

PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

EXPEDIENTE N° 482/ PJCABA/ TSJ/ 00

EXPTE. N° 482/00 - "SANDEZ CARLOS ARMANDO C / GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S / AMPARO S / QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO" -ART. 14 INC. D) DE LA ORDENANZA N° 40.593 (ESTATUTO DEL DOCENTE MUNICIPAL EN ADELANTE EL "ESTATUTO") - EL TSJ HACE LUGAR A LA ACCIÓN DE AMPARO , DISPONIENDO QUE EL GOBIERNO DE LA CIUDAD NO PODRÁ Oponerse a la inscripción del actor en los próximos concursos para el ingreso a la carrera docente con base en lo prescripto en el art. 14, inc. d) del estatuto que regla tal actividad.

Buenos Aires, 29/11/2000

Autos y visto: el expediente indicado en el epígrafe.

Resulta:

1. El Sr. Carlos Armando Sandez inició ante la justicia contravencional una acción de amparo con el objeto de que se "declare la inconstitucionalidad del art. 14 inc. d) de la Ordenanza N° 40.593 (Estatuto del Docente Municipal en adelante el "Estatuto"; B.O. Municipal N° 17.590, del 6/8/85) y, en consecuencia, se permita al suscripto presentarse al concurso para ingreso a la carrera docente en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires" (fs. 6/19, autos principales).

El amparista manifiesta que nació el 14 de marzo de 1953 y que posee el título de profesor para la enseñanza primaria, obtenido en 1998 y expedido por la Escuela Normal Superior Rosario Vera Peñaloza. Dado que el citado artículo del Estatuto dispone que no debe poseerse más de 40 años para el ingreso a la docencia, sostiene que se encuentra excluido de presentarse a concurso. Fundamenta la inconstitucionalidad del Estatuto en lo dispuesto por el art. 11, CCBA, el art. 16, CN y el art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. El Gobierno de la Ciudad, en su informe, además de criticar la vía escogida por el accionante, sostiene que la norma cuestionada es razonable al encontrarse sustentada en criterios pedagógicos y que resulta de aplicación la doctrina fijada por la CSJN en el caso "Belfiore", según la cual los órganos jurisdiccionales no están facultados para apreciar el mérito de una condición como la edad, pues de lo contrario se produciría una intromisión de un poder en las competencias propias de otro (fs. 40/56, autos principales).

3. El juez de primera instancia en lo contravencional hizo lugar al amparo, pero limitó su decisión al concurso previsto para el mes de marzo del año 2000 y, si éste se postergara, para las convocatorias que lo sustituyan.

4. Ambas partes interpusieron recurso de apelación (fs. 256/258 y fs. 259/268, autos principales). La Cámara de Apelaciones en lo Contravencional, al entender que no se configura un daño concreto y que no existe caso judicial, revocó la sentencia apelada (fs. 343/347, autos principales).

5. El amparista dedujo un recurso de inconstitucionalidad (fs. 352/367, autos principales), el que es declarado inadmisibles por la Cámara alegando que el recurrente no ha logrado articular un caso constitucional (fs. 387/388, autos principales).

Esta última decisión es la que motiva la queja deducida ante el TSJ, donde se sostiene que la resolución de la Cámara carece de fundamento; que sí existe un caso constitucional; que la Cámara, al revocar la decisión tomada por el juez de primera instancia, interpretó de manera equivocada los arts. 103 y 113, CCBA y los arts. 116 y 117, CN; que el amparo resulta admisible conforme lo dispone el art. 14, CCBA. En cuanto al fondo, se mantienen los agravios constitucionales referidos al art. 14 inc. d) de la Ordenanza n° 40.593 (fs. 63/81).

6. El juez de trámite requirió los autos principales a la justicia contravencional y corrió vista al Fiscal General, quien entiende, en su dictamen, que debe hacerse lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad (fs. 84, 87 y 88/95).

Fundamentos:

La Jueza Ana M. Conde y los Jueces José O. Casás, Guillermo A. Muñoz y Julio B.J. Maier dijeron:

1. Corresponde, en primer lugar, expedirse sobre el recurso de queja deducido.

La sentencia dictada por la Cámara, impugnada por el recurso de inconstitucionalidad, se basa en una interpretación del art. 14, CCBA y, según argumenta el recurrente, tal interpretación sería errónea. Resulta claro, entonces, que están reunidos los recaudos exigidos por el art. 27, LPT, para considerar admisible el recurso: existencia de una sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa y planteamiento de un caso constitucional.

Además de lo dicho, mediante la acción de amparo iniciada y en los sucesivos recursos, incluido el de inconstitucionalidad se controvierte la validez de una norma local, ordenanza 40.593, frente a lo dispuesto por el art. 11, CCBA. También en este aspecto se verifica la efectiva articulación de un genuino caso constitucional.

Por lo expuesto y en concordancia con lo dictaminado por el Fiscal General, debe concederse el recurso de queja deducido y tratarse las cuestiones constitucionales indicadas.

2. El art. 14 de la ordenanza 40.593 incluido en su Capítulo VII, “De la carrera docente. Ingreso” establece que “El ingreso en la carrera docente se efectuará en cada Área de la Educación por el cargo de menor jerarquía de los escalafones respectivos”. Luego, en siete incisos, son enumeradas las “condiciones generales y concurrentes” para ingresar en la docencia. El inciso cuestionado por el amparista es el d), que fija como condición “No poseer más de cuarenta (40) años de edad en la fecha de llamado a concurso, excepto que posea antigüedad docente, y siempre que la diferencia entre los años del aspirante y los de servicios computados no exceda de cuarenta y cinco” (DM, vol. 1, p. 447).

Resulta inequívoco que una persona mayor de 40 años y que, a la vez, carece de antecedentes docentes, no satisface el recaudo exigido por el art. 14, inc. d) del Estatuto. Es innecesaria una argumentación jurídica para llegar a dicha conclusión, pues basta la simple lectura del texto y la constatación empírica de dos hechos: la edad y la ausencia de antigüedad docente. Resulta manifiesto, entonces, que una persona que se halla en esa situación está en condiciones de ser afectada de forma cierta y directa por el precepto.

En tanto los concursos deben realizarse de forma periódica, también se verifica el carácter inminente de la afectación. El art. 17 del Estatuto dispone que los concursos se realizarán “de acuerdo con el cronograma fijado y aprobado por la autoridad competente”, mientras que el decreto 611/86 (DM., vol. 1, p. 465), que reglamenta al Estatuto, establece en su art. 17, punto I, que “La inscripción para los concursos se realizará del 1° al 30 de abril de cada año”. En términos de la CSJN, se trata de “un evento recurrente cuya desaparición fáctica o pérdida de virtualidad no es imaginable” mientras se mantenga el orden legal en juego (Fallos: 310:819). Tal recurrencia asegura el interés del accionante, por lo que resultaría irrazonable exigir la espera de un llamado a concurso para que, durante su trámite, se efectúe una petición administrativa cuya contestación negativa no deje lugar a duda.

Dado que no hay obstáculo alguno para el conocimiento judicial del caso por vía de la acción de amparo (art. 14, CCBA), es posible revocar la sentencia recurrida y resolver la cuestión de fondo planteada (conf. art. 31, segundo párrafo, LPT).

3. La cuestión a decidir consiste en evaluar la validez constitucional del ya citado inc. d) del art. 14 del Estatuto, frente a la situación del amparista, quien tiene actualmente 47 años de edad (fs. 4, autos principales), posee el título de “Profesor para la enseñanza primaria” expedido por la Escuela Normal Superior “Rosario Vera Peñaloza” n° 174 de la Provincia de Buenos Aires (fs. 1, autos principales) y carece de antigüedad docente (confesión expresa en su escrito inicial, fs. 6 vuelta, autos principales).

La cláusula constitucional invocada, art. 11, CCBA, establece lo siguiente: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente,

no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción y menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad” el destacado es nuestro.

A la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos jurídicos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad. Así, por ejemplo, la edad incide prima facie de manera razonable en cuanto al ejercicio de los derechos políticos (art. 1, ley 19.945) o a la atribución de la capacidad civil (arts. 31, 52 y concordantes, CC).

Se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una segregación.

Lo dicho significa que debe evaluarse, en cada caso concreto, cuáles son las razones que justifican la distinción, las que deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye.

4. En el caso no se ha aportado ninguna razón que justifique la razonabilidad del recaudo de edad como rasgo relevante para acreditar la idoneidad para acceder a la carrera docente (art. 43, segundo párrafo, CCBA, al disponer que la Ciudad “Garantiza un régimen de empleo público ... basado en la idoneidad funcional” y conf. Villegas Basavilbaso, “Derecho Administrativo”, t. III, párrafos 288 y 290, p. 363 y ss., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953), o a la luz de las pautas que en materia educativa establece la CCBA en su Libro Primero “Derechos, Garantías y Políticas Especiales”, Título Segundo “Políticas Especiales”, Capítulo Tercero “Educación”, arts. 23 y 24.

Durante el debate de la ordenanza en el ex Concejo Deliberante de la Ciudad no se manifestó razón alguna que fundamente la inserción del límite de edad (fs. 209/236, autos principales), mientras que, ante el pedido de informe de la propia Procuración General de la Ciudad, la Secretaría de Educación no especificó cuáles han sido las políticas educativas o los criterios pedagógicos que fundan el punto cuestionado del Estatuto (fs. 35/38, autos principales).

En sus presentaciones, la Procuración General de la Ciudad sólo afirma la existencia de criterios pedagógicos, pero sin explicitarlos ni, por ende, justificarlos. Es más, el eje de su razonamiento no consiste en una defensa argumentada de la condición requerida, sino que se basa en la exclusión del control judicial de las normas dictadas por la administración en ejercicio de sus potestades discrecionales y vinculadas con el ejercicio de la actividad docente (fs. 53/54).

En síntesis, no se explica cuál es la razón pedagógica o de otra índole para fijar como requisito de ingreso para la carrera docente la edad de 40 años.

5. La consideración del derecho público provincial de la materia muestra una gran disparidad de criterios, no derivándose de su examen un consenso sobre la necesidad de fijar un límite y, en caso de aceptación, sobre la edad en concreto escogida y, a la vez, sobre las excepciones que pueden ser admitidas.

Como ejemplo de tal diversidad pueden considerarse los estatutos docentes de las Provincias de: a. Santiago del Estero, que fija como condición general contar con menos de 40 años, pero los comprendidos entre los 40 y los 45 años pueden solicitar su ingreso si demuestran su “honda preocupación por el problema docente”. Sin embargo se exceptúa “a aquellos docentes que por situaciones especiales, hubieran obtenido el título fuera de la edad exigida, movidos por un afán de superación” (punto 5º, art. 10, ley 371); b. La Rioja, prohíbe el ingreso de quienes hayan cumplido 45 años, pero permite el ingreso de los mayores de 45 pero menores de 50 que hubieran desempeñado funciones docentes (art. 12, ley 2691); c. La Pampa, exige poseer una edad máxima de 35 años, pero permite el ingreso de quien, sobrepasando dicho límite, acredite una antigüedad igual a la excedida en edad como trabajador de la educación (art. 11, inc. d, ley 1124); d. Chubut, fija como condición general contar como máximo con 40 años, pero autoriza a ingresar a quienes con más de 40 años hubieran desempeñado funciones docentes superiores a 1 año y siempre que la diferencia entre los años de edad y los servicios computables no exceda de 45 años (art. 30, ley

1820); e. Buenos Aires, incluye como requisito poseer una edad máxima de 45 años, pero exceptúa a quienes sobrepasan dicho límite y acrediten haber desempeñado funciones docentes en el mismo nivel dentro de los últimos 5 años (art. 57, inc. e, ley 10.579).

Por su parte, los estatutos docentes de las Provincias de Tierra del Fuego (art. 9, ley 261), Salta (art. 11, dec. 60/95), Río Negro (art. 13, ley 391), Misiones (art. 14, ley 174), Mendoza (art. 32, ley 2476), Jujuy (art. 7, ley 3520), Córdoba (art. 11, dec. ley 1910/57) y Catamarca (art. 13, ley 3122) no incluyen una edad máxima como límite para presentarse a los concursos de ingreso a la docencia.

6. Si se considera la condición de la edad en correlación sistemática con otras condiciones “generales y concurrentes” exigidas por el Estatuto, también se advierte su falta de razonabilidad.

El inc. b) del art. 14 requiere “poseer el título docente que corresponda en cada área para el cargo o asignatura, o en su defecto, y sólo en los casos que este Estatuto lo admita, el título técnico profesional, de nivel medio, terciario o universitario, o certificado de capacitación afín con la especialidad respectiva”. El art. 15, referido a la valoración de los títulos, considera al “título docente para el cargo” (inc. a), al “título habilitante para el cargo” (inc. b) y al “título supletorio para el cargo” (inc. c). A su vez, de acuerdo al art. 16 del Estatuto y al art. 16 del dec. 611/86, cuando no se presenten aspirantes en las condiciones establecidas por el art. 14 o si ninguna de las vacantes del llamado a concurso fuese cubierta, se declarará desierto el concurso y se convocará a uno nuevo al que podrán presentarse no sólo quienes posean los títulos indicados en el art. 15, sino también aspirantes “sin título o con títulos que no tengan competencia o afinidad con el cargo o la asignatura a cubrir o no son reconocidos oficialmente”.

Esta reseña muestra lo irrazonable de este aspecto particular del régimen, pues podría eventualmente ingresar a la carrera docente una persona sin título y no poder ingresar, en cambio, una persona con título, pero que sobrepasa una edad máxima, como es el caso del amparista.

7. En suma, no se ha aportado ninguna razón sustancial de carácter pedagógico vinculada a la idoneidad o referida a la política de incorporación de recursos humanos, que justifique fijar una edad máxima como límite al ingreso a la carrera docente. El examen de dicha condición, por lo contrario, muestra una velada hostilidad hacia las personas comprendidas entre los 40 años y la edad que permite el goce de una jubilación, pues aún cuando acrediten su idoneidad y aptitud psicofísica para ejercer la docencia, se las excluye. Es decir: la cláusula bajo análisis contribuye a excluir a un grupo de personas que, dadas las actuales condiciones económicas, quedan colocadas en una situación social vulnerable.

Idéntico reproche merece lo restrictivo de la excepción contemplada por el Estatuto. Lejos de favorecer el emprendimiento, por parte de las personas ya adultas, de nuevos estudios para ingresar o en definitiva reingresar al difícil mundo del trabajo, se obstruye dicha posibilidad sin siquiera esbozar una mínima justificación, basada en criterios relativos a la idoneidad educativa o pedagógica.

En tal sentido, se consagra una discriminación perversa que coloca a las personas de más de cuarenta años en una situación de inferioridad sobre la base del prejuicio de considerarlos “elementos humanos poco útiles, desactualizados, sin iniciativa, desgastados o enfermos”, cuando se ha comprobado que la leve disminución de memoria, fuerza física, o reflejos que traen los años aún en esta etapa de la vida de madurez plena, se ve generosamente compensada, en la mayoría de los casos, con experiencia y creatividad. Recuérdese en tal sentido, tomando situaciones extremas y a modo de ejemplo, que Miguel Ángel Buonarrotti (1475-1564) continuó su producción artística hasta los 89 años y Johan Wolfgang von Goethe (1749-1832) escribió hasta los 83, y en la Argentina, Ernesto Sábato (nacido el 24 de junio de 1911) nos sigue brindando sus cada vez más sabias enseñanzas a los 89 años, con lo cual se desmiente la consistencia y razonabilidad de los fundamentos implícitos que pudieron haber llevado a levantar una barrera rígida y sin excepciones, a partir de la edad de 40 años, para el ingreso a la Carrera Docente en la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más aún cuando tal decisión que no se explica carece, incluso, de sustento científico serio, creando un gueto de desocupados en la ya castigada mediana edad.

Es preciso destacar, además, que el art. 11, CCBA y sus concordantes art. 36 referido a la igualdad entre varones y mujeres, art. 39 referido a los niños, niñas y adolescentes, art. 40 referido a la

juventud, y art. 41 referido a las personas mayores no sólo prohíbe dictar reglas que establezcan distinciones discriminatorias, sino que le impone a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas conf. asimismo art. 80, inc. 7, por el cual la Legislatura debe promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato.

8. En cuanto a la invocación por parte del Gobierno de la Ciudad del precedente “Liliana Inés Belfiore v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos: 308:1726), es preciso señalar que allí la CSJN tuvo en cuenta dos razones sustanciales para rechazar la arbitrariedad de la resolución que se impugnaba, las que no son trasladables a este caso.

La primera razón expresada reside en que “las ordenanzas invocadas no impedían la fijación de un tope de edad máxima inferior al determinado globalmente para el personal municipal” (considerando 4º). Al respecto, tal como señala el Fiscal General en el punto 10 de su dictamen (fs. 92 vuelta/93), la ley 471, que, sin perjuicio de lo dispuesto por estatutos especiales, expresa las directivas básicas sobre el empleo público en el ámbito de la Ciudad, no incluye una edad máxima como límite al ingreso como lo hacía la ordenanza derogada 40.401 al fijar en su art. 4, inc. d., la edad de 45 años, aún cuando se establecía que de existir circunstancias especiales podía efectuarse una “dispensa de edad” (DM, vol. 1, p. 334), mientras que especifica en su art. 2, incisos a y c, que las relaciones de empleo público se desenvuelven bajo los principios de “ingreso por concurso público abierto” e “igualdad de trato y no discriminación” (BOCBA n° 1026, p. 19020), criterios ante los cuales la ordenanza 40.593 no exhibe fundamentos para modificarlos con respecto a la especial relación de empleo público que ella regula.

La segunda razón expuesta consiste en que “el establecimiento del límite del caso no resulta irrazonable a la luz de las características de la actividad por desempeñar, de la existencia de antecedentes sobre la materia en el ámbito comunal, del particular régimen jubilatorio y de los fines que inspiraron el llamado a concurso”. Se aprecia que todas estas circunstancias particulares referidas a un “concurso para bailarinas de fila en el Teatro Colón” y sobre cuya base la CSJN justificó la razonabilidad del límite, carecen de semejanza con las que exhibe este caso.

En cuanto a la supuesta invasión de las potestades propias de la administración, que aduce la demandada, valga responder que sólo se trata de ponderar, frente a la situación del amparista, la validez de una regla del orden jurídico de la Ciudad ordenanza 40.593, de acuerdo a las pautas constitucionales locales art. 11, CCBA.

Es preciso recordar, en cambio, lo expuesto por la CSJN al evaluar el requisito de altura mínima en el ámbito específicamente de la docencia un metro sesenta, implementado por la res. 957/81, en cuanto “es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital. Por lo mismo, cabe preguntarse si no sería más compatible con la estructura democrática de aquél, antes que el requisito del metro sesenta, la exigencia de un juramento de lealtad a la Constitución Nacional que incluya el expreso compromiso de repudiar desde la cátedra la promoción por parte de cualquier persona, simple ciudadano o funcionario de los poderes constituidos, de toda idea o acto que conduzcan al desconocimiento de sus principios y garantías fundamentales” (Fallos 306:400; considerando 13, voto de los Dres. Belluscio y Petracchi).

9. Por las razones expuestas, concordamente con lo dictaminado por el Fiscal General, corresponde concluir en la inconstitucionalidad del inc. d, del art. 14 de la ordenanza 40.593 en cuanto impide al amparista presentarse a los concursos para ingresar a la carrera docente y, por consiguiente, hacer lugar a la acción de amparo deducida, con costas (art. 62, CCAyT).

La Jueza Alicia E.C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto de mis colegas y agrego apenas un par de reflexiones destinadas a refutar la interpretación de la Cámara en cuanto a cuáles son los presupuestos de admisibilidad del amparo en el ámbito local.

La decisión que es objeto de recurso afirma la improcedencia del amparo toda vez que, en el caso, no habría lesión actual o inminente, ni perjuicio concreto para la actora. Señalo, en primer término, que el art. 14 de la CCBA, no incluye el requisito al que alude la decisión impugnada. En segundo lugar y como se sigue de los argumentos del Tribunal expuestos más arriba -que comparto- la

imposibilidad de concursar es, para Sandez, de toda evidencia, y no requiere para hacerse efectiva del llamado a un concurso determinado al que no sería admitido, pese a reunir las calidades técnicas exigidas por el régimen jurídico aplicable. La norma general que cuestiona es suficientemente clara como para que pueda saber con antelación que el límite a la edad establecido en el art. 14, inc. d) de la Ordenanza 40.093, y cuya inconstitucionalidad postula, le resultaría aplicable. En consecuencia, la pretensión del actor no es para nada conjetural, como sostiene la sentencia recurrida.

Sin embargo, quiero insistir en que, aún en la interpretación que la Cámara diera al caso en análisis, el amparo sería pertinente. La interposición de una acción de este tipo, no requiere, en el marco definido por la CCBA (art. 14) que se encuentren vulnerados derechos y garantías constitucionales sino que bastaría un alto grado de posibilidad en cuanto a la afectación de aquellos. Quiero decir que, según el orden constitucional, el amparo no es, únicamente, una vía de tutela represiva. Es también, con igual fuerza, un medio de tutela jurisdiccional inhibitorio.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

resuelve:

1º) Hacer lugar al recurso de queja.

2º) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido y revocar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional de fs. 343/347, autos principales.

3º) Hacer lugar a la acción de amparo, en los términos del punto 9 de los fundamentos antes expuestos, por lo que el Gobierno de la Ciudad no podrá oponerse a la inscripción del actor en los próximos concursos para el ingreso a la carrera docente con base en lo prescripto en el art. 14, inc. d) del Estatuto que regla tal actividad.

4º) Imponer las costas al vencido.

5º) Mandar se registre, se notifique a las partes y al Fiscal General, se ponga en conocimiento de la Comisión de Educación de la Legislatura de la Ciudad, se agregue a los autos principales y se devuelva a la justicia contravencional.

Sin relaciones definidas