

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 21 de diciembre de 2017.

No. 1037

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "DELPIANO ASCENCIO, HÉCTOR MIGUEL con SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Acción de nulidad" (Ficha No. 449/2015).

RESULTANDO:

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7728, de 25 de noviembre de 2011 (fs. 2 a 4 vto.) y la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014, que aprobó las "*Bases del Llamado Abierto a Aspirantes para la provisión de Cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*" (fs. 5 a 6 vto.).

El compareciente sostuvo que la Acordada N° 7728 le causa agravio como *acto de efectos generales y abstractos* en tanto la resolución N° 715/14/31 le ocasiona una lesión como el *acto particular que aplica o ejecuta al anterior*.

Manifestó que tanto la Acordada como las Bases impugnadas han establecido al menos *dos requisitos* que son claramente violatorios de principios generales de derecho, preceptos constitucionales y derechos fundamentales constitutivos del Estado de Derecho.

La primera de las violaciones normativas está constituida por la exigencia en materia de edad, que impone como requisito excluyente para la participación en el concurso un límite de edad para la inscripción de 45

(cuarenta y cinco) años según las Bases (“*requisitos para la participación*”, literal c) y de 35 (treinta y cinco) años según la Acordada (artículo 20).

Con el establecimiento de tales exigencias los actos impugnados resultan violatorios del principio de igualdad, del derecho a la libertad y al trabajo.

Entendió que el condicionamiento de edad puede resultar comprensible para el desempeño de tareas en que las condiciones físicas requieren un rango de edades que determinen incapacidades o limitaciones insoslayables, por ejemplo, por la necesidad de la aplicación de fuerza física.

Sin embargo, en cuanto al concurso de referencia dicha condición no sólo es violatoria de los principios de igualdad, libertad de trabajo, igualdad de oportunidades y equidad sino que además es irracional en cuanto promueve el desaprovechamiento de las mejores condiciones técnicas y de experiencia, lo que claramente va en detrimento del servicio.

Agregó que todas las personas con título de Abogado o de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, aprobando las pruebas impuestas por el concurso tienen el legítimo derecho de pretender el acceso al cargo, independientemente de su edad.

En este sentido, ha de tenerse especialmente presente la posición que al respecto tiene la Oficina Nacional del Servicio Civil, que ante un caso de idénticas características en el que sostuvo que las bases recurridas resultan violatorias de la libertad de trabajo y el derecho a ocupar un cargo público consagrados en los artículos 36 y 76 de la Constitución, respectivamente.

Mencionó la Recomendación N° 162 del año 1980 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores de edad así como la resolución N° 89-2013 de 5 de julio de 2013 de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo en favor de impedir la discriminación y de que no existan límites de edad para los concursos salvo cuando se fundamenten estricta y claramente en el principio de razonabilidad.

Invocó también la resolución adoptada por la Sala el 18 de diciembre de 2014, ante un llamado a concurso para proveer una vacante en el cargo de Defensor de Oficio, manifestando que el caso es idéntico.

La segunda violación a la legitimidad se configura según el accionante, por la ventaja que se le otorga a quienes siendo funcionarios del Poder Judicial concursen por el cargo.

La Acordada N° 7728 modifica sensiblemente el requisito del tope de edad para quienes sean funcionarios del Poder Judicial, llevándolo de 35 (treinta y cinco) años a 45 (cuarenta y cinco) años.

Indicó que si la finalidad del condicionamiento tuviera algún sentido habría de regir para todas las personas, funcionarias o no del organismo.

La Suprema Corte de Justicia con su disposición discrimina, desiguala y privilegia a unos respecto de otros.

Alegó que nada garantiza que el hecho de ser funcionario al momento de presentarse al concurso confiera al postulante de mayores condiciones que el resto. Apréciase que por el solo hecho de que el funcionario se haya desempeñado en el Poder Judicial aún en un escalafón administrativo aventajará a otro que se postule desde fuera que podría

contar con una mayor experiencia tanto cuantitativa como cualitativamente, desaprovechándolo en perjuicio del propio servicio.

Sobre este aspecto volvió a citar lo resuelto por el Tribunal con relación al requisito de edad, el que fue exceptuado para sus funcionarios en un llamado para proveer una vacante en el cargo de Defensor de Oficio.

Explicó que si hubiera que relacionar someramente algunos de los principios y derechos violentados con las disposiciones a que refirió, podrían citarse primariamente y a cuenta de mayor cantidad los siguientes: igualdad, equidad, igualdad para el acceso a los cargos públicos, igualdad de oportunidades, seguridad, certeza, buena fe, lealtad, verdad material, imparcialidad, legalidad objetiva, eficacia, eficiencia, etc.

La no contemplación de tales principios y derechos representa una clara falta de servicio.

Concluyó que los requisitos excluyentes y limitantes deben ser eliminados tanto de la Acordada N° 7728 como de las Bases, para no incurrir en clara violación de los derechos fundamentales que hacen indefectiblemente al ser del Estado de Derecho (fs. 17 a 25 vto.).

II) Conferido el correspondiente traslado, la Suprema Corte de Justicia lo contestó oponiéndose al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

En primer lugar, sostuvo que la Acordada N° 7728 y la resolución de la Suprema Corte de Justicia N° 715/14/31 son actos legítimos y en particular no se ha violado el principio de igualdad en ninguna de sus manifestaciones.

En el concurso cuyas bases cuestiona el accionante se estableció como requisito para la participación el tope de edad de 45 años para todos

los postulantes.

Por lo tanto, arguyó, no pueden ser de recibo las argumentaciones respecto a un tratamiento desigual para situaciones idénticas ya que tal distinción no surge de las Bases del llamado a pesar de estar diferenciado en la Acordada N° 7728.

Agregó que respecto de la edad requerida, debe entenderse que se trata de pautas o requisitos generales que se señalan para acceder a un determinado cargo.

No se los puede calificar de arbitrarios o discriminatorios ya que lo que se pretende es el favorecimiento de un mejor servicio.

Señaló que el Poder Judicial y la Administración en general tienen plena discrecionalidad para establecer las condiciones requeridas para llenar determinadas vacantes mientras no se compruebe una manifiesta ilegitimidad.

Resulta indudable que tanto los requisitos que surgen de la Acordada como de las Bases son aspectos discrecionalmente atinentes a la Administración y por tanto ajenos al control del Tribunal.

Puntualizó que el requisito de edad exigido, si bien supone una limitante para los postulantes, no resulta violatorio del principio de igualdad. Fue establecido por la Administración de acuerdo a sus potestades discrecionales sin que se vislumbre la existencia de arbitrariedad o irracionalidad en la medida.

Relató que, como sostuvo el Tribunal en sentencia N° 274/2011, podrán invocarse razones de injusticia, pero dicho examen excede su competencia.

Trasladando estos conceptos al ocurrente, es claro que el requisito de

un tope de edad para ocupar un determinado cargo es una distinción razonable y objetiva, que no implica un tratamiento desigual a quienes se encuentren en igualdad de situaciones.

Indicó que no cabe además duda de que el fin perseguido por la Administración es legítimo y fijado de acuerdo a sus facultades discrecionales. Por otra parte, el medio utilizado es absolutamente adecuado y proporcional al fin perseguido.

La doctrina ha desarrollado algunas pautas para la delimitación del principio de igualdad. Se debe analizar en primer término si la causa de la distinción es razonable desde un punto de vista objetivo, que no implique un tratamiento desigual a quienes se encuentren en igualdad de situaciones. Luego, si el fin perseguido con la diferenciación es legítimo, esto es no arbitrario, aunque siempre, la fijación de la finalidad será discrecional. Por último, debe atenderse a la racionalidad de la distinción, esto es, una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

En el caso, agregó, la distinción entre quienes tienen la edad requerida y una edad superior es racional respecto al fin perseguido.

La discriminación es el lado opuesto al tratamiento igualitario, es el tratamiento diferencial no justificado; esto es, cuando las razones de la diferenciación no son legítimas, cuando existe un fin espurio o arbitrario, razones odiosas o rechazables, especialmente injustas o arbitrarias, o como ha dicho la Suprema Corte de Justicia, que *“no se creen ‘clases sospechosas’, motivantes de una ‘discriminación perversa’ y por ello mismo, contraria a la normativa superior”* (sentencia N° 365/09).

Alegó que conforme los conceptos antedichos, queda descartada la

discriminación del actor más allá que ni siquiera alegó alguna razón que cumpla con las características de odiosa o rechazable, o de un fin espurio o arbitrario.

El fin perseguido fue legítimo y no se apartó del sentido de justicia.

Expresó que, de acuerdo con sus poderes discrecionales, estableció reglas y condiciones de acceso a cargos que cumplen con criterios generales y abstractos y que no constituyen referencias individualizadas y concretas.

En definitiva, sostuvo que los actos impugnados no violan el principio de igualdad y no establecen un trato diferencial ni discriminatorio sino que se han efectuado distinciones racionalmente. El requisito atacado de tope de edad implica un tratamiento de igualdad a quienes se encuentren en igualdad de situaciones ya que se estableció en forma general para todos los postulantes en las Bases del llamado. Todos aquellos profesionales con más de 45 (cuarenta y cinco) años reciben el mismo tratamiento sin distinción alguna.

Las citas que convoca el Dr. Delpiano perteneciente al Tribunal fueron dictadas en una resolución interna, dentro de sus facultades discrecionales en tanto jerarca, por lo que no podrán asimilarse a la situación particular del accionante.

Enfatizó que el tema sometido a decisión ingresa en el ámbito de la legítima potestad discrecional de la Administración de tomar las medidas necesarias para una mejor organización de sus servicios y contemplar adecuadamente el interés público.

Las limitaciones de edad tienen raigambre constitucional. Tanto es así que en diferentes artículos de la Carta se establecen requisitos de edad

mínima o máxima para el desempeño de cargos de la judicatura o de legisladores y no podrá por ello suponerse que se estaría violando el principio de igualdad.

Es claro que no se ha excluido solamente al actor sino a una multiplicidad de individuos que no cumplían con las exigencias formuladas por la Suprema Corte de Justicia.

Entendió que el alcance del principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente.

En todo caso, se debe atender a la razonabilidad de los motivos invocados, y que no se creen '*clases sospechosas*', motivantes de una '*discriminación perversa*'.

Los actos impugnados han considerado de modo igualitario a todos los individuos incluidos en las categorías y fueron dictados basándose exclusivamente en motivos que atañen al servicio. No existió desviación ni abuso de poder y no se transgredieron los límites de la discrecionalidad.

Agregó que no hubo discriminación ni violación del principio de igualdad y de justicia. Prueba de ello es que la propia Constitución establece como requisito de acceso a los diferentes cargos de magistrados cierta edad ya sea en el ejercicio de la profesión de abogado o en la judicatura (artículos 235, 242 y 245 de la Constitución). Así también fue dispuesto por las leyes en cuanto a la Defensa Pública.

Indicó que la normativa dictada por la Suprema Corte de Justicia cumple estrictamente con lo dispuesto por el artículo 398 de la Ley N° 17.930.

La finalidad de los actos es legítima y se cumple con la adecuada

proporcionalidad entre la finalidad y el medio utilizado para ello.

En conclusión, no hubo violación de regla de derecho alguna en el dictado de los actos impugnados y en particular no existió lesión al principio de igualdad en ninguna de sus expresiones (fs. 37 a 45 vto.).

III) Por decreto No. 9050/2015 (fs. 47) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 85.

IV) Las partes alegaron por su orden (fs. 89-90 y fs. 93-95, respectivamente).

V) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció sobre el fondo del asunto mediante dictamen No. 98/2017 y aconsejó el rechazo de la demanda (fs. 110 a 110 vto.).

VI) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 112).

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

Los actos impugnados son la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7728, de 25 de noviembre de 2011 (fs. 2 a 4 vto.) y la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014, que aprobó las “*Bases del Llamado Abierto a Aspirantes para la provisión de Cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*” (fs. 5 a 6 vto.), los que no fueron notificados personalmente al actor (fs. 2 vto., A.A. y fs. 17), tomando como

presupuesto temporal la fecha de publicación de las bases en el Diario “*El País*”, suplemento “*El Gallito Luis*”, del domingo 5 de octubre de 2014 (fs. 8 en foliatura color rojo A.A.).

El 14 de octubre de 2014 interpuso en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y jerárquico, para el caso que una autoridad subordinada a la Suprema Corte de Justicia hubiera aprobado las Bases del Llamado (fs. 2 a 6 en foliatura roja A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante resolución Suprema Corte de Justicia N° 329/15, de 6 de mayo de 2015, mediante la cual se resolvió “*No hacer lugar al recurso de revocación interpuesto por el Dr. Héctor Miguel DELPIANO ASCENCIO contra la Acordada n° 7.728 y Resolución SCJ n° 715/14/31 de fecha 1° de octubre de 2014, la que aprueba las bases para el llamado abierto para la provisión de cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII (...)*” (fs. 14 a 16 ídem A.A.), la que fue notificada al actor el 8 de mayo de 2015 (fs. 19, A.A.).

La demanda se interpuso tempestivamente el 22 de julio de 2015, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 10 inciso 3° de la Ley N° 15.869 (nota de cargo, fs. 26 infolios).

II) A fin de efectuar un correcto abordaje de la situación planteada corresponde realizar una reseña de los antecedentes relevantes para la resolución de la causa.

El 25 de noviembre de 2011 la Suprema Corte de Justicia aprobó por Acordada N° 7728 el “*Reglamento de Calificaciones, Ascensos e Ingresos, que se aplicará a todos los Directores de Defensorías Públicas, Defensores Públicos y Procuradores*”, lo que fue puesto en conocimiento de los

jerarcas respectivos por Circular N° 138/2011 de la Dirección General de Servicios Administrativos, de 28 de noviembre de 2011 (fs. 2 a 4 infolios).

El 5 de octubre de 2014, se publicó en el Diario “*El País*”, suplemento “*El Gallito Luis*”, un llamado a aspirantes para proveer cargos de Defensor Público del Interior que entre otros requisitos excluyentes estableció: “**Edad: hasta 45 años, a la fecha del cierre del plazo de inscripción.** *Fotocopia de Cédula de Identidad*”, consignando al final del aviso: “*Bases en: www.concursos.poderjudicial.gub.uy*” (fs. 8, A.A.).

En las bases del llamado de la página web del Poder Judicial se estableció: “*El procedimiento general del concurso está regido por la Acordada N° 7728 del 25/11/2011, **con los aspectos específicos regulados por las presentes bases***” (fs. 9 y 10 en foliatura roja A.A.). (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En las referidas bases se estableció entre los “*requisitos para la participación*” el literal c) que decía así: “**Hasta 45 años al fin del plazo de inscripción.** (*Fotocopia de Cédula de Identidad*)” (fs. 9, A.A.).

El 14 de octubre de 2014 el actor recurrió la Acordada N° 7728, artículo 20 y el acto administrativo por el cual se aprobaron las “*Bases del Llamado Abierto a Aspirantes para la provisión de Cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*”, en virtud de lo dispuesto en el literal c) que se viene de relacionar.

En artículo 20 de la Acordada N° 7728, de 25 de noviembre de 2011, inserto en el capítulo IV, Ingresos, Sección I, Defensor Público del Interior, establece: “***Serán requisitos para la participación en el llamado a Concurso Abierto:***

(...)

- Hasta 35 años al fin del plazo de inscripción o hasta 45 años de edad para funcionarios judiciales (...)” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Sin embargo, como ya se vio, las Bases del Llamado al que se presentó el actor claramente previeron que “*El procedimiento general del concurso está regido por la Acordada N° 7728 del 25/11/2011, con los aspectos específicos regulados por las presentes bases*” (fs. 9 y 10, A.A.). (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El 2 de marzo de 2015 se emitió informe jurídico el que, en cuanto al fondo del asunto recomendó, dentro del marco de discrecionalidad que posee la Corporación, limitar la postulación en lo que refiere a edad fundando tal criterio en razones de política estable, ponderando en el caso una edad de 50 (cincuenta) años como razonable en virtud del promedio de edad para acogerse a los beneficios jubilatorios (fs. 11 a 13 vto., A.A.).

Dicho informe fue elevado a Dirección General, la que lo recibió el 4 de marzo de 2015 (fs. 13 vto., A.A.).

El 6 de mayo de 2015 se expidió la Suprema Corte de Justicia señalando que “(...) la Corporación posee discrecionalidad para determinar las condiciones que deben cumplir los aspirantes a desempeñar diferentes cargos, en tanto no se generen desigualdades (...)” (considerando VII, fs. 15 vto., A.A.), lo que no ocurre en el presente caso porque “(...) de acuerdo a los requerimientos del cargo, esta Corporación considera que la postulación podría limitarse en lo que refiere a la edad, fundándose tal criterio en políticas de trabajo estables, teniendo presente el promedio de edad para acogerse a los beneficios jubilatorios, es así que se ha sostenido: ‘(...) tal accionar de la

*administración no constituiría una decisión arbitraria. **Fundándose en el interés general del servicio, podría válidamente exigir una edad máxima a cumplir por los postulantes, sin que implique vulneración de la regla de derecho, ponderando en el caso las características del cargo a proveer***” (considerando VIII, fs. 15 vto., A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

III) El Tribunal, por unanimidad, habrá de compartir la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 110 a 110 vto. infolios) y rechazará la demanda confirmando el acto impugnado, por los fundamentos que se explicitarán.

IV) Análisis de los agravios articulados por el actor.

El actor articuló agravios contra:

1º) El artículo 20 de la Acordada N° 7728, de 25 de noviembre de 2011;

2º) El literal c) de la resolución N° 715/14/31, de 1º de octubre de 2014, que aprobó las “*Bases del Llamado Abierto a Aspirantes para la provisión de Cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*”.

En ambos casos considera que los actos resultan ilegítimos por haber sido dictados en violación a la regla de derecho al infringir el principio de igualdad, la equidad, la igualdad en el acceso a los cargos públicos, la igualdad de oportunidades, la seguridad, la certeza, la buena fe, la lealtad, la verdad material, la imparcialidad, la legalidad objetiva, la eficacia y la eficiencia.

Más allá de la extensa enumeración de principios, valores, garantías y derechos que enumeró, su expresión de agravios se focalizó específicamente en cuestionar:

a) *La exigencia de un límite de edad*, extremo que considera ilegítimo por resultar violatorio de la igualdad e irracional en cuanto promueve el desaprovechamiento de las mejores condiciones técnicas y de experiencia teniendo todas las personas con título de Abogado o Doctor en Derecho y Ciencias Sociales el legítimo derecho de pretender acceder al cargo, independientemente de su edad.

b) *La ventaja que se otorga en razón de edad a quienes son funcionarios del Poder Judicial*, lo que considera una diferenciación de trato que no resulta razonable, mediante la creación de una categoría de sujetos sin causa justificada.

A continuación, se analizarán por separado los agravios que articuló el demandante, en el orden que fueron expuestos en su demanda.

V) Análisis de los agravios relacionados con la ilegitimidad en el establecimiento del límite de edad por los actos impugnados.

IV.1.) El accionante se agravió a la vez contra el límite de edad establecido por el artículo 20 de la Acordada N° 7728 y el fijado por el literal c) de las Bases del Llamado al que se presentó, aprobadas por la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014.

En puridad, y más allá que en términos generales el actor se pudiera encontrar amparado para cuestionar tanto la legitimidad del acto reglamentario (Acordada N° 7728) como del acto que lo aplica (resolución N° 715/14/31), según lo establecido por el artículo 25 inc. 2 del Decreto - Ley N° 15.524, la realidad es que en el caso concreto la Suprema Corte de Justicia resolvió la aprobación de unas Bases que en lo que respecta al límite de edad se apartó de lo dispuesto por el artículo 20 de la Acordada

N° 7728.

En efecto, tanto de la publicación realizada en el Diario “*El País*”, suplemento “*El Gallito Luis*” del domingo 5 de octubre de 2014 (fs. 8, A.A.) como de las propias Bases del Llamado publicado en la página web del Poder Judicial (fs. 9 y 10, A.A.) se desprende que se estableció un único límite de edad para todos los concursantes, el que se fijó en 45 (cuarenta y cinco años) a la fecha del cierre del plazo de inscripción.

A lo que cabe agregar que al inicio de las Bases del Llamado se aclaró: “*El procedimiento general del concurso está regido por la Acordada N° 7728 del 25/11/2011, con los aspectos específicos regulados por las presentes bases*” (fs. 9, A.A.). (la negrilla y el subrayado no están en el original).

La norma del artículo 20 de la Acordada N° 7728, de 25 de noviembre de 2011 fue específicamente descartada por la del literal c) de las Bases del Llamado aprobado por la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014.

Por lo tanto, los aspectos específicos que se regularon por el literal c) de las Bases del Llamado aprobados por la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014 son los que resultan directamente aplicables a la situación del compareciente y por ende los susceptibles de ocasionarle agravio, lesión o perjuicio.

IV.2.) Centrada la cuestión sobre la cual corresponde expedirse, corresponde analizar si el límite de 45 (cuarenta y cinco) años hasta la fecha de la inscripción que se fijó en las Bases del Llamado aprobado por la Suprema Corte de Justicia, resulta violatorio o no de la regla de derecho que establece la igualdad como principio general y derecho del que gozan

todos los individuos, de conformidad con lo establecido por el artículo 8° de la Constitución de la República.

El Tribunal tiene dicho que de este principio se deriva el de igualdad de oportunidades, que fue especificado por la Ley N° 16.045 en la que se estableció la prohibición de toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de actividad laboral (aplicable en el sector público y privado).

Asimismo, se ha hecho mención también al Convenio Internacional del Trabajo No. 111 (aprobado por Ley N° 16.063), que en su artículo 1, numeral 2°, establece que el término discriminación comprende: “...cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o trato en el empleo...”; a través de un concepto de tipo procesal que no garantiza un resultado concreto. (Cf. Hugo Barreto, “Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo” en AA.VV.: “El principio de igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica”, FCU, 1ª Edición, 2008, p. 68) (sentencia N° 437/2014).

El supuesto en análisis refiere a la manifestación del principio de *igualdad en la ley*, que alude a que los textos normativos no deben establecerse desigualdades injustificadas entre sujetos que se hallen en la misma situación (Cf. Ramón Valdés Costa, “El principio de igualdad”, en Gonzalo Aguirre Ramírez: “Derecho Legislativo”, tomo, I, FCU, Montevideo, 1997, p 72; Ramón Valdés Costa, “Instituciones de Derecho Tributario”, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 407 y siguientes; y Martín Risso Ferrand, “Derecho Constitucional”, tomo III, Montevideo, 1998, Ingranusi Ltda., p. 82).

Como destaca Risso Ferrand, “*Este tipo de igualdad tiene consagración expresa en nuestra Constitución, cuando en el artículo 8° se prevé que ‘todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes (...)*”

Sin perjuicio de lo anterior, es bien sabido que el principio de igualdad ante la ley no impide una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida siempre que se cumplan con algunos requisitos específicos (...)”

Pero la dificultad radica en determinar cuáles son estos requisitos que habilitan el trato diferenciado para algunas categorías, e incluso una vez determinados cuáles son estos requisitos, también es complejo su análisis en cada caso concreto” (Cf. Martín Risso Ferrand, “*Derecho Constitucional*”, op. cit., p. 82.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El autor propone tres criterios: **a)** *el juicio de razonabilidad*, o con mayor precisión, la razonabilidad de la causa de distinción; **b)** la *finalidad legítima*, que apunta al fin perseguido con la diferenciación, verificando que el mismo sea legítimo; y **c)** *el juicio de racionalidad*, que se manifiesta en una adecuada relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

Y aclara que ninguno de los tres conceptos (razonabilidad, finalidad legítima y racionalidad) presenta un contenido propio y claro señalando que en algún caso la Suprema Corte de Justicia ha analizado los tres aspectos bajo la denominación de *racionalidad* (Cf. Martín Risso Ferrand, “*Derecho Constitucional*”, op. cit., p. 82 a 85).

Estos requisitos que operan como límites, impiden que por vía

normativa se establezcan desigualdades arbitrarias, caprichosas e injustificadas entre personas que se encuentren en una misma situación.

En este sentido, el Tribunal ha señalado: *“Al decir de CAGNONI, las leyes no deben ser discriminatorias, es decir, no deben contener distingos o diferencias entre situaciones subjetivas iguales, salvo aquellas distinciones o diferencias basadas en los talentos o en las virtudes o los privilegios que la propia Constitución a ese nivel -y no a nivel inferior de la ley- como son a título de ejemplo las inmunidades o exenciones, dadas a los titulares de los órganos de gobierno que no tienen un fin personal, sino la protección del ejercicio debido de la función (Cfme. CAGNONI, José Aníbal: “La igualdad y su alcance desde la Constitución” en AA. VV.: “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (Carlos E. Delpiazzo: Coordinador), FCU, Montevideo, 2008, pág. 240).*

Asimismo, la jurisprudencia constante de la Suprema Corte de Justicia ha expresado que, si bien es legítimo que se legisle para grupos o clases, es necesario que éstos se encuentren conformados de manera justa y racional.

Vale recordar lo expresado dicho por la Corte en la sentencia N° 458/2010, en la que afirmó: *“El principio consagrado en el art. 8 de la Lex Fundamentalís importa la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio, es decir, un tratamiento desigual entre aquéllos que son iguales, pero no la de adoptar, por vía legislativa, soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran a su vez en posición diferente...’.*

Tal como explica Recasens Siches “... los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es

esencialmente igual en todos ellos, a saber: en su dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración’ (‘Filosofía del Derecho’, pág. 590). De ahí que... la jurisprudencia norteamericana haya sostenido que ‘... ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de igualdad de derechos garantizados por la declaración de derechos’, pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clase de personas, a condición de que “... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma’ y que la ‘determinación de la clase sea razonable, no injusta o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción” (op. cit., pág. 367).

Es que, si todas -o casi todas- las Leyes discriminan, debe saberse cuál ha de ser el criterio o la pauta que corresponde manejar por el juzgador de la constitucionalidad para no inmiscuirse en la propia tarea legislativa. Y éste es o debe ser el de la razonabilidad de los motivos invocados por el legislador, es decir, el de que las clasificaciones legales no creen “clases sospechosas’, motivantes de una ‘discriminación perversa” y por ello mismo, contraria a la normativa superior (cf. Edward S. Corwin, “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, pág. 630). No debe existir un propósito arbitrario, hostil y que determine la formación de grupos o clases sin un sentido de razonabilidad, en ese supuesto permitido por la misma desigualdad en que se encuentra, pues de otra forma, al mantenerse y no ser corregida, se transformaría en un ataque al propio principio de igualdad consagrado

constitucionalmente” (sentencia SCJ N° 42/1993).

Como viene de señalarse, la Suprema Corte de Justicia requiere, en su inveterada jurisprudencia, que los grupos o clases para los que la normativa legal establece soluciones diferentes se constituyan de forma justa y racional (sobre este punto, véase la obra de RISSO FERRAND, Martín: “Derecho...”, cit., págs. 475-476).

Y lo mismo vale, desde luego, para las soluciones reglamentarias, que también deben observar el principio de igualdad (...)” (sentencia N° 16/2015) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

IV.3.) El Tribunal también ha analizado el principio de igualdad desde la óptica del Derecho del Trabajo. En este sentido, se ha señalado: “Desde el ángulo del Derecho del Trabajo, cabe citar el opúsculo escrito por el Prof. Hugo BARRETO GHIONE, en el que se analiza **la aplicación del principio de igualdad en el campo laboral**, indicándose que dicho principio tiene, en las relaciones que se dan en el mundo del trabajo, tanto una dimensión vertical (que atiende a la relación empleador - trabajador), como una dimensión horizontal, que contempla su aplicación entre el grupo de trabajadores. Esa dimensión horizontal, dice el autor, “(...) **se presenta bajo el ropaje de la “no discriminación”, entendida como aquél principio que lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto sin una razón válida o legítima** (...) el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato tiene entidad suficiente como para participar en un circuito de derechos de la persona que trabaja” (Cfme. BARRETO GHIONE, Hugo: “Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo”, en AA. VV.: “El principio de

igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica” (Oscar Sarlo - Andrés Blanco: Coordinadores), FCU, Montevideo, 2008, en especial, págs. 67 a 71) (...)” (sentencias N° 437/2014, 16/2015) (la negrilla y el subrayado no está en el original).

IV.4.) Con base a este marco conceptual, se está en condiciones de profundizar el estudio del caso concreto, en el que la Suprema Corte de Justicia por resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014 aprobó las “*Bases del Llamado Abierto a Aspirantes para la Provisión de cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*”, que en su literal c) estableció la exigencia de tener “**Hasta 45 años de edad al fin del plazo de inscripción. (Fotocopia de Cédula de Identidad)**” (fs. 9, A.A.).

La cuestión se vincula con las “*condiciones personales para el ingreso a la función pública*”, cuestión que la doctrina clásica explicaba en los siguientes términos: “**También suelen establecerse exigencias en cuanto a la edad para el ingreso, fijando edades mínimas y máximas. Razones de buena administración pueden justificar esas medidas: la madurez necesaria requerida para ciertas funciones; la conveniencia de integrar el personal con elementos jóvenes, que se formen en la administración y hagan su carrera en ella; etc.**” (Cf. Enrique Sayagués Laso, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, tomo I, Clásicos Uruguayos, 6ª Edición, Octubre de 1988, FCU, p. 299) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Con la exigencia de 45 (cuarenta y cinco) años la Suprema Corte de Justicia fijó un límite impidiendo que todas las personas con título de Abogado o Doctor en Derecho que superaran dicha franja etaria pudieran presentarse al llamado a concurso.

Para el actor con ello se violó la igualdad de manera irracional, porque se promueve el desaprovechamiento de las mejores condiciones técnicas y de experiencia.

Para la demandada, ello no ocurrió por cuanto posee discrecionalidad para limitar la edad con fundamento en “*políticas de trabajo estables, teniendo presente el promedio de edad para acogerse a los beneficios jubilatorios (...)*” y “*en el interés general del servicio*”, “*ponderando en el caso las características del cargo a proveer*” (considerando VIII, fs. 15 vto., A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

IV.5.) El Tribunal, por unanimidad, considera que la decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia en el establecimiento del límite etario de 45 (cuarenta y cinco) años para la presentación al “*Llamado Abierto a Aspirantes para la Provisión de cargos de Defensor Público del Interior, Esc. VII*” no aparece como adoptada sin un sentido de razonabilidad en relación al interés del servicio, a los requerimientos del cargo a proveer y a las políticas de trabajo estables que consideró dentro de los límites de discrecionalidad con que contaba para así determinarlo.

Debe de verse que la violación a la igualdad y la no discriminación apuntan a desigualdades de trato que son especialmente injustas o arbitrarias, sin una razón válida o legítima.

En este sentido, el Tribunal se expidió declarando la nulidad de una reglamentación que fijaba un tope de inasistencias para los trabajadores enfermos que no podían concurrir al trabajo por estar certificados y no lo hacía para el caso de los accidentados o de las trabajadoras embarazadas, señalando que “*no tiene sentido alguno fijar un tope de inasistencias para los trabajadores enfermos que no pueden concurrir al trabajo por estar*”

certificados, y no hacerlo en el caso de los accidentados o de las trabajadoras embarazadas.

Todos están en la misma situación: no pueden ir a trabajar por un motivo legítimo, por lo tanto no pueden recibir un tratamiento asimétrico (...)

Al no existir respuesta de la Administración que logre justificar razonablemente ese trato desigual, es dable concluir que el acto regla en cuestión viola el principio de igualdad (art. 8° de la Carta), y por ende es ilegítimo (...)” (sentencia N° 16/2015).

Por el contrario, cuando la fijación de la distinción se realiza bajo parámetros de cierta razonabilidad y objetividad, sin que exista un propósito arbitrario y hostil, no existe violación a la igualdad ni discriminación.

En esta línea de razonamiento, el Tribunal se pronunció ante un caso de impugnación de los artículos 9 y 16 de la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N° 7728 y la resolución No. 207/12/9 del mismo órgano, por el cual el reclamante consideró ilegítima la exclusión de quienes no contaran con una antigüedad mínima para postularse a concursos para cargos de Defensor Públicos de la Capital y de Director de Defensorías Públicas.

En dicha ocasión, el Tribunal señaló: “(...) **En la especie, la dimensión horizontal del principio de igualdad (no discriminación) no puede entenderse como menoscabado por la consideración del factor antigüedad,** particularmente, cuando éste no habilita ser “per se” considerado como inválido o ilegítimo al resultar ponderado por disposiciones constitucionales o legales en situaciones análogas (arts. 235 núm. 3, 242 núm. 3, 245. Núm. 3 y conc. de la Constitución de la

República; arts. 80 núm. 3, 81 núm. 3 y conc. Ley 15.750).

Más aún, cuando en puridad la antigüedad, la edad, haber cumplido determinada etapa de estudios, son pautas, requisitos generales que se fijan a los efectos de poder acceder a un cargo, a los que no se les puede calificar de arbitrarios o discriminatorios, en irregular favorecimiento de otras situaciones funcionales (...)”

VII) **Asimismo, la reducción o limitación en ámbito de postulación o de selección de participantes (reducción del universo de postulantes) reproduce fundamento de razonabilidad que descarta posibilidad de ilegitimidad, al ser actuada, por otra parte, en ejercicio de poder discrecional con elementos reglados en cuanto a la tipicidad de los procedimientos de selección.**

Cierto es que la categoría objetiva de sujetos (postulantes calificados o habilitados de participar por antigüedad) si bien supone una limitación a la accesibilidad integral del universo de sujetos alcanzados por el supuesto normativo que regula la Acordada No. 7728, ello tiene evidente justificación razonable con fundamento en criterios de buena administración y eficiencia en la Administración Pública.

VIII) **En cuanto al** acto de aplicación del acto regla asimismo enjuiciado, esto es, el **llamado a concurso interno para la provisión de cargos para Defensor Público de la Capital, se estima corresponde considerar que la Administración en general, y en el caso concreto la demandada, tiene discrecionalidad para establecer las condiciones para llenar determinada vacante** (sentencia No. 481/2001).

Razón por la cual, exigir determinado perfil a la hora de proveer un ascenso por concurso, puede constituir una cuestión de mérito o

conveniencia, en función de las necesidades y requerimientos del servicio. (sentencia No. 637/2002).

IX) El factor o criterio de ponderación ANTIGÜEDAD, resulta razonable y, por ende, aparece como legítimo cuando la Administración al ponderarlo en la reglamentación LO ESPECÍFICA COMO REQUISITO DE PRESENTACIÓN o POSTULACIÓN en desmedro de la irrestricta participación idealmente posible.

(...) las reglas de ascenso establecidas en el acto reglamentario e insertada en el acto de aplicación, no se revelan como contradictorias con otras disposiciones de superior valor y fuerza determinantes de una inadecuación normativa susceptible de inficionar de nulidad los actos administrativos cuestionados.” (sentencia N° 437/2014).

En el caso concreto, la fijación de un límite de edad en 45 (cuarenta y cinco) aparece como razonablemente justificada en el interés del servicio y el perfil del cargo de Defensor de Oficio del Interior, que se encuentra inserto dentro de la carrera de Defensores Públicos del Poder Judicial, que prevé en la Acordada N° 7728 la posibilidad de ascensos a los cargos de Defensor Público de la Capital y de Director de Defensorías Públicas (vide. capítulo III, secciones II y I, respectivamente, fs. 2 a 4 vto.).

Si no se observa una situación de desigualdad de trato que resulte especialmente injusta, arbitraria o sin una razón válida o legítima, el Tribunal no puede inmiscuirse en la tarea del reglamentador, so riesgo de infringir la discrecionalidad con que este cuenta para exigir un determinado perfil para los cargos a cuyo respecto llamó a concurso.

IV.6.) El actor citó en su favor la posición amplia que al respecto tienen la Oficina Nacional del Servicio Civil y la Institución Nacional de

Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo así como un pronunciamiento del Tribunal respecto a un llamado para un cargo de Defensor de Oficio.

El Tribunal no considera que en el caso concreto la Suprema Corte de Justicia haya violado el principio de igualdad o que haya emitido un acto discriminatorio en razón de edad y no comparte la opinión sustentada en autos por la ONSC (fs. 105 a 106). Por el contrario, adhiere a la postura sustentada por la Procuraduría General de la Nación (fs. 110 a 110 vto.).

En cuanto al pronunciamiento concreto de la Sala que se invoca, el mismo fue adoptado en el marco de un llamado para cubrir el puesto de Defensor de Oficio bajo la égida de este Tribunal, en el marco de una resolución interna, sobre un caso que además no resulta idéntico.

En primer lugar, porque el límite de edad que se había fijado era de 40 (cuarenta años), como se desprende de la transcripción que realiza el actor. Y en segundo lugar, porque no se trataba de un cargo de Defensor Público del Interior, con las posibilidades de ascenso que sí se previeron en el llamado del Poder Judicial.

Sin perjuicio de ello, debe de reiterarse que lo resuelto por la demandada se encuentra en su esfera de actuación discrecional, no apreciándose que su decisión aparezca como arbitraria o irracional sino como razonablemente ajustada a criterios de buena administración y en interés del servicio.

V) Análisis de los agravios relacionados con la ilegitimidad en la ventaja conferida en razón de edad a quienes son funcionarios del Poder Judicial.

Tal como se desprende de los considerandos II) y IV.1), en el caso concreto la Suprema Corte de Justicia resolvió aplicar *un único criterio de*

edad para todos los postulantes, sin establecer ninguna diferenciación entre postulantes funcionarios del Poder Judicial y los que no lo fueran.

La norma del artículo 20 de la Acordada N° 7728, de 25 de noviembre de 2011 a que alude el accionante fue específicamente descartada por la del literal c) de las Bases del Llamado aprobado por la resolución N° 715/14/31, de 1° de octubre de 2014.

La Suprema Corte de Justicia fijó un único límite de 45 (cuarenta y cinco) años como requisito de postulación y por ende no aplicó la distinción entre 35 (treinta y cinco) años (para no funcionarios) y 45 (cuarenta y cinco) años (para funcionarios del Poder Judicial) que establecía la Acordada N° 7728.

En consecuencia, al no resultar lo dispuesto por el artículo 20 de la Acordada N° 7728 aplicable a la situación del compareciente no se produce el agravio, lesión o perjuicio que alega puesto que los no funcionarios y los que sí lo son fueron ubicados en pie de igualdad.

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, por mayoría de sus integrantes,

FALLA:

Desestímase la pretensión anulatoria y, en su mérito, confírmase la resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$28.000 (pesos uruguayos veintiocho mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Castro, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).