de fs. 40/42, que resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta en autos.-----

-----OBJETO DE LA DEMANDA.-----

-----Que a fs. 19/20 se presenta amparo contra la Junta de Clasificación –Rama Inicial Primaria- y contra el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro, con motivo de la Resolución adoptada por la primera, impidiéndole al actor el ingreso a la docencia por no encuadrar en el requisito fijado en el Cap. VI, art. 12 inc. a) de la Ley N° 391. En su demanda el amparista petitionó el dictado de una cautelar innovativa para que se ordene la inmediata inclusión del mismo en el listado elaborado por la Junta de Clasificación, y se declare inconstitucional la norma por la cual se le excluye de ese listado.- - - - -

-----SENTENCIA RECURRIDA.- - - - -

-----Para así resolver, el “juez del amparo”, destacó que del informe producido por el Consejo Provincial de Educación (fs. 23/26) surge claramente que el amparista ha presentado recurso de apelación contra la Resolución dictada por la Junta de Clasificación, y éste se encuentra en trámite en el Expediente N° 142953-J.P-06, habiendo sido elevado en consulta a la Fiscalía de Estado, para su dictamen en el recurso jerárquico en trámite y en subsidio el de revocatoria denegado por el Consejo Provincial de Educación.- - - - -

-----Es decir, no ha agotado la instancia administrativa en curso. Atento a ello, y en aplicación de precedentes de este Superior Tribunal de Justicia, se pronunció por el rechazo de la acción intentada.- - - - -

-----Respecto al planteo de inconstitucionalidad formulado en la demanda, también con cita de este Superior Tribunal, in re: “Bosco”, decidió su rechazo. Todo ello con costas.- - - - -

-----AGRAVIOS DE LA APELACION.- - - - -

-----El recurrente reitera expresiones volcadas en el texto de demanda señalando que se inscribió el día 29 de septiembre de 2006 como “asistente social”, postulándose para conformar los equipos interdisciplinarios de E.T.A.P. para escuela especial primaria y escuela especial primaria laboral. El día 2 de octubre de 2006 se notificó del rechazo dispuesto por la Junta de Disciplina, tomando conocimiento que el motivo del mismo fue el encuadramiento en el art. 12 inc. a) del Estatuto del Docente. Ante tal decisión interpuso recurso administrativo de revocación y apelación en subsidio. Sin perjuicio de ello, volvió a inscribirse para un nuevo orden de lista para presentarse en la Asamblea con aspiración a ingresar en el mes de febrero de 2007 a cargos docentes.- - - - -

-----El 11 de diciembre de 2006 se le notifica la resolución del 7 de diciembre de 2006

en el Expte. N° 142.953-JP-06 del registro del Consejo Provincial de Educación en la que se le hace saber que se rechaza su recurso por extemporáneo. Posteriormente, el 19 de diciembre de 2006 plantea nuevo recurso ratificando su presentación anterior. Agrega que aún el Consejo Provincial de Educación no se ha expedido al respecto. - - -

-----Expresa que sabiendo de la denegatoria de la Junta de Clasificación no quiere esperar un año más sin poder trabajar ante el rigorismo formal al que se le somete cuando la Constitución no exige el agotamiento de la vía administrativa, cuando existe un procedimiento más sencillo y rápido para resolver el conflicto configurándose como vía idónea, descalificando además los argumentos de la Provincia de Río Negro en cuanto sostiene que no es posible discutirse lo reglado en el art.12 inc. a) de la Ley N° 391 (que establece para el ingreso a la docencia que el aspirante sea argentino nativo, por opción o naturalizado) por cuanto el propio amparista lo ha aceptado al iniciar el trámite de la “carta de ciudadanía”. Al respecto, señala que la inició porque se siente argentino y no por la obtención de un trabajo.-----

-----Sostiene que negársele la posibilidad de acceder a la justicia por esta vía porque debe agotarse la administrativa es permitir que continúe produciéndose un daño grave y concreto, permitiéndose que se discrimine en función de su nacionalidad, lo que se encuentra prohibido constitucionalmente, prohibido por la ley de inmigración y por tratados internacionales.-----

-----Por último, apela la imposición de costas sosteniendo que la acción de amparo, conforme el art. 43 de la Constitución Provincial, debe ser gratuita. Sin embargo, agrega, en la sentencia se le condena en costas debiendo asumir el pago de los honorarios. Sostiene que tal imposición resulta ser discriminatoria contra su persona. - -

-----Los mencionados agravios no han sido contestados, conforme fs. 53.-----

-----CONSIDERACIONES PREVIAS AL VOTO.-----

-----Previo a ingresar en el contenido sustancial he de efectuar consideraciones previas a mi voto y señalar algunos aspectos que no me han pasado desapercibidos, tales como los siguientes:- - -

-----A.- LA ACCION DE AMPARO – ART.43 CONSTITUCION PROVINCIAL.-

-----El instituto excepcional y urgente del art. 43 de la Constitución Provincial viene mereciendo un criterio amplio de interpretación y aplicación del S.T.J., pero siempre en

orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso.-----

-----En punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, LL.18-05-01, N° 102.015; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ-, LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS; STJRNCO: Se. N° 151 del 4-12-01, "GARRIDO, Antonio s/Mandamus", Expte. N° 16204/01-STJ-). Ello es así, porque la excepcionalísima vía que se intenta (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se exterioricen de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los extremos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRNCO: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ-).-----

-----B.- EXISTENCIA DE OTRA VIA.-----

-----El S.T.J. en sentencia del 8 de agosto de 2.001, en las actuaciones caratuladas: "GABAS, Norma Emilia s/AMPARO" (Expte. N° 15935/01-STJ-), se señaló (en coincidencia con lo sentado en "ZOVICH", Se. N° 85 del 20-06-01) que la eventual pertinencia de este tipo de acciones, de carácter estrictamente excepcional, queda supeditada a la concurrencia de los excepcionalísimos supuestos exigidos en orden a la gravedad, urgencia e irreparabilidad, e inexistencia de otra vía idónea para resolver el conflicto, circunstancias, todas ellas que en el caso no se encuentran invocadas ni acreditadas (en un mismo sentido, Se. N° 37 del 8-5-01 in re: "FERNANDEZ, Alejandro c/JUNTA CLASIFICADORA y Otro s/Acción de Amparo s/Competencia",

Expte. N° 15712/01 -STJ-; Se. N° 108 del 27.11.00 in re: "COMBRET, Raúl B. s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 15352/00-STJ).- - -

-----También ha señalado, que para casos como el presentado en autos la vía administrativa es la adecuada para dar remedio al conflicto, y que resulta improcedente el amparo contra decisiones adoptadas por las autoridades públicas en tanto permitan su progresivo cuestionamiento hasta el agotamiento de la vía administrativa.- - - - -

-----Producido éste, el accionante cuenta también con la facultad de ejercer sus derechos a través de la instancia jurisdiccional contencioso-administrativa (cf. Se. N° 37 del 8-5-01 in re: "FERNANDEZ, Alejandro c/JUNTA CLASIFICADORA y Otro s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 15712/01-STJ-; Se. N° 108 del 27-11-00 in re: "COMBRET, Raúl B. s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 15352/00-STJ-).- - - - -

-----La pretensión formulada por la actora no se encuentra al alcance de la excepcionalísima vía intentada, que sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos; y en las que los actos de la Administración que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna.- -

-----La existencia de remedios procesales comunes para sustanciar la pretensión sin que hayan sido agotados a la época de la deducción del amparo, tornan improcedentes la elección de esta excepcional vía (cf. STJ., Se. N° 108 del 27.11.00, "COMBRET, Raúl B. s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 15352/00-STJ-) y que la exigencia de ausencia de medios o remedios adecuados requerida para la procedencia de las garantías procesales específicas plasmadas en la Constitución de la Provincia (arts. 43, 44 y 45) no resulta en modo alguno configurada en autos cuando se evidencia que dentro de la propia esfera administrativa y a través de los mecanismos reglados por la normativa ritual se encuentran pautas concretas de solución para la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal.- - - -

-----Otra intelección, afectaría con gravedad institucional la división de poderes.- - - - -

-----Tal como se indicara en precedentes de este Cuerpo (cf. "D´ANGELO, Natalia s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 14979/00-STJ-; "Acción de Amparo presentada por BARIGGI, Carlos Alberto s/Apelación", Expte. N° 14687/00-STJ-)

existe un cauce legislado para el planteamiento de reclamos de esta naturaleza administrativa, circunstancia que lleva a pronunciarse por el rechazo de la demanda incoada en autos.- - - - -

-----C.- PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- - - - -

-----Respecto a la petición de declaración de inconstitucionalidad del art. 12 inc. a) de la Ley N° 391, lo decidido por el Sr. Juez “a quo” es correcto, en tanto se ha fundado en precedentes de este Alto Cuerpo, en el sentido de que “La declaración de inconstitucionalidad de una ley, es un acto de suma gravedad, y debe ser considerado como la “última ratio” del orden jurídico (CSJN., Fallos 300:241 y sus reiteradas citas). Ya se ha expresado que debe ser encarada de modo restrictivo, atento su gravedad y delicadeza, no mediando en autos la clara e indubitable demostración de qué, y cómo, las normas impugnadas se oponen a la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad es el último remedio o instancia constitucional” (cf. “González Vitale”, Se. N° 76/98; “Aerolíneas Argentinas S.A.”, Se. N° 70/00, entre otros); y que “Cabe agregar que en autos estamos en presencia del estrechísimo margen procesal que implica una garantía procesal específica de la Constitución Provincial, y que en dicho reducido marco procesal no se garantiza en plenitud la participación de la Provincia para que ésta ejerza el derecho de defensa correspondiente. Este Tribunal ha sostenido oportunamente y en reiteradas ocasiones, que debe respetarse el principio de agotamiento de una etapa de mayor amplitud de debate y prueba, ajena al ámbito procesal de esta naturaleza. Si es requerido el examen de la constitucionalidad de una norma, es menester que quien la dictó tenga la oportunidad, también constitucionalmente garantizada, de ser atendido en lo atinente a sus argumentos dirigidos a la defensa del ajuste constitucional del precepto que dicte. Para ello existen otras vías procesales que resultan idóneas para la defensa de derechos que se estimen afectados -art. 793, CPCC.- (STJRNCO., "Bosco, Claudia Mariela s/Amparo s/Apelación", Se. N° 7 del 30-5-96).- - - - -

-----D.- COSTAS.- - - - -

-----Este Tribunal ha señalado que “El propio art. 68 del Código Procesal permite la exención de la condena en costas al vencido, dejándolo librado al arbitrio judicial, debidamente fundado. Dicha norma importa una sensible atenuación de la regla general, acordando a los jueces un adecuado margen de arbitrio, que debe ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte debidamente justificada tal exención. Se ha entendido en forma reiterada que esta excepción debe ser interpretada restrictivamente y

sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas que demuestren la injusticia de aplicar el principio general. Ello así, pues en caso contrario, se desnaturalizaría el fundamento objetivo del vencimiento para la condena en costas a quien litiga, convirtiendo así la excepción en la regla, lo que no es admisible. No es suficiente invocar que el perdedor tuvo razón probable para litigar, pues ello importaría revivir el sistema pretérito de la culpa para cargar con las costas causídicas. Será menester, llegado el caso, que ese "mérito o razón fundadas para litigar" se apoye en circunstancias (sean fácticas o jurídicas) que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito, lo que no se da en el caso de autos (conf. S. C. Fassi, César, D. Y., "Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado", Ed. Astrea, T. I, pág. 417)" (Conf. CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL, in re: "CASTELLI", Sentencia N° 2541/92 del 22-06-98; Voto del Dr. Lutz en STJRNSC.: Se. N° 40 del 21-6-01, "BRIDAS S.A.P.I.C. c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (D.G.R.) s/RECURSO CONTENCIOSO s/CASACION", Expte. N° 14612/00-STJ-).-----

-----Asimismo, que "... no es la sola creencia subjetiva probable para litigar lo que autoriza la eximición de costas al vencido, por el contrario, deben existir elementos objetivos en la causa que razonablemente pudieron llevar al perdedor a considerarse con derecho a litigar" (Conf. Palacio, A., "Código Procesal Civil y Comercial", T* III, pág. 98; Voto del Dr. Lutz; en STJRNSC.: Se. N° 40 del 21-6-01, "BRIDAS S.A.P.I.C. c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (D.G.R.) s/RECURSO CONTENCIOSO s/CASACION", Expte. N° 14612/00-STJ-).-----

-----Aplicados al caso de autos los citados precedentes, y debiendo ser interpretada restrictivamente la exención de la condena en costas al vencido, no se advierten en la causa circunstancias que ameriten su concesión frente a la consolidada doctrina reiteradamente expuesta por este Superior Tribunal de Justicia en punto a la existencia de otras vías idóneas para el tratamiento de la cuestión venida en amparo. - - -

-----OBITER DICTUM.-----

-----La cuestión de fondo, sobre la que está vedado ingresar en atención al abordaje ya efectuado sobre la improcedencia por la vía excepcionalísima y urgente de la acción del art. 43 de la C.P., no me impide hacer otras consideraciones "obiter dictum", pues no se desconocen los precedentes citados por el amparista, en especial la sentencia dictada por la CSJN. en la causa "Repetto, Inés M. c/Pcia. De Buenos Aires" (CSJN, LL.1989-B,

351; DJ 1987 FALLOS 2,105- CS FALLOS 311,2272- JA 1988-IV, 643), ponderando asimismo lo señalado por el Dr. FAYT, en cuanto “no se resuelve la cuestión el art. 20 de la Constitución Nacional en tanto dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. Ello porque lo que aquí está en juego no es el derecho civil –libérrimo- de enseñar y aprender de aquéllos, sino la cuestión de si el requisito de ser ciudadano erigido en el sub-lite ha surgido o no de un razonable ejercicio de la potestad del Estado, nacional o provincial, de reglamentar los derechos constitucionales, que la propia Constitución Nacional prevé. Esto, porque como esta Corte lo ha dicho en numerosas oportunidades, aquélla no concede derechos absolutos, lo que podría conducir a extremos que destruirían la organización del Estado que ella se propuso precisamente organizar”.- - - - -

-----También tener en cuenta otros fallos dictados “a posteriori” por la CSJN. en:- - - - -

----- 1) “Gottschau Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8-8-2006, Microjuris, MJJ8253), en la que la accionante, de nacionalidad alemana, accionó contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a que se revoque la Resolución N° 214/99 del Consejo de la Magistratura, que rechazó, a su vez, la impugnación formulada al Acta N° 24/99, mediante la cual le denegaron su solicitud de inscripción en el Concurso para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad, en razón de no cumplir con los recaudos reglamentarios previstos en la Resolución N° 93/99, apartado 10.1.4. RC: ser argentino nativo o naturalizado; - - - - -

- - - - - 2) “Calvo y Pesini Rocío c/Córdoba Provincia de s/Amparo” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24-2-1998, Microjuris, MJJ8254), donde se trató de una ciudadana española, con radicación permanente en la República Argentina, accionando contra la Provincia de Córdoba a fin de que se abstenga de aplicar a su respecto la disposición contenida en el art. 15 inc. a) de la Ley provincial N° 7625 que impide el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integra el Equipo de Salud Humana a quienes no cumplan con el requisito de ser argentinos; y- - - - -

- - - - - 3) “Hooft Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16-11-2004, Microjuris, MJJ3107), en la que se demandó a la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 177 de la Ley Fundamental de dicha Provincia, por ser contraria a la Constitución Nacional, en cuanto le cercena su derecho a ser juez de cámara –o

eventualmente de casación- al requerir, para acceder a tal cargo, "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero".-

-----Repárese que en punto a la eventual configuración de discriminación ya este mismo Tribunal en sentencia N° 52 del 2-6-05, en autos caratulados "PELLEJERO, María Mabel s/Amparo s/Apelación" realizó un depurado análisis del concepto de la discriminación, advirtiéndose que a partir de la reforma de 1994 la protección encuentra anclaje en Pactos y Convenciones Internacionales. Así el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, art.7 y Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 24.-----

-----Asimismo, la Ley N° 23592 (Boletín Oficial del 1988-09-05, N° 26458, pág. 1), prevé la adopción de medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; aunque a la vez, y por otra parte, el principio de igualdad ante la ley no impide que se contemplen en forma distinta, situaciones que se consideren diferentes, en tanto la discriminación no responda a persecuciones ilegítimas o indebidos privilegios y la diferencia existente entre situaciones anteriores y posteriores no lo agravie, toda vez que lo contrario impediría toda reforma normativa (CNCont. Adm. Fed., Sala III, Agosto 9-1984, ED., 112-163).-----

-----En un mismo sentido he dicho oportunamente que: "Es sabido que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que no efectúe una discriminación arbitraria" (CS., 12-09-95, Barrose, L. A. c.Ministerio del Interior); y que "Las distinciones normativas para supuestos que se estimen distintos son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósitos de injusta persecución, indebido beneficio u hostilidad, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable" (CS., 12-09-93, Maggi, E. Félix; Disidencia del Dr. Lutz, STJRNCO.: Se. N° 58 del 25-3-02, "G., A. s/AMPARO", Expte. N° 16404/01-STJ).-----

-----El amparo del "derecho a la igualdad" no encuentra desmedro ante normativa que contemple en forma distinta situaciones que consideran diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra

determinada persona o grupos de personas (CS., 12-03-92, Fojo, J. L. y otros c.Estado Nacional y Provincia de San Juan; Disidencia del Dr. Lutz en STJRNCO.: Se. N° 58 del 25-3-02, "G., A. s/AMPARO", Expte. N° 16404/01-STJ-).-----

-----Por otra parte, "El Estatuto del Docente fija condiciones de acceso, permanencia y cese en el contrato de empleo que tienen los docentes con el Estado y dentro de ellas, hay nitidez en la definición de las categorías de interinos o suplentes, los alcances de la estabilidad en el empleo cuando se accede a través de los procedimientos reglados al efecto y la oportunidad en que se deben ejercer los derechos que pudieren existir hacia el Estado por parte de quienes trabajan en relación de dependencia con él" (STJRNSL.: Se. N° 107 del 29-9-99, "E. G. M. E. Y OTRAS c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/INAPLICABILIDAD DE LEY").-----

-----"Es verdadero que la Provincia de Río Negro puede legislar sobre el ingreso y/o reingreso al empleo público local, las prestaciones del contrato, y la determinación de las retribuciones en el marco de derecho público administrativo. Pero no es menos cierto que la legitimidad de las normas concretas relativas al asunto se halla sometida al control judicial de razonabilidad con las disposiciones de la Carta Fundamental" (Voto del Dr. Lutz en STJRNSL.: Se. N° 23 del 3-5-00, "G. D. E. c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO s/INAPLICABILIDAD DE LEY", Expte. N° 13282/99-STJ-).-----

-----En otro orden, repárese que también ha señalado este STJ. que "el amparo (en el caso, interpuesto para que se habilite a la amparista a rendir examen como aspirante a ingresar al Poder Judicial no obstante exceder los treinta y cinco años de edad que tiene como tope el Reglamento Judicial en vigencia) debe ser rechazado por cuestiones formales tales como no formalizar el previo reclamo administrativo, ni agotar la vía, ni demostrar la inexistencia de otras vías, ni justificar la excepcionalidad y urgencia, ni la gravedad, ni la lesión, ni el daño que se invocan, ni la supuesta inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley N° 3238, ni la existencia de ninguna racional situación de discriminación, ni la afectación de los principios constitucionales de requerir "idoneidad", ni la "igualdad ante la ley", ni la "libertad de trabajar", ni la viabilidad de la cautelar" (Voto del Dr. Lutz, en STJRNCO.: Se. N° 17 del 2-4-04, "P., L. V. s/RECURSO DE AMPARO s/APELACIÓN", Expte. N° 19160/04-STJ-).-----

-----En el mencionado precedente "PELLEJERO" (02-06-05) se expresó que los arts. 17

y 81 de la Ley Contrato de Trabajo que no son más que expresiones del Convenio 111 de la O.I.T. y la propia Ley N° 20392 que no es sino el corolario del Convenio 100 "...La República Argentina ha ratificado los Convenios 100 y 111 de la O.I.T. relativos a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina y a la discriminación en materia de empleo y ocupación, normas que como sabemos tienen jerarquía superior a las leyes. Del mismo modo y en un mismo sentido debemos tener en consideración los arts. 32 y 39 de la Constitución Provincial", "...la Ley N° 23593, que es de carácter general, tiene su propia razón de ser, su propia entidad, y opera como una garantía más que ha sobrevivido en el marco del derecho interno como una norma operativa y debe interpretarse conforme la vieja directiva sentada por la CSJN. Así, por ejemplo, recordamos en materia de derechos y garantías constitucionales que "es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezca con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos 310:937). Otro de los principios que establece que en la interpretación de los preceptos legales debe preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales (Fallos 312:185). Como tercera directiva, sus preceptos legales deben ser interpretados analizando todo su contexto legal, su espíritu, y en especial con relación a las demás normas, de igual y superior jerarquía que sobre la materia contenga un ordenamiento jurídico, debiendo estarse preferentemente por su validez, y sólo como última alternativa por su inconstitucionalidad (Fallos 312:296). Cuarto, el principio de hermenéutica jurídica, en los casos no contemplados especialmente, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma (Fallos 312:1833); y por último, que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho, y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (Fallos 313:1293)". "La República Argentina ha ratificado los Convenios 100 y 111 de la O.I.T. relativos a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina y a la discriminación en materia de empleo y ocupación, normas que como sabemos tienen jerarquía superior a las leyes. Del mismo modo y en un mismo sentido debemos tener en consideración los arts. 32 y 39 de la Constitución Provincial".-

-----Sin perjuicio de dichos precedentes incluido el mencionado de este Superior Tribunal de Justicia, lo cierto es que en autos no se encuentran acreditados los requisitos

de urgencia y gravedad y existencia de otra vía idónea en andamio, frente a la doctrina de este STJ. expuesta referida a las alternativas procesales ante resoluciones adversas de las Juntas de Clasificación en sede del Consejo Provincial de Educación.- -

--

-----En tal sentido, no es menos cierto que no se advierte de modo alguno, con la claridad que pretende el accionante, la vulneración manifiesta y grave de derechos y garantías constitucionales que ameriten de este modo y con carácter de excepción la procedencia de la acción impetrada; obstando la normal aplicación de la decisión adoptada por las autoridades públicas, existiendo la posibilidad de los recursos pertinentes reconocidos por el propio accionante y el eventual acceso a la jurisdicción contenciosa correspondiente.- - - - -

-----Al respecto, este Tribunal ha señalado reiteradamente, siguiendo lineamientos de la CSJN., que la carga de demostrar la inexistencia o insuficiencia de otras vías que permitan obtener la protección que se pretende debe ser cumplida por quien demanda (Voto del Dr. Carlos S. Fayt en CSJN., P.475 XXXIII, “PRODELCO c/PEN s/Amparo”, 7-05-98, T. 321, P.1252); y el perjuicio que implica la demora a que se ve sometida toda persona que reclama ante la justicia no basta para excepcionar el uso de las vías normales, desde que se trata de una carga común a todo aquel que acude pretendiendo el reconocimiento del derecho que le asiste (cf. SCBA., Juba, “Carcione, Pablo c/Mariñelarena, Alberto s/Amparo”, CC0001 MO 28210 RSD-7-92 S 13-2-1992; actuaciones caratuladas: "ASOCIACION UNION DEL PERSONAL POLICIAL DE LA POLICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO -ASUPPOL- s/ACCION DE AMPARO", Se. N° 623 del 17 de octubre de 2.002, Expte. N° 17598/02-STJ).- - - - -

- - - - -

-----Ello es así, máxime considerando que, como lo hace saber el recurrente a fs. 46, inició el trámite legal para obtener su nacionalización; y no corresponde desentenderse de los argumentos presentados a fs. 32 por el apoderado de la Fiscalía de Estado en cuanto a la inviabilidad de discutir el régimen de ingreso que el propio amparista ha aceptado y a la invocación de la doctrina de los propios actos en relación a la declaración que se exhibe a fs. 9, en el sentido de que el amparista informa que posee la matrícula profesional, habiendo iniciado (y concluído, ver fs. 15, tercer párrafo “in fine”) el trámite para obtener la Carta de Ciudadanía, restando solamente tramitar su Documento Nacional de Identidad.- - - - -

-----CONCLUSION.- -----

-----La acción de amparo es de carácter estrictamente excepcional, quedando supeditada a la concurrencia de los excepcionalísimos supuestos exigidos en orden a la gravedad, urgencia e irreparabilidad, e inexistencia de otra vía idónea administrativa o judicial para resolver el conflicto. En autos tanto la petición de que se ordene la inmediata inclusión del amparista en el listado elaborado por la Junta de Clasificación, sumado a la declaración de inconstitucionalidad de la norma por la cual se le excluye de ese listado no se compadecen con todas las decisiones tomadas por voluntad del actor –en aplicación de la doctrina de los actos propios- quien voluntariamente se ha sometido a un régimen reglamentario, ha iniciado (y obtenido) su “carta de ciudadanía” y ha procedido a la faz recursiva en sede administrativa tendiente a obtener un pronunciamiento en la misma a fin de que se reconozca su derecho.- VOTO POR LA NEGATIVA.- - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:-----

-----ADHIERO a los fundamentos dados por el señor Juez que me precede en el orden de votación.- ----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:-----

-----Que disiento con la postura de los jueces que me preceden en el voto, y aún teniendo presente que éstos han formado la mayoría necesaria para provocar la decisión que en definitiva se adopta en estos autos.- -----

-----Debo adelantar que propiciaré hacer lugar a la acción entablada, declarando de oficio la inconstitucionalidad del art. 12 inc. a de la Ley N° 391. A continuación expongo las razones.--

-----Llegan las presentes actuaciones en razón del recurso de apelación concedido a fs. 51 por el “juez de amparo” interpuesto por el actor a fs. 46/50 contra la sentencia de fs. 40/42, que resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta en autos. En su demanda de fs. 19/20 el amparista requirió amparo contra la Junta de Clasificación –Rama Inicial Primaria- y contra el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro, con motivo de la Resolución adoptada por la primera, impidiéndole al actor el ingreso a la docencia por no encuadrar en el requisito fijado en el Cap. VI, art. 12 inc. a) de la Ley N° 391. En su demanda el amparista peticionó el dictado de una cautelar innovativa para que se ordene la inmediata inclusión del mismo en el listado elaborado por la Junta de Clasificación, y se declare inconstitucional la norma por la cual se le excluye de ese listado.- -----

-----En primer lugar cabe considerar que la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, introdujo claramente estos conceptos a partir de nuevas normas que inducen a la discriminación inversa y a la adopción de medidas positivas. El art. 37, apartado segundo, consagra que "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". Tan amplio es el alcance de la protección, que el art. 43, al regular la acción de amparo dándole jerarquía constitucional, establece en el segundo párrafo que "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación ... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".- - - - -

-----En el inc. 19 del art. 75, en el apartado tercero, se dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden "...la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna..."- En el mismo sentido, el inc. 23 de dicho artículo faculta al Poder Legislativo a "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..." - - - - -

-----Tengo presente que María Angélica GELLI, al referirse al principio de igualdad aborda la temática desde la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos (ENMIENDA XIV: julio 9, 1868) en la que se expresó: "1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos..." (María Angélica GELLI, "Constitución de la Nación Argentina", Comentada y Anotada, ed. III actualizada y ampliada, Ed. La Ley, p. 183 y ss.). La autora comenta que la enmienda ha merecido una interpretación y aplicación extensiva a través de diversas sentencias de la Corte Suprema de los EEUU.--

-----Puede decirse que su desarrollo más intenso se encuentra en la famosa nota a pie de página número 4 del caso "Carolene Products" (304 U.S. 144, 152, n.4), resuelto en 1938, que formó parte de una línea de pensamiento tendiente hacia una nueva

percepción de cuál sería el papel adecuado a jugar por los tribunales federales. En dicha nota, el magistrado Stone sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizás no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación.- Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes.- La cuestión de cuándo y cómo determinadas pretensiones constitucionales dan lugar a un examen judicial especial se constituyó en una preocupación esencial de la teoría constitucional a partir de ese momento.- Al mencionar dicha nota la posibilidad de una revisión judicial más activa en ciertos ámbitos, se constituyó en un paradigma para el examen judicial especial de leyes que discriminan contra ciertos derechos o grupos. El primer párrafo, añadido a sugerencia del Presidente del Supremo Tribunal Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución. El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran "aquellos procesos políticos respecto de los cuales puede esperarse ordinariamente que produzcan la derogación de la legislación poco deseable. El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra "minorías aisladas y disgregadas" debería también dar lugar a un "examen judicial más cuidadoso, y citó en su apoyo precedentes que habían invalidado leyes discriminatorias sobre la base de la raza, religión u origen nacional ("Freddo", Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002, Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil; discriminacion.org/jurisprudencia).- - - - -

-----Dicha nota, al señalar que la discriminación contra algunos grupos o derechos debía poner en marcha una sensibilidad judicial especial, simboliza la lucha del tribunal desde finales de los años treinta por terminar con la tradición anterior de intervención judicial que tenía como premisa la libertad contractual (conf. Soifer, A., "Identificación con la comunidad y derechos de las minorías", Rev. del Centro de Estudios Constitucionales, N° 1, setiembre-diciembre 1988, p. 93 y ss.).--

-----Según la Corte de los EEUU., las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas" que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa" (María Angélica GELLI, "Constitución de la Nación Argentina", Comentada y Anotada, ed. III actualizada y ampliada, Ed. La Ley, p. 183 y ss.).- - - - -

-----Las leyes que discriminan en perjuicio de las "clases sospechosas" (suspect classification), o invaden un derecho "fundamental" deben pasar un test muy especial, denominado "escrutinio riguroso" (strict scrutiny) o la prueba de las "libertades preferidas".- En cambio, las restantes leyes deben afrontar un test más simple, el de racionalidad, es decir, determinar si en el caso la diferenciación es razonable (María Angélica GELLI, "Constitución de la Nación Argentina", Comentada y Anotada, ed. III actualizada y ampliada, Ed. La Ley, p. 183 y ss.). Así, por ejemplo, en el caso de los extranjeros, la Suprema Corte entendió que las clasificaciones basadas en la extranjería son intrínsecamente sospechosas y están sujetas a un escrutinio judicial atento; se agregó que los extranjeros debían considerarse como "un acabado ejemplo de una minoría no homogénea y aislada para la cual era apropiada la mayor preocupación judicial" ("Graham v. Richardson", 403 U.S. 365, 1971, entre muchos otros). Esta doctrina se extendió, además, a supuestos en los que no se trataba de clases sospechosas, como el trato desfavorable de algunas leyes hacia los hijos ilegítimos (Corwin, ob. cit., p.- 633). También el Tribunal Constitucional español señaló, en diversas oportunidades, el especial deber de atención que deben prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación laboral por razón del sexo (v. 145/1991, 58/1994, 147/1995, 41/1999), doctrina que coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ("Freddo", Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002, Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil; discriminacion.org/jurisprudencia).- - -

-----Hay una pauta intermedia de valoración que se usa a menudo, según la cual para que una ley sea considerada constitucional debe promover un importante interés del gobierno, y la Corte habrá de realizar una evaluación independiente acerca de la validez del interés buscado. Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un "mayor examen", y no se advirtió la existencia de un importante interés estatal que justificase la distinción (Kiper, C., "Derechos de las minorías ante la discriminación", p. 132; "Freddo", Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002, Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil; discriminacion.org/jurisprudencia).- - - - -

-----La no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con

similar jerarquía), y cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que "en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad" (4-9-2000, S., J. O. v. Travel Club S.A., voto del Dr Kiper, JA. 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe; "Freddo", Buenos Aires, 16 de diciembre de 2002, Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil; discriminacion.org/jurisprudencia).- - - - -

-----Que en 1988 la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió conocer en el caso "Repetto, Inés M. c/Pcia. De Buenos Aires" (CSJN., LL.1989-B, 351; DJ 1987 FALLOS 2,105- CS. FALLOS 311,2272- JA 1988-IV, 643), oportunidad en la que una maestra de nacionalidad norteamericana, que vivía en el país desde los 3 años, inició una acción contra la provincia de Buenos Aires, que en diversas normas le impedía ejercer la docencia invocando su nacionalidad.- - - - -

-----La CSJN. expresó que "no hay ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional" (considerando 4); y que "si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan ("Fallos", t. 305, p. 831 y sus citas), esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de

anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás” (considerando 5) (CSJN., Fallo del 8-11-1988, “Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires”, publicado en “La Ley”, 1989-B, 351).-----

-----Se señaló además, que “--ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución Nacional-- ... toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un \’interés estatal urgente\’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea \’razonable\’” (considerando 7, votos doctores Petracchi y Bacqué).-----

-----Como bien se ha señalado, con posterioridad la CSJN. se pronunció en “Calvo y Pesini Rocío c/Córdoba Provincia de s/Amparo” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24-2-1998, Microjuris, MJJ8254), donde se trató de una ciudadana española, con radicación permanente en la República Argentina, accionando contra la Provincia de Córdoba a fin de que se abstenga de aplicar a su respecto la disposición contenida en el art. 15 inc. a) de la Ley provincial N° 7625 que impide el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integra el Equipo de Salud Humana a quienes no cumplan con el requisito de ser argentinos. Nuevamente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de extranjeros, en este caso, para desempeñarse como personal estatal de equipos de salud.-----

-----En el caso “Hooft”, también resuelto por la Corte Suprema, la cuestión sometida a debate consistía en una norma que deparaba un trato diferente a los ciudadanos argentinos, según su origen nacional (únicamente los ciudadanos naturales o por opción podían acceder al cargo de juez de cámara de apelaciones en el Poder Judicial provincial, y por tanto quedaban excluidos los ciudadanos naturalizados). Es decir, se demandó contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 177 de la Ley Fundamental de dicha Provincia, por ser contraria a la Constitución Nacional, en cuanto le cercena su derecho a ser juez de cámara --o eventualmente de casación- al requerir, para acceder a tal cargo, "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en

país extranjero". En esta oportunidad la Corte Suprema entendió que la norma que preveía esta diferenciación por origen nacional gozaba de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien en este caso no se trataba de la aplicación del artículo 20 de la Constitución (ya que no se trataba de un extranjero), resulta pertinente citar este precedente, ya que la Corte retoma en esta oportunidad la doctrina anteriormente sentada en el voto de los doctores Petracchi y Bacqué en el fallo "Repetto", y afirma que la presencia de uno de los motivos de diferenciación prohibidos por la Constitución hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad. Para la Corte, esta presunción de inconstitucionalidad sólo puede ser levantada atendiendo a los fines que persigue la norma, fines que deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. Además, exige que los medios utilizados para tales fines deben promoverlos efectivamente, no bastando con una genérica "adecuación". La Corte entendió que se debe evaluar "si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego" (CS., Fallo del 16-11-2004, "Hooft, Pedro C. F. c/Provincia de Buenos Aires", publicado en Suplemento Constitucional "La Ley", N° 71, julio 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16-11-2004, Microjuris, MJJ3107).- - - - -

-----Que la Cámara Nacional en lo Civil, Sala J, con fecha 11-10-2006 en "H., L. y otro v.S. F., M." (Publicado: SJA 20-12-2006, JA 2006-IV-382; Lexis N° 35004237) expresó que "La dignidad humana es causa de los derechos humanos por cuanto es de ella que se `desprenden`, `derivan` o `emanan` los derechos humanos" (PIDESC., PIDCP., C. Tortura II, "La dignidad como causa de Derechos", "Dignidad humana y derechos humanos"; Giardino, Rolando E., "Estudios de investigación de Derecho Comparado", Corte Sup., T. 2/3 [2002], pto. V, p. 549).- - - - -

-----Y agregó: La definición de discriminación es "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc." (Diccionario de la Real Academia Española, 1970, p. 483 vta.; Diccionario de la Lengua Española Larousse, Ed. Espasa Calpe, p. 226). La posibilidad de elegir (escoger, preferir) (íd.) no supone que se excluyan o restrinjan los derechos de las personas, por pertenecer a determinado grupo (art. 1 Ver Texto Convención sobre Eliminación de Todas las Formas Discriminatorias de la Mujer). El principio fundamental de igualdad de trato obliga a conceder las mismas ventajas a todos los que estén en iguales condiciones, a menos que se pueda justificar objetivamente su denegación. En el caso se vio afectada la igualdad de tratamiento, no se le dio igual oportunidad a esta pareja,

comparativamente con otra que profesara la religión católica. El derecho de elegir no puede ser ejercido arbitrariamente (art. 1, Ley N° 23592; "Derecho a la igualdad. Enanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26 [Naciones Unidas - Francia]"). Puede verse en Investigaciones I, 1996, p. 18; Investigaciones I, 2002, ps. 7/8. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Sup., ISSN. 1666-3241, "Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de la nacionalidad. Seguridad Social. Trabajadores Migrantes. Derecho Comunitario (Comunidad Europea-Italia)", Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sent. del 15-1-2002, C-55/00, "Elide Gotardo v. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS.)", en Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del tribunal de primera instancia, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Parte I: Tribunal de Justicia, 2002, 1 (A), p. 413; Investigaciones 3, (2001), p. 382, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Sup., ISSN. 1666-3241. En igual sentido, la Corte Constitucional de Sudáfrica, sent. del 21-2-2005, en el caso "Volks No y Robinson and others". La arbitrariedad es un "acto o proceder contrario a la justicia, a la razón, o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho" (Diccionario de la Real Academia Española, 1970, Ed. Espasa Calpe, p. 111). Por más que la demandada tuviera miedo, su conducta no tiene justificación; de la confrontación entre la conducta prudente y la llevada a cabo, surge su obrar culposo (art. 909 CCiv.). Los hechos así lo muestran (art. 512, CCiv.).- -

-----A ello también agregó: VII. Es "deber y facultad de los jueces aplicar las normas del derecho vigente, de conformidad con la regla iura novit curia con prescindencia de los planteos de las partes" (Corte Sup., 14-4-1975, ED. 64-414). Creo oportuno también analizar las normas emergentes de los pactos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en relación al tema (art. 75 inc. 22, CN.). El art. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (4) (Pacto de San José de Costa Rica) establece que: "1. Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizan su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Sin olvidar que el art. 24 dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (5) en las normas contenidas en sus arts. 2 Ver Texto, 3

y 26 traen análogas disposiciones. Aún más, el art. 14.1 amplía el concepto de igualdad al disponer que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia". No sólo se garantiza la igualdad "ante la ley" como lo dispone la primera parte de nuestra Constitución (art. 16), sino que lo extiende a la aplicación de ella. "La ley prohibirá toda discriminación y garantizará contra cualquiera de ellas" (Bidart Campos, G., "Tratado elemental de derecho constitucional Argentino", t. III, p. 187). Tampoco ha de olvidarse que nuestro país está obligado por los compromisos asumidos a adoptar las medidas que sean necesarias para modificar las desigualdades existentes. El art. 75 en su inc. 19 ap. 3 establece que el Congreso Nacional debe sancionar leyes que consoliden "...la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...". En igual sentido, el inc. 23 del mismo artículo, cuando se refiere al Poder Legislativo. Nuestro máximo tribunal, al interpretar el mencionado art. 16 CN., dispone que: "La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga a otros en igualdad de condiciones..." (Fallos 198:112). Se ha señalado un argumento genérico y abstracto. Nótese lo insustancial de la mención para una protección igualitaria ("Cleburne v. Cleburne Living Center", inc. 473, US., 432439 [1985] citado en US Supreme Court, "New York State Club ASSW. v. New York City", 487 US. 1 [1988] 487 US. 1, "New York State Club Association Inc. v. City of New York", et al. Appeal from The Court of Appeals of New York ns. 86-1836. Argued February 23, 1988, decided June 20, 1988 -Findlaw-). IX. Debo concluir recordando unas palabras del Justice Ginsburg, integrante de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuando dice que la justificación debe ser genuina, no hipotética o inventada, post hoc en respuesta al litigio "The justification must be genuine, not hypothesized or invented post hoc in response to litigation...", "See Weimberger v. Wiesenfeld". 420 US. 636, 643, 648 (1975); "Califano v. Goldfarb", 430 US. 199, 223-224 (1977) Supreme Court of United States, n. 94-1941; "United States v. Virginia States and Virginia Military Institute", decided June 26, 1996..."La igualdad no tiene que ver exclusivamente con el número de miembros que alcanzan la norma, sino con los criterios clasificatorios empleados para la selección de esos miembros como incluidos o no en la clase en cuestión" (Leonardi de Herbón, Hebe, "El principio de la igualdad", ED. 149-773).- - - - -

-----Ya en punto al procedimiento migratorio y su control judicial, temática que de modo indirecto se plantea en autos, corresponde remitirse en orden a la brevedad al trabajo realizado por Santiago R. CARRILLO en Suplemento La Ley Administrativo,

jueves 22 de marzo de 2007 (“Procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871. Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales”).- - - - -

- - - - -
-----También tengo presente lo expresado por Rodolfo Luis Vigo (en “Del prometido Derecho a través de normas al real derecho a través de principios”, LL. 21 de mayo de 2007, p. 1 y ss.) en cuanto a que la jurisprudencia nacional, especialmente la constitucional, es una demostración de los cambios señalados en el derecho y así resulta absolutamente habitual que los jueces no sólo advierten que hay en el caso a resolver un conflicto de principios o derechos humanos, sino que incluso juzguen a la norma aplicable desde aquéllos y la descalifiquen considerando que soluciones notoriamente absurdas axiológicamente, irracionales o inequitativas, son incompatibles con el derecho. Lejos queda que la tarea interpretativa consista en desentrañar “el sentido de la norma legal aplicable y aplicarla subsuntivamente, pues los jueces procuran otra técnica aplicativa a la que se llama “ponderación”, “equilibrio racional” o “proporcionalidad”. Desde Portillo a Simón o Massa, pasando por Sesean, Bahamondez, Morales Solá, Peralta, Ekmekdjian, Montalvo, Aquino y muchísimos otros fallos, se exhibe un derecho y una práctica jurídica en donde hay escasa presencia de normas, de soberanía, de ciencia, de silogismos y asepsia axiológica y mucha presencia de principios, jurisprudencia supranacional, de filosofía, de ponderación y convicción ética. Sin embargo, lo sorprendente es que fundamentalmente la cultura jurídica oficial, o que impera en la formación universitaria de los juristas poco ha cambiado desde hace casi ciento cincuenta años”.- - - - -

-----De todos los precedentes expuestos surge con claridad que la norma atacada en autos no cumple con los requerimientos constitucionales, y que no resiste el alto estándar exigido por la Corte Suprema para superar la presunción de constitucionalidad.- - - - -

-----No puede alegarse válidamente que el requisito de nacionalidad constituya una reglamentación razonable de la idoneidad a la que se refiere el artículo 16 de la Constitución.

-----Así, habiendo considerado previamente la Corte que la nacionalidad no puede constituir un requisito de la idoneidad para el ejercicio de la docencia, es decir, cuando se trata de la educación y formación de los ciudadanos, no cabe sino la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión.- VOTO POR LA AFIRMATIVA.- - - - -

- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:- - - - -

-----DECISORIO.-----

-----Por todo ello, propicio ante el Acuerdo:-----

-----1º) Rechazar el recurso de apelación concedido a fs. 51 por el “juez de amparo” interpuesto por el actor a fs. 46/50 contra la sentencia de fs. 40/42, que resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta en autos.-----

-----2º) En su consecuencia, confirmar el pronunciamiento venido en recurso.-----

-----3º) Imponer las costas al vencido.- MI VOTO.----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:-----

-----ADHIERO a la solución que propone el doctor Luis Lutz al tratar la segunda de las cuestiones sometidas a voto.----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:-----

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, corresponderá:-----

-----1) Hacer lugar a la presente acción de amparo.-----

-----2) Declarar la inconstitucionalidad del art. 12 inc. a) de la Ley 391.- ES MI VOTO.-

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por David W. ZUÑIGA SANDOVAL a fs. 46/50 de las presentes actuaciones y confirmar la sentencia de fs. 40/42, que resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta a fs. 14/18 y vta., todo por los fundamentos dados.----- Segundo: Imponer las costas al vencido (art. 68 del CPCyC).- - Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse.- -

Fdo.:LUIS LUTZ JUEZ ALBERTO I. BALLADINI JUEZ VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ EN DISIDENCIA ANTE MI:EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION Tomo II-Se. Nº 69-Folios 572/604-sec. Nº 4.-