

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza – Sala Primera

**SOLICITA INTERVENIR COMO AMIGO DEL TRIBUNAL. ACOMPAÑA  
DICTAMEN.-**

Sres. Jueces de la Suprema Corte de Justicia:

Fundación **Poder Ciudadano**, representada en este acto por **Pablo Secchi**, DNI 26.644.953, en su carácter de **Director Ejecutivo**, tal como surge de la copia simple del poder y estatuto de la fundación que se acompañan; La **Fundación Nuestra Mendoza**, representada en este acto por **Fernando Barbera**, DNI 17. 410.578, en su carácter de **Presidente**, tal como surge de la copia simple del estatuto y del poder que se acompañan; y **La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia** (de aquí en adelante ACIJ), representada en este acto por su presidenta la **Dr. Dalile Antúnez**, D.N.I. 27.410.386, (tal como surge de la copia simple del estatuto y del poder que se acompañan), todos con el patrocinio letrado de **Nicolás Andres Artal Conte**, Matrícula 8881, constituyendo domicilio legal para todos los efectos procesales en Colón 423, piso 1, oficina 1, Ciudad de Mendoza, Mendoza, en la causa **“FUNDACIÓN CENTRO LATINOAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS C/ GOBIERNO DE LA PROV. DE MENDOZA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD”** (Expte. 103790122), CUIJ: 13-03757381-1, que tramita ante dicho Tribunal, nos presentamos y respetuosamente decimos:

**I. OBJETO.-**

En el carácter invocado, venimos por medio del presente a solicitar a este honorable Tribunal Superior de la Provincia de Mendoza que admita a Poder Ciudadano, a Nuestra Mendoza y a ACIJ, como Amigos del Tribunal en

los términos del artículo 46, apartado II), inc. 5) del Código Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

Habiendo tomado conocimiento del caso y en nuestros rol de fundaciones defensoras de la institucionalidad, el gobierno transparente y los principios republicanos, nos dispondremos a desarrollar consideraciones jurídicas relativas a diversos principios y argumentos de derecho constitucional, nacional e internacional de relevancia para la resolución del caso de referencia, sobre todo en lo que respecta a la protección de los principios de igualdad e idoneidad como requisitos insoslayables para el ingreso a los cargos públicos.

## **II. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD.-**

### **II.1.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD CONFORME LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y TRIBUTARIO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA.-**

Conforme establece el Código de Rito de la provincia, los requisitos esenciales para que sea admitida la intervención en calidad de Amigo del Tribunal son:

#### **II.1.a).- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN.-**

En atención al grado de trascendencia institucional que reviste la litis y habida cuenta del extenso conocimiento jurídico de nuestras organizaciones, como así también nuestra reconocida trayectoria en el debate de la cosa pública, consideramos que el presente dictamen resultará ser un valioso baluarte para el Tribunal. Por ello solicitamos se haga lugar a la petición y se proceda a dar traslado a las partes.

## **II.1.b).- RECONOCIDA COMPETENCIA SOBRE LA CUESTIÓN DEBATIDA EN EL PLEITO.-**

La Fundación Poder Ciudadano es una organización que lidera el trabajo por el buen gobierno del Estado, la transparencia en el manejo de la cosa pública y el compromiso por vigorizar las instituciones de la democracia.

Desde hace más de 29 años su trabajo impacta en la vida de las ciudadanas y ciudadanos que ven en la institución una referencia para el control de los actos de gobierno y un canal efectivo para la participación y expresión de las demandas fundamentales para el respeto de las instituciones.

Desde 1993 Poder Ciudadano es el Capítulo Argentino de Transparency International, organización que lidera la lucha contra la corrupción a nivel global.

La Fundación Nuestra Mendoza es una organización que desde el año 2009 trabaja con gobiernos de la provincia, en sus diferentes niveles, promoviendo la transparencia, la participación ciudadana y la institucionalidad.

La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia es una organización apartidaria, sin fines de lucro, dedicada al fortalecimiento de la democracia en Argentina.

Fundada en 2002, ACIJ tiene por objetivos defender la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los principios del estado de derecho, promover el cumplimiento de las leyes que protegen a los grupos desaventajados y la erradicación de toda práctica discriminatoria, así como

también contribuir al desarrollo de prácticas participativas y deliberativas de la democracia.

La experiencia de ACIJ en la materia de este caso es extensa. Como miembros de la coalición UNCAC, participamos en seminarios internacionales sobre políticas anticorrupción y publicamos numerosos documentos sobre el tema. A su vez, ACIJ es miembro de la Mesa Nacional de Gobierno Abierto (OGP) y un miembro activo desde hace varios años de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP según sus siglas en inglés), espacio desde el que monitorea políticas de transparencia y apertura de datos de la gestión pública.

Por todo ello consideramos que el Tribunal, sin dudas, hallará en nuestra opinión una valiosa herramienta para decidir la presente controversia.

## **II.2.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD CONFORME LO DISPUESTO POR LA ACORDADA 28/2004 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-**

### **II.2.a).- INTERÉS PARA PARTICIPAR EN LA CAUSA.-**

La presente disputa, conforme ya fue expresado en el apartado del objeto, presenta una situación de grave afectación institucional.

Más allá del interés genérico que nuestras instituciones podrían llegar a compartir con cualquier ciudadano/a de rogar por el respeto a los principios republicanos sobre los cuales nuestra sociedad se asienta, Poder Ciudadano tiene un especial interés en el presente.

Ello mismo surge explícitamente de su estatuto, donde establece que *“Trabajamos por el fortalecimiento de las instituciones encargadas de controlar la corrupción y la transparencia en la gestión del Estado...”* (el

subrayado me pertenece). Siendo que en el presente caso la discusión versa sobre afectaciones de principios constitucionales de igualdad, prevención de actos de corrupción y transparencia en la elección de agentes del Estado, reviste de gran interés e importancia para la Fundación la posibilidad de participar brindando una opinión fundada en derecho.

Por ello, consideramos que se encuentra por demás justificado el interés de nuestras organizaciones de intervenir en el presente pleito.

#### **II.2.b).- EXISTENCIA DE ALGÚN TIPO DE RELACIÓN CON LAS PARTES DEL PROCESO.-**

Las organizaciones firmantes no poseen relación con ninguna de las partes, ni han recibido financiamiento o apoyo alguno de las mismas, lo que garantiza que la opinión que se emite en el presente no contenga otro interés que colaborar con una mejor dilucidación del caso.

Respecto a los restantes requisitos, dada la identidad exigidos por el Máximo Tribunal y aquellos establecidos en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, en aras a la celeridad, me remito a los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, y solicito se los tenga por cumplidos.

#### **III. ANTECEDENTES**

Debido a que los antecedentes fácticos de la presente causa ya han sido desarrollados por ambas partes, y dado que han alcanzado un status de notoriedad, se hará a continuación sólo un breve recuento de los hechos por los cuales se solicita que el Tribunal haga lugar al pedido de intervención de nuestras organizaciones.

El 15 de julio de 2015, el Sr. Juan José Archua y la Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, interpusieron acción de inconstitucionalidad contra la Provincia de Mendoza, a fin de que la Suprema Corte declare la inconstitucionalidad y, en consecuencia, la inaplicabilidad de la ley 8798 (publicada en el B.O el 23-06-15), que ratifica los Decretos Nros. 767/15, 771/15, 772/15, 774/15, 775/15, 778/15 y 779/15, todos de fecha 22 de mayo de 2015. Esta normativa homologa el pase a planta permanente o ascensos en el Estado Provincial - tanto en la administración central como en sus entes descentralizados - de un conjunto de agentes sin acreditar un procedimiento que garantice los principios de igualdad o de idoneidad.

Dada la manifiesta arbitrariedad que importó la sanción del acto de gobierno por parte del Poder Ejecutivo provincial y su posterior ratificación por el Legislativo, se ha virtualizado una flagrante violación al sistema de control republicano, efectivo mediante la división de órganos del Estado. Dicho acto resulta contrario a la Constitución Nacional y Provincial.

#### **IV. FUNDAMENTOS.-**

##### **IV.I. EL SISTEMA REPUBLICANO DE GOBIERNO Y LOS DERECHOS CIUDADANOS.**

La forma de gobierno republicana, consagrada en el art. 1 de la Constitución Nacional, en su más pura acepción - esto es, desprovista de su concepción como régimen y sistema político -, establece que la titularidad del poder estatal se halla en la sociedad. Sin embargo, conforme surge del corpus mismo de nuestra Carta Magna, dicha titularidad sólo puede ser ejercida mediante sus representantes. Por lo que resulta que la misma se ve plasmada necesariamente a través de los órganos de gobierno

que componen al Estado. De esta forma, estos órganos se ven obligados a rendir cuentas a sus mandatarios y mandatarias, y su ejercicio se ve constreñido por una serie de reglas de las cuales no pueden prescindir.

Ya la Corte se ha manifestado respecto a la importancia de velar por el principio republicano - en juego en autos - en el fallo Provincia de Santa Fe, en donde manifestó que *“... la Constitución al adoptar la forma de gobierno establece en su artículo 1° el régimen federal. Tanta importancia tiene esta modalidad política de organización, que la propia Carta Magna la coloca a la par con los caracteres de gobierno republicano y representativo. De ahí que esa trilogía integra la forma de gobierno de la Nación; extremo que exige su máxima adecuación y respeto, ya que violar cualquiera de ellas es afectar las bases mismas del sistema político que nos rige”* (Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad).

Asimismo, resulta oportuno resaltar lo sostenido por el Máximo Tribunal respecto a la supremacía que tiene nuestra Máxima Norma sobre todo el ordenamiento jurídico, incluso sobre las constituciones provinciales: *“... si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5° y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 1° y 5°) ...”* (Zavalía, José Luís c/ Santiago del Estero, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo).

Consecuentemente, las reglas que delimitan el obrar del Estado son el principio de legalidad y razonabilidad, consagrados en el art. 19 y art. 28 respectivamente. Ello conforme ha expuesto la Corte en el precedente Iztcovich, en donde dijo que *“Que si bien lo señalado es regla general, el art.*

*1°de la Constitución Nacional, al establecer el principio republicano, impone la racionalidad a todos los actos de gobierno de la República y la republicana separación de poderes debe ser funcional a ese objetivo y nunca un obstáculo a éste (...) Al respecto, cabe destacar que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional” (Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/reajustes varios).*

Luego de lo expuesto precedentemente, resulta oportuno analizar los derechos en juego en el obrar del Poder Ejecutivo provincial al dictar los decretos cuestionados en el presente caso. Al respecto, conforme se ha expuesto en el apartado III), es posible vislumbrar una incompatibilidad entre lo dispuesto por estos decretos y el texto de la Constitución, tanto Nacional como Provincial. Ambos textos hacen una expresa mención respecto al empleo - y en particular la Constitución de Mendoza respecto al empleo público -, y en ambos se llega a la misma conclusión: la idoneidad e igualdad como piedras angulares. El artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Similar es la norma constitucional mendocina, que en su artículo 30 desconoce otra condición que la conducta y capacidad para ser admitida una persona como empleada pública. El pase a la condición de planta permanente de empleados públicos debe contemplar siempre una previa acreditación de esta idoneidad y capacidad que formulan los textos constitucionales.

Esta interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional haya total cabida con lo dispuesto por la Corte Suprema (quien incluso hizo mención de que es una lectura que ya ha sido validada en diversas



ocasiones), en el fallo Gottschau donde dijo que *“El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). (Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo).*

Ahora restaría arribar a una definición o aproximación respecto a “idoneidad”. Sobre ello, el Procurador de la Nación, en el fallo Hooft dijo que *“la Corte ha definido a tal recaudo como el conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o por reglamentos. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones (Fallos: 321:194). (Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad).*

¿Sería posible afirmar que mediante el método empleado por la Administración mendocina, es decir una contratación directa mediante un decreto, fueron respetados dichos principios rectores?

A fin de responder esta pregunta, es menester analizar a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad los actos del Estado Provincial.

El Poder Ejecutivo debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto por ley a la hora de gobernar y en lo que nos concierne, al incorporar agentes públicos que desarrollen tareas estatales. La discrecionalidad aquí no tiene lugar, ya que el decreto ley provincial N°560/73, ajustándose al mandato constitucional, específicamente establece en su artículo 9 la necesidad de acreditar idoneidad para el ingreso a la función pública especificando que *“El ingreso a la función pública se hará previa acreditación de la idoneidad...”*. Cualquier omisión a esta disposición, que es a todas luces clara

y muy específica en cuanto al requerimiento de acreditar capacidad para ocupar el puesto, es manifiestamente ilegal por parte del Estado, mereciendo ser considerado como nulo o ineficaz.

#### **IV. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN**

Más allá de este principio republicano que guía los actos de gobierno, nuestro país ha incorporado a la legislación la Convención Interamericana Contra la Corrupción (en adelante “OEA”) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante “ONU”) mediante la sanción de las leyes 24.759 y 26.097 respectivamente.

En la OEA, el artículo III establece medidas preventivas contra la corrupción, específicamente en su inciso 5 dispone que los Estados deberán implementar “*Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas*”. Asimismo, el instrumento de la ONU postula en su artículo 7.1.a) que los sistemas a implementarse para la selección de empleados públicos “*Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud*”.

A mayor abundamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la Resolución 01/18 de fecha 2 de marzo de 2018 que “*Enfatizando que la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas y por ello se requiere el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos. Conscientes que la falta de transparencia de la gestión pública facilita la*

*corrupción e impide el control ciudadano y el escrutinio de la prensa sobre asuntos críticos como la contratación pública y la gestión del presupuesto, en particular sobre gastos en infraestructura y programas sociales; las actividades de lobby; el conflicto de interés y sistemas de empleo público, así como el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas.”*

De esta manera el requisito insoslayable que resaltan ambas convenciones sobre la equidad al momento de seleccionar funcionarios públicos se convierte en un mecanismo clave para prevenir la corrupción en el sector público. El principio de Igualdad no solo se reafirma como vital para hacer prevalecer la Constitución y sus postulados fundamentales sino también como herramienta para prevenir acciones u omisiones indebidas que se alejen del propósito de la administración pública: la satisfacción de los derechos de la ciudadanía. Además de perseguir condiciones de igualdad entre los aspirantes a ocupar estos cargos lo que también se busca es prevenir que éstos se cubran mediante criterios discrecionales, por cercanía a otros funcionarios ya sea debido a vínculos de afinidad o parentesco.

Es imprescindible entender que la preocupación por la prevención y erradicación de la corrupción no es un fin menor: sin una buena administración guiada por fines exclusivamente constitucionales y no interesados no es posible la concreción de derechos fundamentales y humanos básicos.

Las Fundaciones a las que representamos y por las cuales nos presentamos a usted tienen como uno de sus fines el fortalecimiento de los valores democráticos y republicanos, velando entre otras cosas por la transparencia en el manejo de la cosa pública. Pese al esfuerzo dedicado por múltiples actores en este campo, aún queda un largo camino por recorrer en el diseño de sistemas de contratación de empleados de la administración

pública. Es necesario velar por la publicidad en los llamados a concursos públicos en la búsqueda de idoneidad para cubrir los cargos. Para ello es necesario diseñar metodologías que persigan la eficiencia, transparencia y meritocracia en la selección. Hoy en día esta exigencia no es una realidad en nuestro país, al mismo tiempo que la misma administración pública en todas sus jurisdicciones realiza contrataciones irregulares de sus empleados que vician desde el inicio el paso de un agente por el servicio público.

#### **V. RIESGOS DE TOLERAR EL NEPOTISMO**

Habiendo delineado el marco normativo y las decisiones jurisprudenciales por el cual la conducta implementada por el Poder Ejecutivo provincial resultaría lesiva de un Estado Republicano, desarrollaremos a continuación los riesgos que acarrear tolerar estos actos de nepotismo.

Si bien a esta práctica suele vinculársela sólo con actos relacionados con familiares de funcionarios, también abarca a amigos y allegados. Al respecto, cabe señalar que el 8 de agosto de 2017, la Provincia de Mendoza sancionó la ley Nº 8.993 de Ética Pública, la cual específicamente impone a todo funcionario que desempeñe su cargo en la provincia la obligación de actuar con responsabilidad, transparencia y honestidad, como así también, *“defender la democracia dentro del sistema representativo, republicano, federal y democrático de gobierno”* y *“velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”*. Como corolario, en su artículo 7, inciso 7, dispone la prohibición de *“designar parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o tercero de afinidad para que presten servicios en la repartición a su cargo”*. Esta norma,

lejos de ser un acto aislado, se enmarca en un clima en el cual se encuentra nuestra sociedad, que ha decidido exigir más transparencia a las instituciones que la gobiernan.

Si bien la respuesta hasta ahora ha sido acotada en cuanto su alcance, podría mencionarse como hitos posteriores la sanción del Decreto 93/2018 en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, el cual prohíbe la designación de familiares de funcionarios dentro de la órbita del Estado Nacional, al que adhirieron la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Entre Ríos y el Decreto 61/2018 de la Provincia de Buenos Aires, que establece la misma prohibición en la órbita del poder provincial. Asimismo, en la Provincia de Salta, se ha presentado un proyecto de ley que busca la prohibición de esta práctica. Otros gobernadores también se han manifestado a favor de estas medidas, pero aún no han implementado mecanismos para erradicarla.

Asimismo, el jurista Carlos Nino al referirse a la corrupción sostenía que *“la corrupción se expande en la medida en que existen oportunidades para ella. Las oportunidades para la corrupción dependen de factores como la discrecionalidad de ciertos funcionarios, la falta de transparencia de los actos y procedimientos de la administración, la falta de controles externos”*.<sup>1</sup>

Conforme ello, cabría preguntarse, ¿qué mecanismo de control podría llevarse adelante frente a una contratación realizada en contra de estos principios? Siendo que, a simple vista, la propia Administración ha fallado en mantener la ética pública, corresponde a la justicia el velar porque esta práctica sea detenida, especialmente como en el caso en autos, en donde de la simple lectura de los hechos, la violación resulta flagrante. De lo contrario, la fragilidad de nuestras instituciones será perpetuada, y

---

<sup>1</sup> Carlos Nino, *Un país al margen de la ley*. 7/01/2005

será botín de quien detente el poder, haciendo de la república una mera caricatura.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

Esta situación expuesta sobre la irregularidad del empleo público y el nepotismo en la Argentina no puede ser óbice a desconocer el principio de igualdad e idoneidad para el desempeño del empleo. Negar que las contrataciones deban realizarse sobre la base de concursos igualitarios es desconocer nuestra Ley Suprema y las obligaciones a las cuales nuestra Nación se ha obligado mediante la ratificación de las mencionadas Convenciones. Ninguna circunstancia puede justificar el desconocimiento de esta premisa básica.

Las leyes tampoco pueden permitir métodos discrecionales a la hora de asignar agentes públicos, cualquiera que fuese su función y sus tareas a cumplir. Desconocer esto puede dar lugar a mecanismos poco democráticos como los denominados medios de “puerta giratoria”, donde la discrecionalidad en las contrataciones puede permitir que el sector público y el privado se desdibujen en detrimento de los objetivos constitucionales de bien común.

No es casualidad que las Convenciones cuyos objetos buscan la erradicación de la corrupción dediquen artículos enteros a los métodos de selección de personal del Estado. Esta es una preocupación que traspasa fronteras y debe ser tratada con la importancia constitucional que merece.

#### **V.- PETITORIO**

Por todo lo expuesto, a dicha Suprema Corte de Justicia solicitamos:

a) Se tenga a la Fundación Poder Ciudadano, a la Fundación Nuestra Mendoza, y a la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, por presentadas en calidad de Amigo del Tribunal en los términos del art. 46, sección II), Código Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza y por constituido el domicilio legal indicado.

b) Se declare la admisibilidad formal de la presente solicitud de Amigo del Tribunal.

c) Se incorpore esta presentación al expediente de referencia.

d) Se tengan en cuenta los argumentos de derecho aquí expresados al momento de dictarse sentencia en la causa.

**PROVEER DE CONFORMIDAD**

**SERÁ JUSTICIA**