

Expte. n° 4172/05, “**Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad**”, sentencia de fecha 9/8/2006.

**Voces: Acción declarativa de inconstitucionalidad.** Legitimación de la Asociación por los Derechos Civiles. **Escribano.** Ejercicio de la actividad notarial. Función pública. Incompatibilidades y deberes de los escribanos. Función fedataria. Profesión liberal. Delegación del Estado. Notariado latino. Libre circulación de la fe pública. Ley n° 404. **Requisito de nacionalidad argentina.** Discriminación entre nacionales y extranjeros. Categoría sospechosa empleada por el legislador. Inversión de la carga justificatoria en cabeza del Estado. Presunción de ilegitimidad de la norma. Igualdad en materia de derechos civiles. Nacionalidad argentina como requisito de idoneidad para el desempeño de empleo público. Orden público. Relatividad de los derechos constitucionalmente reconocidos. Razonabilidad de la reglamentación. Cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia ajenas al control judicial. Principio de división de poderes. Interpretación dinámica de la Constitución. **Competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Atribución de competencia transitoria para ejercer la superintendencia del notariado.** Creación de un tribunal ad hoc. Preservación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Naturaleza del Tribunal de Superintendencia del Notariado. Tribunal administrativo con funciones jurisdiccionales. Juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria. Impugnación de sus decisiones. Cosa juzgada administrativa y judicial. **Tutela jurisdiccional efectiva.** Requisitos de sentencia definitiva y de tribunal superior de la causa a efectos de interponer recurso extraordinario federal. Derecho al recurso. Aplicación de la **garantía de la doble instancia** en el proceso penal. Proyección sobre el proceso disciplinario notarial. Naturaleza de la sanción notarial.

**Expte. n° 4172/05 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”**

**Buenos Aires,** 9 de agosto de 2006

**Vistos:** los autos indicados en el epígrafe,

**resulta:**

1. La Asociación por los Derechos Civiles promovió acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2 CCBA) para que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los “arts. 8, inciso ‘a’, 117, 120, inciso ‘a’, 120, inciso ‘b’, 153 y 172 de la Ley 404 y del art. 2, inciso ‘a’ de su decreto reglamentario nº 1624” (fs. 21).

La actora afirmó que el art. 8, inc. “a” de la ley nº 404, al establecer el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con más de diez años de naturalización para poder inscribirse en la matrícula profesional de escribano, viola el principio de igualdad ante la ley y en particular el de igualdad entre nacionales y extranjeros, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución local (arts. 16 y 20 CN, art. 11 CCBA) y en los arts. 1.1, CADH, y art. 26, PIDCyP), ambos de jerarquía constitucional (art. 75, inc.22, CN)

Plantéo que la distinción del art. 8, inc. a, ley nº 404, constituye “una discriminación injustificada fundada en razones de nacionalidad” y afectada por “una presunción de inconstitucionalidad” que solo puede ser excusada por la “existencia de un interés estatal urgente” en los términos de diversos fallos de la CSJN y de otros tribunales nacionales que menciona (fs. 22/27). En el mismo sentido argumentó que a la luz del artículo 11, CCBA, la discriminación impugnada “plasma lo que la jurisprudencia estadounidense ha dado en llamar ‘categorías sospechosas’ ... y que para justificar su validez sustancial el Estado debe alegar razones más que suficientes para defenderla”, y acudió en su sustento a la cita de doctrina y jurisprudencia, incluyendo la del Tribunal (fs. 30/34).

Aseveró asimismo que el ejercicio de la profesión de escribano “debe ser considerado un derecho civil en los términos del art. 20 CN” y refirió en su apoyo precedentes resueltos por la Corte nacional (fs. 28/30).

Sostuvo además que los arts. 117, 120 incs. a y b, 153 y 172 de la ley nº 404 son contrarios al art. 113, inc. 3 de la CCBA, por otorgar a este Tribunal una competencia que excedería lo expresamente prescripto por la norma constitucional (fs. 37)

Subsidiariamente afirmó que “en el supuesto que se sostuviera que el Tribunal Superior, al revisar en su carácter de Tribunal de Superintendencia las sanciones aplicadas por el Colegio de Escribanos, se ajusta a los estrictos límites que impone el artículo 113, inc. 3º, CCABA, la conclusión inevitable sería entonces que ... el control judicial ejercido ... no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación” (fs. 40/41).

Agregó seguidamente que sin perjuicio “del alcance que se quiera otorgar a la jurisdicción ejercida por el Tribunal Superior en su carácter de Tribunal de Superintendencia” del notariado, el sistema de enjuiciamiento de la ley nº 404 violaría el derecho a la doble instancia consagrado en el art. 8.2. “h” de la CADH (fs. 41 vuelta).

Finalmente, para el supuesto de que el Tribunal declarara la inconstitucionalidad de los artículos de la ley nº 404 –referidos a su

competencia- que la actora ataca, a fin de “no provo[car] un vacío legislativo en el ordenamiento jurídico local” propugnó que se dicte una sentencia “interpretativa” que “asig[ne] competencia a la justicia ordinaria de la Ciudad a fin de subsanar transitoriamente el vacío legislativo que se produciría ante la citada declaración de inconstitucionalidad, hasta tanto la Legislatura de la Ciudad resuelva en forma integral el citado problema”.

**2.** Por resolución del 12 de octubre de 2005 se declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada, se ordenó correr traslado de la demanda al Sr. Jefe de Gobierno y se resolvió citar a juicio al Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en calidad de tercero, en los términos del art. 21 de la ley nº 402 (fs. 52/56).

**3.** A fs. 64/88 contestó el traslado el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires -por intermedio de su apoderado Dr. Andrés Halperín y con el patrocinio letrado del Dr. Tomás Hutchinson- y solicitó el rechazo de la demanda. En sustancia sostuvo, en primer lugar, que la actora carece “de condición jurídica para ser demandante en el caso (fs. 66) porque “actúa claramente por fuera de los límites de su estatuto”. Sobre el punto argumentó que “las personas jurídicas sólo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución”, y que no se da esa “condición en relación a las cuestiones planteadas ...” pues se trata de temas “vinculados con el ejercicio de una función pública: la función notarial ... de tal modo que no están en juego en autos derechos civiles ...”. Agregó diversas consideraciones para fundar estas aseveraciones y concluyó que “la actora no demuestra ningún interés defendible para la comunidad, ya que un decisorio contrario al régimen vigente no produce en la sociedad, ninguna consecuencia (...). Ello así, porque los intereses que pretende defender la demandante (ajenos a su capacidad) están defendidos colectivamente por la Institución que represento y directamente por cada colegiado”. (fs. 68 vuelta).

Seguidamente alegó que la exigencia del art. 8, inc. a, ley nº 404 está fundada en “una causa razonable” que “no [es] violatoria del principio de igualdad”(fs. 69 vta.) Se refirió a diversos fallos de la C.S.J.N. sobre ese tópico, y desarrolló “las particularidades de la función pública notarial” (fs. 73 vta.) para fundamentar que el “estado puede formular una discriminación razonable entre nacionales y extranjeros cuando se trata de designar a un funcionario público o a un profesional independiente, al frente de una notaría que es estatal” (fs. 78), y que los extranjeros “no pueden invocar el art. 20 de la Constitución Nacional, para pretender calificar el derecho del acceso a la función notarial como un derecho civil o una profesión” (fs. 75). Concluyó que “es inaplicable el art. 20 de la Constitución Nacional” y como consecuencia también los precedentes citados por la actora por “ref[erirse] a situaciones jurídicas y fácticas notoriamente diversas a las aquí planteadas” (fs. 77/78).

A continuación se explayó en fundamentar que el procedimiento regulado por la ley nº 404 asegura “la instancia judicial suficiente y adecuada” (fs. 85), que la inexistencia de una doble instancia judicial invocada por la accionante “no es una exigencia constitucional en la materia que nos ocupa” (fs. 84 vuelta), y que la ampliación de competencia por vía legal conferida al Tribunal Superior en materia de superintendencia del notariado deviene razonable, debido a su naturaleza excepcional y transitoria; ya que de lo contrario el régimen disciplinario notarial –hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad- se quedaría “sin instancia judicial originaria, revisora de la sanción en unos casos, y sin el proceso originario que permite imponer la sanción en otros” (fs. 87 y vuelta).

**4.** Por el Gobierno contestó el traslado la apoderada Dra. Macarena Gallareta (fs. 92/100), con patrocinio letrado de la Dra. Alejandra Tadei.

Propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta por considerar, en esencia, que: a) la distinción establecida por el art. 8, inc. a), ley nº 404 no afecta el principio de igualdad porque se trata de una “discriminación objetiva” –del tipo de las aceptadas por la C.S.J.N.- “entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros, y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función pública-administrativa que se llama a desempeñar” (fs. 94); b) “el requisito de la nacionalidad por origen o por opción ... es una exigencia común a distintos regímenes que conciernen al Régimen de Funcionarios y Empleados tanto de la Administración Pública federal, cuanto local” (fs. 95); c) la exigencia legal cuestionada es “materia de políticas ligadas al principio de oportunidad y conveniencia, que los órganos competentes ponen en juego cada vez que deben organizar funciones del Estado” (fs. 95 vuelta); d) la competencia legal atribuida al TSJ para conocer como Tribunal de Superintendencia del Notariado no transgrede el art. 113, inc. 3º, CCABA ni el control judicial suficiente, en la medida que “estamos en presencia del ejercicio provisorio de una competencia de naturaleza administrativa, susceptible de ser revisada por las instancias judiciales locales que correspondan”, argumento que, en consecuencia, también enerva la pretendida falta de doble instancia judicial (98 vuelta/99).

Por último solicitó que se teste las referencias aludidas en el escrito inicial vinculadas a los alumnos que integran la clínica jurídica de la Escuela de derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (fs. 99 vuelta).

**5.** El Sr. Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 103/105 y se inclinó por el rechazo de la acción intentada. Opinó, fundamentalmente, que “la norma establecida en el art. 8 ap. a) de la Ley Nº 404 es razonable” (fs. 105) porque “no discrimina entre distintos tipos de extranjeros, distingue entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función notarial” (fs. 104 vuelta). Añadió que la competencia que asume el Tribunal como “Tribunal de Superintendencia no

es originaria, sino de excepción” (fs. 105) y que “asegura el cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva” en la medida que el art. 18 CN no requiere multiplicidad de instancias.

Por último, también propició que se suprima toda mención en la demanda de los alumnos que colaboraron “en su confección” (fs. 105 vuelta).

**6.** El 5 de abril de 2006 se celebró la audiencia que establece el art. 6º de la ley nº 402, en la que las partes no aportaron nuevos documentos.

La actora reiteró los fundamentos expresados en su presentación original y, además, refutó la argumentación expuesta por el Colegio de Escribanos en la contestación de demanda en orden a la legitimación activa de la ADC. Sobre el punto sostuvo, en síntesis, que su objeto estatutario se refiere a los derechos civiles identificados como derechos constitucionales, y a que el Tribunal Superior de Justicia ya se la ha reconocido en reiteradas acciones anteriores, ya que el control abstracto de inconstitucionalidad no exige conflicto intersubjetivo sino normativo. Agregó que la viabilidad formal de la acción no puede supeditarse a que algún escribano extranjero integre la Asociación por los Derechos Civiles y señaló que los derechos civiles también están involucrados en una relación de empleo público.

Por otra parte rebatió el razonamiento desplegado por el Gobierno de la Ciudad en su contestación de demanda, acerca de la naturaleza administrativa de la función de superintendencia notarial ejercida por el Tribunal, y reiteró que se trata de una competencia “Judicial”, toda vez que las decisiones del Tribunal de Superintendencia Notarial son pasibles de ser atacadas por recurso extraordinario federal. Razón por la cual la considera inconstitucional por no encontrarse expresamente contemplada por el art. 113, CCABA y por no asegurar la doble instancia judicial.

Asimismo arguyó que aun cuando se acepte que se trata de una “competencia administrativa” el vicio persiste porque tampoco está establecida en la Constitución local y, además, no asegura la tutela judicial suficiente exigida por la CSJN en el fallo “Fernández Arias c/ Poggio”.

El Colegio de Escribanos se limitó a repetir los fundamentos exhibidos en su contestación inicial, y la Procuración General de la Ciudad hizo lo propio con los suyos. En particular, el Gobierno calificó a la competencia transitoria de la superintendencia del notariado ejercida por el Tribunal como un “mal menor”, en la medida que su supresión produciría un vacío legal en la regulación de la actividad de los escribanos en el ámbito local. Sostuvo asimismo que una eventual decisión del Tribunal de enviar la competencia de superintendencia del notariado a la justicia contenciosa administrativa y tributaria local, devendría inconstitucional porque el TSJ no puede legislar y vulneraría la división de poderes.

Por su parte el Fiscal General Adjunto ratificó lo dicho en su dictamen acerca de que los derechos de los extranjeros, al igual que los argentinos, no son absolutos y son pasibles de ser reglamentados. En ese

orden hizo hincapié en la razonabilidad del artículo 8, inc. a), ley nº 404 y trazó un paralelo entre el plazo de naturalización exigido para aspirar a la matrícula notarial y el instituto de arraigo consagrado por el derecho procesal argentino.

Por último evocó que el art. 75, inc. 22, CN, incorporó a los tratados internacionales –y entre ellos al pacto de Costa Rica- “en las condiciones de su vigencia”, y explicó que por ello entendía que deben ser armonizados con la normativa sustantiva y reglamentaria local y vigente.

### **Fundamentos:**

#### **La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:**

La ADC impugna la constitucionalidad del requisito de nacionalidad previsto en el art. 8 inc. a) de la ley 404 y en el art. 2 inc. a) de su decreto reglamentario nº 1624; y el ejercicio de las funciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado asignado al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires según lo dispuesto en los arts. 117, 120 inc. a) y b), 153 y 172 de dicha ley.

Se trata de dos cuestiones bien diferentes. La primera remite al contenido y alcance del derecho a la igualdad y del derecho a trabajar. La segunda refiere a la asignación transitoria, dispuesta en el art. 172 de la ley 404, de las atribuciones de Tribunal de Superintendencia del Notariado al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Trataré en los apartados I y II cada una de las cuestiones indicadas.

I.

¿Es constitucional la prescripción del artículo 8, inciso a) de la ley 404 que exige el requisito de ser argentino, como condición para la inscripción en la matrícula profesional?

a) Los principales argumentos del GCBA y del Colegio de Escribanos para defender la validez de la exigencia de la nacionalidad argentina para ser escribano con registro, se sustentan en su supuesto carácter de funcionario público. Sin embargo, como lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de un riguroso examen del estatuto jurídico de los escribanos, la actividad notarial no es una función pública.

Sostuvo la CSJN “que la cuestión suscitada [un caso de responsabilidad del Estado por errores registrales] conduce a la necesidad de indagar si la actividad del escribano con registro constituye una modalidad dentro de la categoría de los funcionarios públicos, con las consecuencias legales que de ello se derivan y que son las que cabe considerar o, por el contrario, el ejercicio de una profesión, bien dotada del atributo de la fe pública y sometida a una particular relación con el Estado que se manifiesta a través del acto de investidura, el control y las facultades

disciplinarias, pero que no participa *strictu sensu* de aquél carácter” (considerando 8°)<sup>1</sup>.

Luego de advertir acerca de las dificultades asociadas al tema, que la Corte encuentra especialmente derivadas de la falta de precisión de las normas del Código Civil sobre el particular, el Alto Tribunal entiende que debe realizarse una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado para dar una respuesta clara al tema (cfr. considerando n° 10 del fallo citado). En este sentido, afirma que aunque no cabe duda de que el escribano, “como fedatario cumple una función pública por la investidura con que el Estado lo somete a su superintendencia (...), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración” (considerando n° 10).

Es oportuno destacar aquí que, si bien las consideraciones de la Corte en el fallo citado aluden al régimen del notariado regulado por la ley 12.990, éste no presenta diferencias sustanciales, en lo que aquí interesa, con la actual ley local n° 404.

En el considerando n° 11 del mismo fallo, la Corte expresa: “que en tales condiciones, se lo puede definir [al escribano público] como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyo actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos”. Asimismo, agrega que “... aún de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley 12.990 (arts. 43 y sgtes.)” (considerando n° 13).

El Gobierno de la Ciudad y el Colegio Público de Escribanos a partir de la errada identificación entre el escribano y el funcionario público objetan la aplicación del art. 20 CN que defiende la actora. Esas objeciones parten de un presupuesto equivocado y, lo que es más grave: sustentan una interpretación discriminatoria de los alcances del artículo referido, cuestión

---

<sup>1</sup> CSJN, *in re* Vadell, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia de s/indemnización; 18 de diciembre de 1984.

que trataré en el apartado d) y ya más extensamente en el apartado e), al remitirme a mi voto en la causa 3103/04.

En definitiva según la doctrina de la Corte, si bien el escribano cumple en ciertos aspectos una suerte de gestión pública, no es un funcionario público. Comparto la conceptualización de la Corte en esta materia. En efecto, la falta de dependencia orgánica del escribano respecto de los poderes públicos, la ausencia de subordinación jerárquica a una estructura administrativa, y la inexistencia de un vínculo económico a través de remuneración o estipendio, alejan —sin duda— la posibilidad de que los escribanos sean funcionarios públicos, aun cuando el Estado realice o establezca un régimen de concesión de funciones fedatarias. Tampoco parece menor la circunstancia de que los escribanos confeccionen las escrituras públicas y demás actos -protocolares y extraprotocolares- en nombre propio, y no en nombre del Estado.

b) La Procuración General de la Ciudad alega que la ADC parte de “una hipertrofiada atribución de sentido al principio de igualdad” (fs. 92 vta.), pero no explica en que consistiría la “hipertrofia” que atribuye a la afirmación de la actora. El Gobierno recurre a las distinciones bien conocidas entre “discriminación arbitraria” y “discriminación objetiva”(fs. 93); sostiene así, que son ilegítimas aquellas discriminaciones que establecen privilegios y excepciones que excluyen a unos de lo que se concede a otros, en igualdad de circunstancias. Sin embargo, este enunciado no da cuenta de cuáles serían, a su juicio, los parámetros y las distinciones que definirían la ilegitimidad ni como se establecería si “unos” y “otros” pertenecen o no a una misma clase, ni a partir de que pautas sería posible determinar si hay o no “igualdad de circunstancias”.

Dice el Gobierno más adelante que “[l]a distinción legal discrimina objetivamente entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros. No discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función público-administrativa que se llama a desempeñar”(fs. 94). La cuestión constitucional que la demandada elude reside no en la distinción entre los miembros de una misma clase (los extranjeros), sino en carácter discriminatorio que supone la exclusión de la clase de los extranjeros del ejercicio de la actividad notarial.

Las menciones del Gobierno a los requisitos establecidos para ser Presidente o Vicepresidente de la Nación, Diputado de la Ciudad Autónoma, agente de la Administración Pública Nacional, empleado público nacional y a los Reglamentos para la Justicia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia, no requieren análisis ya que su adecuación constitucional no es materia de esta decisión, y por otra parte, resultan definitivamente ajenos a la situación de autos (la de los escribanos) en función de la jurisprudencia de la CSJN tratada más arriba.

Tampoco es acertada la referencia parcial al caso Vadell, que el GCBA incluye en su presentación. La complejidad a la que se refiere la

Corte no alude al tema a resolver sino a la que deriva de la falta de su regulación precisa en el Código Civil, y como ya dije, fue despejada por el mismo Tribunal al fijar en qué consiste la función atribuida a los escribanos.

c) El Colegio Público de Escribanos fue citado como tercero por el Tribunal. En su oportunidad expresé mi disidencia respecto de esa citación, dada la índole de este proceso (cf. mi voto a fs. 1830/1834). Sin embargo, en atención a la decisión de la mayoría trataré a continuación la presentación del Colegio.

El tercero formula en primer término una serie de consideraciones, todas ellas inatendibles, respecto de la legitimidad de la Asociación de Derechos Civiles, porque la admisibilidad de la acción ya había sido resuelta por el Tribunal al darle curso y el Colegio no aporta elemento alguno que amerite volver sobre el punto. Y por otro lado, porque sostiene “que la actora no tiene la condición jurídica necesaria para demandar en relación con el derecho que invoca” (fs. 65 vta), por cuanto se trataría de una actividad desvinculada con su objeto. Sin embargo, según los estatutos de la ADC, la asociación está destinada a promover o proteger el respeto a los “derechos fundamentales del individuo...”. La expresión “derechos civiles” entre sus acepciones posibles, es la traducción de “civil rights”, locución inglesa que es, en muchos sentidos, equiparable a la expresión “derechos humanos”, “derechos del hombre” o “derechos fundamentales” utilizadas por sistemas jurídicos de base continental; en definitiva referida a aquellos derechos y garantías básicas que, expresa o implícitamente, tienen jerarquía constitucional. Y es acerca de alguno de estos derechos (el de igualdad, el de trabajar, el del acceso a la justicia y a la jurisdicción) justamente lo que se discute en esta causa.

El Colegio Público de Escribanos parece ignorar la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia que reiteradamente ha destacado que la acción prevista en el inciso 2º del art. 113 de la CCBA propone un control de constitucionalidad objetivo, con lo cual cualquier habitante de la Ciudad puede interponer la acción. Quién acciona no necesita demostrar “ningún interés”, porque no es requisito constitucional ni legal establecer una conexión entre quien demanda y el problema constitucional que expone, de ahí la insustancialidad de la referencia a los matriculados en esa institución que el tercero considera en su presentación. El objeto de este tipo de acciones es traer a decisión del Tribunal un conflicto internormativo no intersubjetivo. El Colegio de Escribanos no advierte ese matiz relevante que conlleva la acción de inconstitucionalidad prevista por la CCBA, porque limita la posibilidad de reclamo judicial a aquellas situaciones que satisfacen los requisitos del “caso” y del “interés”.

A su vez al definir a la acción del inc. 2º, art. 113 de la CCBA como acción popular, el Colegio no se hace cargo del carácter participativo de aquella (conf. art. 1, CCBA), ni de la reglamentación legal extendida de la legitimación (art. 18, ley 402) ni de la jurisprudencia del Tribunal. En contra de lo que afirma, la acción declarativa de inconstitucionalidad no fija

“prestaciones” a favor de nadie, no condena y se agota en la declaración de validez o invalidez del precepto cuestionado.

d) En cuanto a la primera de las cuestiones de fondo, la mayoría de las consideraciones del punto 4.2.2. de la presentación del Colegio de Escribanos quedan refutados por la doctrina del fallo Vadell. Así sucede, por ejemplo con la alegación de que el ejercicio de notariado es una función pública o, la de que el artículo 20 de la CN no contempla el empleo público, toda vez que, como ya se vio, la actividad notarial no es empleo público.

e) Cabe concluir, entonces, que la profesión de escribanos es de aquella clase de trabajo o profesión que el artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación y que el artículo 20 garantiza a los extranjeros. El art 8, inciso a) de la ley 404 no supera un escrutinio estricto de constitucionalidad, y en este punto la orfandad argumentativa del Gobierno y del Colegio exhibe la invalidez de la norma impugnada.

Los fundamentos que expuse en mi voto en el Expte. n° 3103/04 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” son íntegramente aplicables a esta causa, y me limitaré a reproducirlos en los que sigue:

“La CN en su art. 20 establece que ‘[l]os extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias’. A su vez el art. 16 dispone que todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley.”

”Finalmente, el art. 11 de la CCBA 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 o menoscabo’. Asimismo obliga a la Ciudad a promover ‘... 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’.”

”La cuestión a dilucidar es cuál es el alcance de la prohibición de discriminación insita en el art. 16 de la CN y en el art. 11 de la CCBA, a la luz de los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros en el art. 20 de la CN. En otras palabras, ¿la norma cuestionada es producto del ejercicio legítimo de la facultad que, en principio, los poderes políticos tienen para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulte conveniente a efectos de llevar adelante sus objetivos? ¿O, por el contrario, se trata de una distinción inconstitucional por responder a prejuicios o

estereotipos que tienen por fin excluir del ejercicio legítimo de sus derechos a un colectivo de personas?”

”En esta acción, la actora ha denunciado en la normativa local el empleo de una de las clasificaciones ‘sospechosas’ (fs. 27). “

”Tal como sostuve con anterioridad en ‘Salgado, Graciela Beatriz c/ GCBA s/ ADI’, (*Constitución y Justicia*, T. III, p. 709) es el Estado quien debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente no es una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria, y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida una vez acreditado, por quien impugna la norma, el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. La sospecha de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria, y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.”

”De modo que en este proceso, el Estado debió explicitar las razones concretas por las cuales acudió a la clasificación cuestionada para establecer la distinción que se objeta. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad.”

”El Estado local no logró a lo largo del proceso, justificar el empleo de la clasificación entre nacionales y extranjeros para efectuar una distinción de trato que excluye a este último grupo de personas de la posibilidad de ingresar a la carrera docente. En la presentación del fs. 55 y siguientes, la Procuración General sostiene en defensa del art. 1 de la Ley 668 que ‘no toda distinción introducida en las normas, cualquiera sea el carácter de estas últimas, constitucional, legal o reglamentario, las torna, en razón de tal distinción, ilegítimas u arbitrarias. Sólo estaríamos en presencia de ese supuesto, si las condiciones impuestas lo fueran para algunos y no para todos de un grupo de iguales. La distinción que la norma impugnada expresa, discrimina objetivamente entre nacionales por nacimiento o naturalizados y extranjeros. No discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros y encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función a desempeñar’ (fs. 57 vuelta).”

”Esta argumentación no logra superar el estándar de escrutinio al que aludí en el párrafo precedente, por las razones que daré a continuación.”

”La primera está referida a la forma en que debe ser conceptualizada la discriminación. A juicio de la demandada, la misma sólo se configuraría cuando distinguimos entre un ‘grupo de iguales’ a los que define como los extranjeros entre sí y los nacionales entre sí, respectivamente.”

"Da por supuesto entonces que los criterios valorativos que instituyen a un conjunto de personas como iguales se derivan de la propia norma cuestionada y que estos son correctos, auto evidentes y/o naturales. Sin embargo, el parámetro para distinguir si una norma es contraria a la igualdad o no, lógicamente no puede ser la propia norma sometida a escrutinio constitucional. "

"En la cuestión que nos ocupa el criterio está establecido de forma prístina en los arts. 16 y 20 de la CN, en el art. 11 de la CCBA ya citados, en sentido concordante con lo prescripto por los arts. 7 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los arts. 24 y 29 inc. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 2, inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los arts. 2, 3, 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto de este último es dable destacar que en la Observación General nº 18, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo que en 'virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley'. A juicio del Comité 'el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, *al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio*' (el destacado me corresponde)."

"En segundo lugar, la forma en que la demandada define la igualdad, es decir como aquella que no distingue entre un colectivo de personas previamente calificadas como iguales a partir de un parámetro preestablecido e incuestionado, es similar al sostenido por quienes estaban a favor de la segregación racial en los Estados Unidos, y que fue rechazado por la Corte Suprema de ese país en el célebre caso *Brown v. Board of Education*. "

"A la luz del art. 11 de la CCBA tal interpretación es expresamente prohibida por el art. 11 de la CCBA porque establece una discriminación que tiende a la segregación."

"El argumento desarrollado por la Sra. Procuradora al momento de la audiencia, y según el cual la norma no es discriminatoria porque el trámite de naturalización es muy simple, tampoco es admisible. En primer lugar, porque va en contra del art. 20 de la CN según el cual los extranjeros '[n]o están obligados a admitir la ciudadanía', y en segundo lugar porque el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser entendido en desmedro del goce de otros derechos constitucionalmente reconocidos."

”Por último, es relevante a los fines de este proceso tomar en cuenta que en la Ciudad de Buenos Aires, los extranjeros gozan de derechos políticos desde mucho antes de la reforma de la CN de 1994 y de la sanción de la CCBA. En ese marco, la arbitrariedad de la privación de un derecho civil es aún más evidente” (Expte. n° 3103/04 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).”

f) Con apoyo en los argumentos expuestos precedentemente el art. 8, inc. a) de la ley n° 404 y el art. 2, inc. a) de su decreto reglamentario n° 1624 son inconstitucionales. Respecto de la última de las normas indicadas la declaración de inconstitucionalidad, por razones de seguridad jurídica e interdependencia, la misma sólo perderá vigencia a partir de que opere el presupuesto previsto en el art. 113, inciso 2 de la CCBA respecto del art. 8, inciso a) de la ley n° 404.

## II.

Analizaré ahora la segunda cuestión traída a decisión del Tribunal, vinculada con su competencia, y que dividiré bajo la forma de dos interrogantes.

a) ¿Qué clase de funciones desarrolla el Tribunal de Superintendencia del Notariado?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 327:3626 del 7 de septiembre de 2004, y haciendo suya la opinión del Procurador General de la Nación abordó las funciones y procedimientos ante el Tribunal de Superintendencia del Notariado a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dijo en esa ocasión que “no es un proceso típicamente judicial, sino un sumario disciplinario que se instruye ante órganos con facultades para determinar si el escribano incurrió en alguna de las conductas pasibles de sanción y, eventualmente, aplicarlas”.

En el mismo sentido entendió que “el carácter local que tuvo y tiene el Tribunal de Superintendencia que habrá de intervenir en los sumarios – cuyos miembros no se confunden con el órgano judicial al que pertenecen– así como de las funciones que desempeña, impide considerar, desde mi punto de vista, que, en el caso, se produzca la denegatoria del fuero federal que, de modo excepcional, tornaría admisible el remedio extraordinario interpuesto”. Y, en una clarísima calificación del carácter administrativo del Tribunal de Superintendencia del Notariado, la sentencia agrega: “tampoco advierto una situación de privación de justicia, pues el apelante, una vez que aquel órgano dicte la resolución correspondiente, podrá disponer de las vías procesales que considere adecuadas para la defensa de sus derechos y, por otra parte, la ausencia de sentencia definitiva en el pronunciamiento no puede suplirse mediante la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas (Fallos: 308:1230; 311:1042; 313:227, entre otros)”.

Tal como resulta de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que comparto en todos sus términos se sigue que el Tribunal de

Superintendencia del Notariado es un tribunal de índole administrativa y sus decisiones se encuentran alcanzadas por la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 247:646 y por las garantías establecidas en los artículos 8.1. y 25 de la CAHD; art. 14, PIDCP; art. 10, DUDH; art. XVIII, DADH; y art. 12, inciso 6, CCBA. En consecuencia, las resoluciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado son susceptibles de impugnación ante las instancias ordinarias y por las vías y procedimientos que, según la índole y los alcances de la pretensión, posibiliten la mejor y más efectiva tutela jurisdiccional.

A mi juicio, es por similares fundamentos que la Corte en Fallos 327:3626 no considera al Tribunal Superintendencia del Notariado como el tribunal superior de la causa, y ni a sus decisiones como sentencias definitivas desde el punto de los requisitos propios del recurso extraordinario federal.

b) ¿La índole de las funciones a las que se alude en el punto anterior, es decir, funciones administrativas, pueden ser cumplidas por el Tribunal Superior de Justicia sin violar el artículo 113 de la CCBA?

Es oportuno ahora recordar que la actora sostuvo en la audiencia la tesis de que ni siquiera funciones de tribunal administrativo podían ser adjudicadas al Tribunal Superior de Justicia por vía legal, sin infringir la CCBA.

El artículo 113 de la CCBA fija la competencia originaria y derivada (o recursiva) del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Esta competencia, definitivamente jurisdiccional, no puede ser aumentada ni disminuida por el legislador común, salvo la hipótesis prevista por el propio texto constitucional para la materia electoral (cfr. art. 113, inciso 6, CCBA).

Tampoco podría, en principio, el legislador local encomendar funciones “jurisdiccionales” de carácter administrativo al Tribunal, ya que por ese camino se alteraría el ámbito de actuación fijado por el constituyente al Tribunal. Es obvio que la CCBA prefirió que el Tribunal se concentrara en determinadas materias y tipos de conflictos y excluyó otros. Esto no es sólo un problema de preferencias, importa un juicio del constituyente respecto de la manera de asegurar una labor efectiva del máximo órgano jurisdiccional de la Ciudad.

No obstante, las funciones del Tribunal Superior de Justicia deben ser apreciadas, en esta etapa, desde la perspectiva del artículo 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el contexto en que fueron ordenadas.

El artículo 6 de la CCBA establece que “[l]as autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida por los artículos 129 y concordantes de la Constitución nacional”.

Parece razonable inferir que la legislatura para mantener, preservar y

desarrollar la autonomía de la Ciudad y materializar el ejercicio del poder de policía local sobre la función notarial, pudo entender adecuado adjudicar transitoriamente la competencia como Tribunal de Superintendencia, al Tribunal Superior de Justicia.

De esta forma el legislador no sólo cumplió con el mandato del artículo 6 de la CCBA sino que, además facilitó –al tiempo de entrada en vigor de la ley 404– el traspaso de un régimen y su correspondiente poder de policía sin que todas las instituciones creadas en la ley mencionada estuviesen integradas. Es esa nota de transitoriedad y la premisa fundamental de preservar la autonomía la que, a mi juicio, justifican la competencia transitoria del Tribunal Superior de Justicia para ejercer las funciones asignadas por la ley 404.

Lo dicho hasta aquí no me impide señalar *obiter dictum* que la transitoriedad prevista en el artículo 172 de la ley 404, requiere una revisión legislativa que tome en cuenta el tiempo transcurrido, pues las necesidades y coyunturas del año 2000 se han diluido en gran medida y parece constitucionalmente aconsejable, reconducir la competencia del Tribunal de Superintendencia del Notariado a un tribunal ordinario, y preservar la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus límites originales.

Por lo expuesto, voto :

- a) **Declarar** la inconstitucionalidad del artículo 8, inciso a) de la ley 404 y disponer, en consecuencia, se remita la presente decisión a la Legislatura para los efectos previstos en el artículo 113, inciso 2 de la CCBA.
- b) **Declarar** la inconstitucionalidad del artículo 2, inciso a) del decreto reglamentario 1624, con los alcances efectuados en el apartado I, punto f).
- c) **Rechazar** los demás planteos de inconstitucionalidad por infundados.

#### **La jueza Ana María Conde dijo:**

I.- La accionante impugna la validez constitucional de distintos artículos de la ley y el decreto reglamentario que regulan la actividad profesional de los escribanos:

- a) Por un lado, cuestiona la constitucionalidad del art. 8 inc.a) de la ley 404 y del art. 2 inc.a) del decreto reglamentario 1624/2000, que establecen como requisito de inscripción en la matrícula profesional de los escribanos ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización, y exigen su acreditación con la partida respectiva. Ello por considerar que dichas normas vulneran los arts. 16 y 20 CN, el art. 11 CCBA, el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer una discriminación injustificada, una fuerte

desigualdad entre nacionales y extranjeros, con respecto al goce de un derecho —el ejercicio de la profesión de escribano— que califica como “civil”.

- b) Por otro lado, atacan la constitucionalidad de los arts. 117, 120 incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404, que le confieren al Tribunal Superior de Justicia facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado, por considerar que:
- i. ello desconoce los límites de la jurisdicción apelada del Tribunal contenidos en el art. 113 inc. 3 CCBA;
  - ii. el control judicial no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y
  - iii. el sistema de enjuiciamiento previsto en la ley 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia judicial previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ambas críticas serán analizadas a continuación y separadamente, por cuestiones metodológicas.

## **II.- El requisito de nacionalidad para ejercer la profesión de escribano.**

1.- En primer lugar, cabe mencionar que determinadas consideraciones expuestas en mi voto de la sentencia dictada con fecha 31/03/2005 en autos “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte.n° 3103/04), son aplicables al presente caso ya que se trata en lo sustancial de la misma cuestión a resolver, esto es la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para el ejercicio de una función pública. En consecuencia, considero apropiado recordar —en forma previa al concreto análisis del caso que nos ocupa— los lineamientos básicos de interpretación que quedarán establecidos en la referida oportunidad.

Como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable, sostuve en el mencionado precedente que: *“Para decidir acerca de la validez constitucional de la normativa impugnada es menester analizar los artículos que la parte actora dice vulnerados, interpretándolos para determinar su real alcance y sentido con vinculación al ejercicio de las funciones docentes en el ámbito de educación pública de la Ciudad.*

*El art. 20 de la Constitución Nacional garantiza a los extranjeros el goce de todos los derechos de naturaleza civil en igualdad con los ciudadanos, disponiendo que no están obligados a adquirir la ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. Por su parte, el art. 16 prescribe que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.*

*El art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza —en forma ampliada, pues enumera distintos supuestos de discriminación que no admite—, la igualdad ante la ley reconocida a nivel nacional.*

*Dentro de las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional es necesario distinguir las que se refieren a los habitantes, dentro de las cuales se encuentra el art. 20; de las que se refieren a los ciudadanos, dentro de las cuales se imponen obligaciones como la prevista en el art. 21 y el ejercicio de los derechos de naturaleza política, especialmente los de índole electoral.*

*Esta distinción, efectuada desde la norma fundamental del Estado, no hace sino verificar que, cuando el art. 16 establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley, debe entenderse en el sentido que lo hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir de “igual trato ante igualdad de circunstancias”. La discriminación prohibida e inadmisibles se verifica cuando —en forma arbitraria e irrazonable—, por motivo de raza, religión, sexo, condición social u otras, se vulnera la igualdad de trato entre quienes se encuentran en paridad de condiciones.*

*El art. 20 C.N. garantiza a los extranjeros el ejercicio de todos los derechos civiles, es decir aquéllos propios de esa rama del derecho, que comprende esencialmente las relaciones propias del ámbito privado. Para mayor claridad, el artículo enumera ejemplificativamente, algunos de ellos, a saber: ejercer industria, comercio o profesión; comprar y vender bienes inmuebles; navegar por los ríos y costas; ejercer su propio culto; hacer testamento y contraer matrimonio. Por supuesto, todo ello conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 y 33 C.N.).*

*La Constitución Nacional no prescribe ni impone igual trato entre extranjeros y nacionales cuando se refiere al ejercicio de derechos políticos, para los cuales en forma expresa requiere la condición de ser argentino (arts. 48, 55, 89 y 111), limitación que también se encuentra prevista a nivel local (arts. 62, 70, 97 y 112 CABA), aunque, por excepción, se permite al extranjero residente votar (art. 62, 2º párrafo, CABA). Tampoco lo exige cuando se trata de derechos de índole mixta o parcialmente política, como es el caso del desempeño de una función pública —administración de justicia, servicio exterior, fuerzas armadas, de seguridad, administración de aduanas y puertos y otras— mediante cargos jerárquicos y de responsabilidad vinculados a la soberanía o con el desarrollo de políticas públicas para los cuales se requiere arraigo y compromiso con la Nación. En estos casos la Constitución difiere al Congreso (art. 75 inc. 19) o al Poder Ejecutivo (99, incs. 2º y 7º) la determinación de los requisitos para el desempeño de las diversas funciones. Estas condiciones, formalmente y de cara a la sociedad, más allá de la valoración concreta que pueda existir en cada caso particular, componen la “idoneidad” que exige el art. 16 de la Constitución Nacional.*

*La distinción apuntada se refleja en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que integra tanto la Constitución Nacional, como la de la Ciudad de Buenos Aires. Este tratado dispone genéricamente*

en su art. 26 que: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en tanto en el art. 25 establece que: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de los representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.*

*Se advierte claramente el diferente tratamiento cuando se refiere a “todas las personas” y cuando lo hace con relación a “todos los ciudadanos”. A todos los que habitan un territorio se les garantiza en forma amplia y genérica que no habrá discriminación y, por otro lado, específicamente, se refiere a los derechos que tienen los nacionales, entre los que se menciona “tener acceso...a las funciones públicas de su país”, prerrogativa que no reconoce a los extranjeros y que no puede considerarse comprendida en la norma del art. 26 en tanto ello privaría de sentido la inclusión del artículo 25.*

*A la luz de la interpretación armónica de la Constitución Nacional y del Pacto, que alcanza incluso al art. 11 de la Constitución local, no cabe duda de que cuando se trata de ejercer determinadas funciones vinculadas con la soberanía, la seguridad, o de llevar adelante políticas públicas que involucren un interés de contenido vital para la Nación, el Poder Legislativo se encuentra habilitado a exigir, como componente de la idoneidad, la condición de ciudadano argentino, siempre y cuando la reglamentación no vulnere los límites de la razonabilidad en orden a los fines perseguidos o no se la utilice con fines persecutorios u hostiles.*

*La interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse aisladamente, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de valorarse de acuerdo con el contenido de las demás y de los instrumentos internacionales que lo integran.*

*De acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente, entiendo que el análisis de la cuestión planteada por la actora no pasa por determinar si se ve menoscabado o no el art. 20 C.N. No está en tela de juicio que los extranjeros gozan en el territorio de la República Argentina de todos los derechos civiles del ciudadano. Sobre este punto no existe duda alguna, ni podría haberla, atento la contundencia del texto constitucional.*

*El juicio de validez de la norma impugnada debe ser considerado a la luz de lo dispuesto por el art. 16 C.N. en cuanto dispone que: “todos sus*

*habitantes son iguales ante la ley y admisibles en sus empleos sin otra condición que la idoneidad”.*

*La igualdad ante la ley, principio esencial de nuestro sistema constitucional, no guarda correspondencia ni puede ser identificado con la idoneidad a la que se refiere el artículo. Mientras la igualdad garantizada se refiere a la inadmisibilidad de discriminación alguna para una categoría o grupo de habitantes en razón de sus características personales, la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser instituidos por las leyes o los reglamentos. No se trata de un concepto genérico, como lo es el de igualdad, sino de un conjunto de condiciones exigidas para el ejercicio de los empleos, cuya razonabilidad debe ser ponderada en cada caso concreto con relación a la diversidad de las funciones y tareas a desempeñar.*

*En particular, y tal como lo señala el juez Casás en un pronunciamiento anterior, la condición de la nacionalidad argentina como requisito constitutivo de la idoneidad en materia de empleo público, no constituye una excepción sino la regla (cf. Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t.II, ps. 154 y ss., en: “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20/06/00, voto del Dr. Casás). También Marienhoff destaca que, tanto en el derecho comparado como en el provincial argentino, se presentan numerosos casos en los que se exige la nacionalidad como requisito para el desempeño de cargos públicos (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, 4ª. ed actualizada, reimpresión, T° III-B, pág. 124).*

*Parte de la doctrina administrativista considera al de la ciudadanía como uno de los presupuestos de la idoneidad para el desempeño de determinados cargos públicos (conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, “Derecho Administrativo”, T° III, pág. 367. Ed. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951; Díez, Manuel María, “Manual de Derecho Administrativo”, 4ª. ed. , T° 2, pág. 94. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires, 1985).*

*Bielsa ha sostenido que “...las leyes pueden establecer el requisito de la ciudadanía para el ejercicio de funciones como las políticas y las judiciales, y para las que siendo de índole administrativa presuponen un sentido político (en alto concepto de lo político), porque implican una dirección superior de la Administración...” (conf. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, 5ª. ed., T° II, pág. 85. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1956).*

*Al pronunciarme sobre la constitucionalidad del requisito de la nacionalidad argentina para admitir la presentación de un postulante extranjero en un concurso de cargos judiciales, sostuve que no se vulnera la igualdad establecida en la Constitución “...cuando se exige la condición de nacional para ocupar un puesto de funcionario en uno de los poderes de gobierno del estado local; pues el mandato de igualdad en la formulación del derecho no significa ni que el legislador tenga que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten*

*las mismas propiedades naturales, se encuentren en las mismas situaciones fácticas, deban ser tratados exactamente de la misma manera y deban ser iguales en todos los aspectos (Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, págs. 384 y 385. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997 citado en la causa “Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja”, expte. n° 361/00, 20-6-00).*

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en innumerables ocasiones, el carácter relativo de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, que veda considerar cualquier derecho como absoluto dentro de un orden político que la misma norma fundante establece. Admitida la facultad de reglamentación de los derechos constitucionales por parte del Estado nacional o provincial, resulta pertinente analizar si la regulación en cuestión supera el test de razonabilidad. De no ser así, se caería en igual despropósito que considerar incondicionado el acceso a cargos vinculados con las políticas públicas de los distintos gobiernos.*

*Con respecto a la adecuación de los medios al fin considerado constitucionalmente permitido, he dicho en otras ocasiones que: “se trata de un examen de tipo instrumental, de racionalidad medios/fin, y que —dada la aplicación al caso de un tipo de escrutinio simple—, para que la norma reglamentaria supere el examen de constitucionalidad, basta que la solución propuesta por el legislador no sea considerada irracional. La existencia de otros medios plausibles o deseables no empece a la validez constitucional de la norma impugnada.” (mi voto, en Expte. n° 2671/2003, “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia 20/10/2004).*

*No es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poderes. Sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva. Se debe ponderar, entonces, el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida”.*

**2.-** Sentado el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, cabe determinar si el Legislador local pudo, validamente desde la óptica constitucional, establecer la exigencia de la nacionalidad argentina como requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión de escribano.

La norma atacada regula el ejercicio de la actividad notarial en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y la índole de esta función no es una cuestión menor en el análisis del planteo puesto a consideración del Tribunal.

Acerca de la **naturaleza jurídica de la función notarial**, las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales son controvertidas, resultando de

las mismas, básicamente, tres corrientes (una completa recopilación de las diferentes posturas con remisión a sus autores y corrientes puede verse en el voto Dr. Jorge Alterini como juez de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, publicado en E.D. 71, ps. 400/401), a saber:

- i. Una de ellas sostiene que los escribanos de registro son funcionarios públicos cuando desarrollan la profesión con la facultad de dar la fe pública, es decir como fedatarios, ya que dicha potestad ha sido delegada por el Estado y por ello su tarea se ubica y rige por lo dispuesto en el art. 1112 del Cód. Civil, interpretación que era reforzada por el art. 10 de la anterior ley 12.990 —mod. por la ley 14.054— que dispone que *"el Escribano de registro es funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan. Sólo a él compete el ejercicio del notariado"*.
- ii. Otra corriente considera que el escribano es un "profesional liberal", que no desempeña una función pública ni autoriza actos en nombre del Estado, que carece de remuneración por parte de los Entes públicos, su actividad deriva de la ley y se encuentra reglada por el poder público, pero de ninguna manera el interés social que está en juego modifica su naturaleza privada.
- iii. Y por último, una tesis intermedia sostiene que el escribano, si bien es un profesional liberal que no integra la Administración pública, realiza una función pública en virtud de una delegación estatal.

Este último criterio es el que ha seguido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que *"... si bien no caben dudas que como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigtes., ley 12.990), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existen dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de jerarquía que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración. Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente lo exterioriza a través de sus órganos ..."* (CSJN, 18/12/1984, "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires", La ley 1985-B, 3).

En la misma línea, un concepto también mixto se estableció en el mencionado fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, donde se sostuvo que: *"El escribano de registro no es propiamente un funcionario público, pero la importante misión a él encomendada desborda los marcos de una ubicación excluyente como profesional del derecho y en*

*esa medida las concepciones intermedias captan con mayor adecuación a la realidad las características de sus funciones”* (voto del Dr. Alterini al que adhieren los Dres. Cifuentes y Belluscio, resolución del 5-11-1976, ED 71-399).

Por lo demás, no puede desconocerse que se encuentra investido — aun cuando se trate en esencia de un profesional liberal— de una función pública con delegación especial del Estado y sujeto a su potestad reglamentaria y disciplinaria, tal como lo demuestran las prescripciones contenidas en el Código Civil, fundamentalmente en los arts. 993 y 994, que le otorgan aptitud legitimadora, estableciendo los requisitos que deben reunir las escrituras públicas que autoriza (art. 1004 C.Civil) y dotándolas de fuerza probatoria por sí mismas entre las partes y frente a terceros. Esta circunstancia resulta concluyente para afirmar que resulta absurdo negar que el escribano, aun cuando no sea esencialmente un funcionario público, se encuentra afectado al cumplimiento de una tarea de índole pública — llámese gestión pública, servicio público, función pública, concesión o como quiera denominársela en el ámbito de las diferentes doctrinas—, que no está sujeta a su arbitrio sino específicamente a las formalidades que el Estado le impone para considerar válida la actuación delegada (art. 1044 C.Civil, in fine).

**3.** El Gobierno de la Ciudad al contestar la demanda y el Colegio de Escribanos, al contestar la citación dispuesta por el Tribunal, expusieron las razones que justifican la exigencia de nacionalidad, vinculándola con la naturaleza pública de la función que desempeñan los notarios y remarcaron que este temperamento es el mismo que se sostuvo siempre en nuestro país y es el mismo que se adopta en la mayoría de las provincias; que la titularidad de los registros es del Estado; que la fe pública notarial es una actividad delegada por el Estado, entre otras consideraciones acerca de las notas propias de la función pública notarial, argumentación que no fue desvirtuada por la parte actora en la audiencia de debate.

Como fue ya señalado, en este caso no se verifica un supuesto en el que resulten afectadas normas contenidas en la Constitución local ni en la nacional; tampoco se encuentran vulnerados derechos enunciados en los Pactos y Tratados que se invocan puesto que la interpretación de estas normas debe efectuarse en consonancia con otras que contemplan supuestos no alcanzados por el principio general de reconocimiento de tales derechos.

En efecto, el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales invocado por la parte actora, señala en el art. 4° — como pauta genérica de aplicación— que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el objeto de*

*promover el bienestar general en una sociedad democrática*". La Ley 404 ha sido dictada por la legislatura local en ejercicio de sus atribuciones (art. 80, párrafo 2º, inc. b) y las limitaciones establecidas tienen relación con la naturaleza de servicio público que caracteriza a la función fedataria que el Estado adjudica a los escribanos, en el entendimiento de que esta restricción promueve el buen desempeño del notariado.

Como consecuencia necesaria de la trascendencia de la función pública que ejerce el escribano, que compromete el interés general de la sociedad, los Poderes Legislativo y Ejecutivo gozan de facultades para reglamentar dicha actividad y, en lo que nos interesa, establecer requisitos de idoneidad más severos que los contemplados para ejercer otras profesiones liberales.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la Nación afirmó reiteradamente que *"... la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (Fallos 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086) (...) esta Corte consideró válida la reglamentación legal de la aludida profesión —por ejemplo, en cuanto a las sanciones aplicables a los escribanos públicos— en tanto fuera razonable, es decir, guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar (Fallos 311:506; 315:1370) ..."* (CSJN, 12/11/2002, "Franco, Blanca Teodora c. Provincia de Buenos Aires", La Ley 2003-B, 286).

La Corte Nacional también sostuvo que *"... la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro. De ahí pues que la atribución o concesión de facultades tan delicadas tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene ..."* (CSJN, 23/06/1992, "Colegio de Escribanos", considerando 5º del voto de la mayoría, Fallos 315:1370).

Por otra parte, la exigencia de nacionalidad argentina nativa o por naturalización por un lapso no menor de diez años, constituye un requisito de idoneidad para el ejercicio del cargo de escribano, incluso puede calificársela de requisito común para el desempeño del cargo de funcionario público en general (conf. Armella, Cristina en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Bueres, Alberto y coordinado por Highton, Elena; t.2C; editorial hammurabi, p.20).

En consecuencia, para efectuar un juicio de valor acerca de la razonabilidad de la exigencia de nacionalidad argentina para el otorgamiento de la matrícula profesional a los escribanos, no es posible ni resulta correcto prescindir de estas características propias de la función notarial.

4. Dentro de este contexto, teniendo en cuenta la importancia social y el interés público comprometido en la tarea de dar fe pública a actos y contratos de particulares, así como también el carácter de “función pública” que desempeñan los escribanos, el requisito de la nacionalidad no parece irrazonable ni arbitrario para conformar la idoneidad requerida para el desempeño de la actividad notarial, de acuerdo a la forma en que fue entendido por los legisladores locales y aun cuando su fundamento pueda resultar opinable para parte de la población.

El legislador ha estimado que para el ejercicio de dicha función pública, resulta útil o apropiado contar con la calidad de ciudadano argentino, sin que se distinga si se lo es por nacimiento o en forma adquirida. En el caso de los extranjeros, el vínculo jurídico que establece con el país al adquirir la ciudadanía cobra relevancia cuando se trata del desempeño de una función pública tan importante como la que ejercen los escribanos, pues exterioriza —de manera visible a la sociedad— su **vocación de pertenencia y compromiso cívico**, sin desmedro del compromiso afectivo que —desde ya— se presume que posee quien decide establecerse y trabajar en nuestro país.

Por otra parte, la decisión de un extranjero de adoptar la ciudadanía argentina demuestra un sentimiento de arraigo al país que es trascendente en el caso de los escribanos, quienes deben responder civil, penal y administrativamente por el ejercicio de la función pública que el Estado les delega. Vale mencionar, además, que el trámite para gestionar la ciudadanía no está sujeto a formalidades extraordinarias y que, en forma acorde con la generosidad y amplitud que manifestó históricamente nuestro país hacia los extranjeros, no se requiere, para ser ciudadano argentino, poseer bienes patrimoniales, títulos universitarios, trascendencia en alguna actividad, familiares residentes en el país, ser natural de países “preferidos”, o cualquier otra nota particular que impida acceder a este beneficio; lo cual es lógico desde que el Preámbulo de la Constitución Nacional invita a hacerlo a *“todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino”*.

En este punto, considero necesario señalar que, cuando se trata del ejercicio de funciones públicas vitales para el Estado, no resulta aplicable —sin más y prescindiendo de las notas características de este tipo de tareas— la doctrina que entiende que la exigencia de la nacionalidad queda incluida dentro del concepto de “categoría sospechosa” y que ello resulta suficiente para predicar su cuestionamiento constitucional. ¿Qué puede tener de sospechoso que un Estado exija, para delegar una actividad que le es propia y que puede afectar su orden público o interés general, que la persona a quien va a encomendar tal función posea un atributo que lo vincule jurídica y políticamente con ese mismo Estado y no con un Estado diferente?

Como juez, creo que es mi deber advertir que no debe propiciarse —dilatando al máximo la brecha que ya existe entre aquello que la sociedad entiende conforme el sentido común y la respuesta que se da desde el orden

jurídico aplicable— la transpolación de teorías que, aplicadas en forma indiscriminada, se traducen en interpretaciones que confunden a la población acerca de la naturaleza de las instituciones. La sociedad, para progresar y desarrollarse, necesita confiar en los escribanos que instrumentan los diversos contratos propios de la vida negocial, documentan la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, fiscalizan el cumplimiento de las prescripciones exigidas por las leyes para validar los diversos actos jurídicos, otorgan fe acerca de la identidad de las personas y de sus firmas, etc. Parte de esa confianza se genera a partir de la comprensión, mediante el sentido común, de la normativa que regula la actividad.

5. Tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida, que sólo permite analizar el control abstracto de inconstitucionalidad de la norma que se impugna, debe quedar claramente sentado que, de lo que aquí se trata es de determinar si la decisión política de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de requerir la nacionalidad argentina —o su subsistencia por un término de diez años en caso de naturalización— para ingresar en la matrícula notarial, resulta válida.

En este sentido, sin valorar si ello constituye la mejor de las alternativas o si cuenta con el beneplácito de la población o de la comunidad académica, los motivos y fundamentos brindados por la Procuración de la Ciudad y por el Colegio de Escribanos de la Ciudad resultan suficientes para resistir el control de razonabilidad constitucional.

En efecto, no se advierte en la norma cuestionada diferenciación entre categorías de extranjeros, arbitrariedad, o fines persecutorios o de segregación de un grupo de habitantes, por lo que no puede considerarse discriminatoria en los términos de los arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, pues da igual trato a todos los extranjeros, cualquiera sea su nacionalidad, sin efectuar distinciones según el origen del postulante extranjero.

Tampoco resulta irrazonable o arbitrario exigir un requisito de idoneidad que, como el evaluado, determina que sean sólo ciudadanos argentinos nativos o naturalizados por un lapso no inferior a diez años, quienes ejerzan funciones notariales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en razón del particular régimen que rige para el desempeño del cargo de escribano.

Por último, no debe perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional que la convierte en la última *ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que —más allá de la coincidencia o discrepancia personal—, lo cierto es que solamente puede ser calificada como “inconstitucional” cuando se evidencia una clara vulneración de los principios, derechos y garantías contenidas en el plexo constitucional, sin que corresponda

considerar motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, ajenos —por definición— al análisis que le corresponde realizar al Poder Judicial.

Por todos estos fundamentos, considero que el requisito de nacionalidad argentina para el otorgamiento de la matrícula profesional a los escribanos resulta constitucionalmente válido.

### **III.- El Tribunal Superior de Justicia como Tribunal —transitorio— de Superintendencia del Notariado.**

1. El Tribunal de Superintendencia del Notariado, que junto al Colegio de Escribanos ejercen el gobierno y control del notariado (conf. art. 117 ley 404), a partir de la incorporación de la Justicia Ordinaria a la Ciudad estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de su seno, anualmente y por simple mayoría de votos. Del mismo modo, se nominarán dos suplentes quienes, eventualmente, reemplazarán a los vocales titulares (art. 118 ley 404).

Como al momento de sancionar la ley 404 la Justicia Civil Ordinaria no había sido transferida al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, situación que continúa al día de la fecha, el legislador porteño estableció que hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por esta ley al Tribunal de Superintendencia están a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (art. 172 ley 404).

Tanto en uno como en otro caso, quienes integran —transitoriamente— o integrarán el Tribunal de Superintendencia son jueces, designados conforme el procedimiento previsto en la Constitución Nacional o de la Ciudad de Buenos Aires, que gozan de las garantías de inamovilidad funcional e intangibilidad salarial, y que tienen la misión de ejercer la función jurisdiccional. No se trata de empleados o funcionarios administrativos, sino de magistrados que integran —o integrarán— el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otra parte, la función que le corresponde al Tribunal de Superintendencia del Notariado es conocer en única instancia en los asuntos relativos a la responsabilidad disciplinaria de los escribanos cuando se les imputan faltas graves —cuando el mínimo de la pena aplicable fuera de suspensión por más de tres meses—, o bien entender como tribunal de apelación en todas las resoluciones del Colegio, en especial respecto de los fallos que éste pronunciare en los procesos disciplinarios (art. 120 incs. a y b ley 404). Si entendemos a la función jurisdiccional como aquella actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, las facultades que le competen al Tribunal de Superintendencia no resulta materialmente administrativas, sino típicamente jurisdiccionales, ya que el Tribunal entiende

en casos en los que se juzga la conducta de los escribanos y se les aplica — de ser pertinente— la respectiva sanción.

En conclusión, tanto desde el punto de vista subjetivo —el Tribunal de Superintendencia está integrado por magistrados que pertenecen al Poder Judicial de la Ciudad— como desde el punto de vista material —la naturaleza de la función que realiza dicho tribunal es esencialmente jurisdiccional—, podemos afirmar que el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce una función jurisdiccional.

Así también lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente consideró sentencia definitiva emanada del Tribunal Superior de la causa a aquellas decisiones del Tribunal de Superintendencia del Notariado, cuando estaba integrado por jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Al respecto resulta ilustrativo citar el considerando 4º del voto de los Dres. Levene, Belluscio y Boggiano en la causa “Colegio de Escribanos” (CSJN, 23/06/1992, “Colegio de Escribanos”, Fallos 315:1370), quienes sostuvieron que *“...el pronunciamiento impugnado proviene de un tribunal integrado por magistrados de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, es decir, por jueces designados mediante el procedimiento previsto en la Constitución Nacional, que gozan de las correspondientes garantías de inamovilidad funcional e intangibilidad salarial (arts. 86, inc. 5º y 96), y que, en el caso, ejercieron la función de juzgar después del procedimiento previsto por la ley para garantizar un adecuado debate entre el imputado y el organismo que requiere la sanción. Por lo tanto, se recurre una sentencia definitiva que al no admitir otra instancia de apelación, causa un gravamen irreparable y convierte al tribunal que la dicta en el superior tribunal de la causa que exige el art. 14 de la ley 48 ...”*.

**2.** La actora afirma que la asignación al Tribunal Superior de Justicia de facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado desconoce los límites de la jurisdicción apelada del Tribunal contenidos en el art. 113 inc. 3 CCBA.

Esta cuestión ya fue analizada por el Tribunal Superior de Justicia al momento de ser sancionada la ley 404, y motivó la emisión de la acordada 8/2000, con fecha 9 de agosto de 2000, en la que sostuvimos que *“... En anteriores pronunciamientos, el Tribunal expresó que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local y que sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una “competencia residual” acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico (in re ‘Pinedo, Federico y otros c/ Ciudad de Buenos Aires s/ amparo’, expte. nº 8/99, resolución del 18 de febrero de 1999; ‘Hilandería Islán SRL c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa (art. 322 CPCC)’, expte. nº 94/99, resolución del 27 de septiembre de 1999; ‘Álvarez Caffaro, Roberto Enrique c/ GCBA s/*

*acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. n° 139/99, resolución del 17 de noviembre de 1999, entre muchos otros precedentes).*

*La cuestión traída a este Tribunal por el Colegio de Escribanos no trata de ninguno de los supuestos determinados por el art. 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de modo que no corresponde que asuma la competencia de Superintendencia atribuida por ley.*

*No obstante dicha conclusión, y dado que la integración de la justicia local aún no ha concluído, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de dar pleno efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires ...”*

Con dicho fundamento y hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumió, en forma excepcional, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia.

Ello por cuanto los jueces de la Ciudad tenemos el mandato constitucional expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agotemos en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional (art. 6 CCBA). Por esta razón y teniendo en cuenta que al día de la fecha la Ciudad cuenta con un Poder Judicial diezmado, con escasas competencias jurisdiccionales a pesar de lo que ordena en forma absolutamente clara el art. 129 CN, y —en lo que nos interesa— sin una Justicia en lo Civil que pueda desempeñarse como Tribunal de Superintendencia del Notariado, es necesario que este Tribunal Superior de Justicia ocupe dicho rol en forma transitoria, y de esta manera lograr que la Ciudad pueda ejercer el poder de policía y asumir una función —el control del notariado local— que le es propia.

En conclusión, si bien la competencia de este Tribunal está taxativamente delimitada por el art. 113 CCBA, esta norma debe ser interpretada armónicamente con el resto del texto constitucional —específicamente con el art. 6 de la Carta Magna local—, y de forma compatible y promotora del proceso de consolidación institucional —en lo que nos interesa, el armado de la Justicia local—. Es que el Tribunal Superior de Justicia es consciente del sensible rol institucional que ocupa, y debe realizar las acciones necesarias para favorecer el afianzamiento de la autonomía local, obviamente sin exceder las facultades que le son propias.

Sin embargo, es cierto que es tiempo que la situación precaria existente en la materia de superintendencia del notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se revierta, cobrando vigencia el diseño constitucional previsto por los representantes del pueblo en el año 1994 (art. 129 C.N.). Cuando ello se concrete, lo que como juez del superior tribunal de

justicia de esta Ciudad aspiro que ocurra en un lapso breve, cesarán las causas que motivan la actuación excepcional de este Tribunal.

**3.** Sostiene también la parte actora que el control judicial previsto para las sanciones disciplinarias a escribanos no sería suficiente en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En primer lugar, cabe recordar que —como dije anteriormente— el control judicial de las sanciones leves a los escribanos, así como el juzgamiento de las faltas graves, lo realiza el Tribunal de Superintendencia del Notariado, que es un órgano judicial en ejercicio de facultades jurisdiccionales.

Por otra parte, la ley 404 no establece ningún tipo de limitación al control judicial que le compete realizar al Tribunal de Superintendencia del Notariado, el que —como ha sentado la Corte Suprema en el señero fallo “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247:646— debe ser amplio y suficiente, permitiendo —de ser pertinente— el debate de cuestiones de hecho y prueba; tal como lo ha hecho este Tribunal en ejercicio del Tribunal de Superintendencia del Notariado hasta el presente y en gran número de casos.

Cabe destacar, además, que *“...el diseño de procedimiento disciplinario contenido en la ley local del notariado reproduce en líneas generales el régimen legal anterior previsto en la ley nacional n° 12.990 y que, si eventualmente se llegara a considerar en un caso concreto, que el Colegio (en este caso el Tribunal de Superintendencia del Notariado) no ha observado en el marco de un sumario el “debido procedimiento adjetivo” — con la consiguiente lesión al derecho de defensa de un escribano— el afectado cuenta con diversas herramientas procesales previstas en el ordenamiento para conjurar tales irregularidades “ ( conf. Tribunal de Superintendencia del Notariado —TSJCBA—, en “Colegio de Escribanos, Escribano Labella de Espinaco, Noemí Alba s/ inspección protocolos años 2001/02”, causa n°2459/03, resolución del 26/8/2004).*

En conclusión, la presente impugnación genérica y abstracta no tiene ningún fundamento, y en todo caso —por aplicación de la doctrina expuesta en el párrafo precedente—, si algún escribano sancionado por una falta disciplinaria considera que el control judicial efectuado por el Tribunal de Superintendencia del Notariado resultó insuficiente, podrá plantear el pertinente recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**4.** La accionante postula, además, que las facultades disciplinarias asignadas al Tribunal de Superintendencia del Notariado por los arts. 117, 120 incs. a) y b), 153 y 172 de la ley 404, violan la garantía de la doble instancia consagrada en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mientras el Tribunal Superior de Justicia ejerza —transitoriamente— el rol de Tribunal de Superintendencia, esa será la única instancia judicial local para el juzgamiento de las faltas de la responsabilidad disciplinaria de los escribanos, y sus decisiones tendrán el carácter de definitivas y no sujetas a recursos, con excepción del de aclaratoria y el extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, resultan improcedentes los recursos de reconsideración e inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Superior de Justicia (ver, entre muchos otros fallos, Tribunal de Superintendencia del Notariado —TSJCBA—, 30/09/2005, “Colegio de Escribanos. Escribano W., E.A.E. s/ inspección protocolo año 2001” y sus acumulados); tal como ocurría durante la vigencia de la ley 12.990 respecto del Tribunal de Superintendencia del Notariado ejercido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Respecto de la validez constitucional —objetada por la actora— del establecimiento de una sola instancia local para el juzgamiento de la responsabilidad disciplinaria de los escribanos, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho, al adherir a un dictamen del Procurador Fiscal, que la garantía de la doble instancia establecida en los arts. 8 inc. 2 ap. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “... *se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de un delito’ (...) de allí que, resulten ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones (art. 27, inc. 3º, Código Procesal Penal de la Nación) o infracciones administrativas ...*” (CSJN, 27/06/2000, “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina”, Fallos 323:1787).

En consecuencia, no resulta exigible —desde el punto de vista constitucional— la consagración de la doble instancia para la revisión judicial de las sanciones impuestas a los escribanos en ejercicio de facultades disciplinarias, supuesto completamente distinto al previsto por las citadas normas de los tratados internacionales, que exigen esta garantía para procesos de naturaleza penal.

Por las consideraciones expuestas, y de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal general Adjunto, voto por rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

### **El Dr. Luis F. Lozano dijo:**

#### **I. Defensa relativa a la falta de condición jurídica para ser demandante**

El Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires opuso como defensa “falta de condición jurídica para ser demandante” de la

Asociación por los Derechos Civiles (fs. 66). Sintéticamente, sostuvo que “no parece congruente legitimar a quien: a) se excede en su capacidad, pues defiende *derechos no civiles*; b) no demuestra ningún interés defendible para la comunidad, ya que un decisorio contrario al régimen vigente no produce en la sociedad, ninguna consecuencia; c) suponiendo que existiera un interés en la demandante, resulta de un grado notablemente inferior a los derechos subjetivos de cada matriculado y al interés colectivo de esta institución” (ver fs. 67 vuelta).

La defensa no puede prosperar. La enumeración, concebida como no taxativa, con que el art. 3 del Estatuto de la Asociación por los Derechos Civiles define su objeto incluye el de “defender los derechos de los individuos a través de presentaciones ante autoridades judiciales” (ver fs. 1 vuelta). Frente a estos términos, resulta imposible inferir una restricción del nombre de la asociación, aun cuando no se concibiera al ejercicio de la escribanía como un derecho civil. Ello es así, no solamente porque no es el nombre lo que define el objeto, sino porque la interpretación de los términos que emplea un estatuto asociativo no queda circunscripta por el significado que les asigne una rama de la dogmática constitucional jurídica, sino por aquel significado que los asociados pueden razonablemente haber querido darle y el que los terceros que se relacionen con esa persona ideal puedan comprender (conf. art. 1198 Código Civil). Por ello, la presentación que realizó ante estos estrados no excede el objeto para cuya consecución fue creada.

Tampoco existe óbice derivado de la falta de un “interés defendible para la comunidad”, o de “su grado notablemente inferior a los derechos subjetivos de los matriculados”. Estas circunstancias, que merecerían ser examinadas en el contexto de una causa, no pueden serlo en el de la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113 inc. 2º CCABA, toda vez que el artículo 18 de la ley 402, expresamente legitima a las personas, tanto a las físicas como a las jurídicas, sin ninguna limitación relativa a su interés en el asunto.

Por ende, tampoco esta defensa puede prosperar.

## **II. Agravio relativo al requisito de nacionalidad**

2.1 La actora sostiene que la circunstancia de requerir la nacionalidad argentina, nativa o por naturalización, para incorporarse a la matrícula profesional de los escribanos torna inconstitucionales a los artículos 8 inc. “a” de la ley 404 y 2 “a” del decreto reglamentario nº 1624, pues dicha exigencia, a su entender, (i) configura una discriminación entre ciudadanos y extranjeros en el ejercicio de sus derechos civiles, sin que medie el interés estatal urgente requerido para su convalidación (conf. art. 20 CN), (ii) debe ser examinada mediante un escrutinio estricto por ser la nacionalidad una categoría sospechosa, que genera una presunción en contra de la constitucionalidad de la norma, y no cumple con el estándar básico de

razonabilidad aplicable a cualquier discriminación (conf. arts. 16 CN, 11 CCABA, y 1.1 CADDHH), y (iii) viola el sistema previsto en la CCABA, toda vez que ella, sostiene, consagra como regla general la equiparación de extranjeros y ciudadanos aún para el ejercicio de los derechos políticos, admitiendo únicamente las excepciones previstas en el propio texto constitucional (conf. arts. 11, 61 y concordantes).

2.2. Preliminarmente, vale recordar cuáles son los antecedentes de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, invocados por el actor, conforme ya fue expuesto en mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. n° 3103/04, resolución del 31 de marzo de 2005), con las adaptaciones del caso.

Tanto el artículo 16 como el 20 de la Constitución Nacional tienen antecedente directo en el proyecto elaborado por Juan Bautista Alberdi y explicado en sus *Bases*. El artículo 16 CN encuentra su paralelo en el artículo 17 del proyecto de Alberdi que dice en lo pertinente: “[t]odos son admisibles a los empleos. [...] La ley civil no reconoce diferencia entre extranjeros y nacionales”. A su vez, el artículo 20 CN lo reconoce en el 21 de dicho proyecto que establece: “[n]ingún extranjero es mas privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo, poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques puertos de la Republica, navegar en sus ríos y costas. Están libres de empréstitos forzosos, de exacciones y requisiciones militares. Disfrutan de entera libertad de conciencia, y pueden construir capillas en cualquier lugar de la república. Sus contratos matrimoniales no pueden ser invalidados porque carezcan de conformidad con los requisitos religiosos de cualquier creencia, si estuviesen legalmente celebrados.

No están obligados a admitir la ciudadanía.

Gozan de estas garantías sin necesidad de tratados y ninguna cuestión de guerra puede ser causa de que se suspenda su ejercicio.

Son admisibles a los empleos, según las condiciones de la ley, que en ningún caso puede excluirlos por solo el motivo de su **origen** [...]” (la negrita me pertenece).

Según se ve, en lo que para la solución del presente caso interesa, el artículo 21 es más fuerte, en apariencia al menos, que el artículo 20 actual, mientras que el contenido del 17 no es sustancialmente distinto del 16 que nos rige, aunque es obvio que el texto actual mitiga la expresión contemplando a nacionales y extranjeros bajo el manto común de habitar nuestro suelo.

Empero, es sumamente ilustrativo repasar algunos párrafos de las anotaciones de Alberdi para aclarar el alcance que daba él a estas cláusulas. En el acápite XIX, a cuyo título vale la pena prestar atención, dice

del estado nacional que: “[d]ebe *prodigar* la ciudadanía y el domicilio al extranjero sin imponérselos. Prodigar, digo, porque es la palabra que expresa el medio de que se necesita. Algunas constituciones sudamericanas han adaptado las condiciones con que la Inglaterra y la Francia conceden la naturalización al extranjero, de que esas naciones no necesitan para aumentar su población excesiva. Es la imitación llevada al idiotismo y al absurdo [se refiere a la constitución boliviana cfr. capítulo XXXIV]<sup>1</sup>.”

Debe la constitución asimilar los derechos civiles del extranjero de que tenemos vital necesidad, a los derechos civiles del nacional, sin condiciones de una reciprocidad imposible, ilusoria y absurda.

Debe abrirles acceso a los empleos públicos de rango secundario, más que en provecho de ellos, en beneficio del país, que de ese modo, aprovechará de su aptitud para la gestión de nuestros negocios públicos y facilitará la educación oficial de nuestros ciudadanos por la acción del ejemplo práctico, como en los negocios de la industria privada. En el régimen municipal será ventajosísimo este sistema. Un antiguo municipal inglés o norteamericano, establecido en nuestros países e incorporados a nuestros cabildos o consejos locales, sería el monitor más edificante o instructivo en ese ramo, en que los hispanoamericanos nos desempeñamos de un modo tan mezquino y estrecho de ordinario, como en la policía de nuestras propias casas privadas”<sup>2</sup>.

Según se ve, hay una clara distinción entre el manejo de la noción de derechos civiles y el del acceso al ejercicio de funciones públicas. Tanto ello es así que Alberdi interpreta su cláusula relativa al empleo público, contenida en el artículo 21 que transcribí, de un modo más limitado que el que podría indicar una lectura ingenua del párrafo que destaque con negrita. A la luz de lo que aquí dice, dicho párrafo puede leerse, sin temor a errar, en el sentido de que la ley no puede excluir al extranjero naturalizado por el solo motivo de haber nacido fuera del territorio nacional; pero, no está diciendo que no puede excluir al extranjero que no adopta la nacionalidad; siempre hablando del empleo público, porque está claro que no puede obligarlo a tomar dicha nacionalidad, ni tampoco excluirlo de los derechos civiles por no adoptarla. La misma reflexión puede utilizarse, *mutatis mutandi* respecto del ejercicio de la función pública.

A su vez, constituye elemento esencial para interpretar la cláusula relativa a los derechos civiles de los extranjeros, la referencia al tratado con Inglaterra de 1825<sup>3</sup>. Esta fuente se repite en la Comisión de Negocios

---

<sup>1</sup> El título del acápite XIX reza, “Continuación del mismo asunto. Fines de la Constitución Argentina”, mientras que el del acápite XVIII reza “Bases y Puntos de Partida para la Constitución de la República Argentina”; es decir, el segundo, a diferencia del primero, representa el núcleo de su fundamentación.

<sup>2</sup> Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Ed. Jackson, Bs. As., 1935, páginas 119 y 120.

<sup>3</sup> En igual sentido ver De Vedia, Agustín, *Constitución Argentina*, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, página 106.

Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina que preparó el texto finalmente aprobado en 1853. Así, en el capítulo XIX, algo más adelante que el párrafo ya transcrito, Alberdi dice: “[l]a constitución argentina debe contener una sección destinada especialmente a fijar los principios y reglas del derecho público deferido a los extranjeros en el Río de la Plata, y esas reglas no deben ser otras que las contenidas en el tratado con la Inglaterra, celebrado el 2 de febrero de 1825. A todo extranjero deben ser aplicables las siguientes garantías, que en ese tratado solo se establecen en favor de los ingleses. Todos deben disfrutar *constitucionalmente*, no precisamente por tratados:

De la libertad de comercio;

De la franquicia de llegar seguros y libremente con sus buques y cargamentos a los puertos y ríos accesibles por la ley a todo extranjero;

Del derecho de alquilar casa a los fines de su tráfico;

De no ser obligados de no pagar derechos diferenciales;

De gestionar y practicar en su nombre todos los actos de comercio, sin ser obligados a emplear personas del país a este efecto;

De ejercer todos los derechos civiles inherentes al ciudadano de la República;

De no poder ser obligados al servicio militar;

De estar libres de empréstitos forzosos, de exacciones o requisiciones militares;

De mantener en pie todas estas garantías, a pesar de cualquier rompimiento con la nación del extranjero residente en el Plata;

De disfrutar de entera libertad de conciencia y de culto, pudiendo edificar iglesias y capillas en cualquier paraje de la República Argentina.

Todo eso y algo más está concedido a los súbditos británicos en la República Argentina por el tratado de plazo indefinido, celebrado el 2 de febrero de 1825; y no hay sino muchas razones de conveniencia para el país en extender y aplicar esas concesiones a los extranjeros de todas las naciones del mundo, tengan o no tratado con la República Argentina. La República necesita conceder esas garantías, por una exigencia imperiosa de su población y cultura, y debe concederlas espontáneamente, por medio de su constitución, sin aspirar a ilusorias vanas y pueriles ventajas de una reciprocidad sin objeto por larguísimo años<sup>4</sup>.

Según se ve, el criterio para definir “derechos civiles” está estrechamente relacionado con la naturaleza de los derechos negociados en el tratado de 1825 con Inglaterra. La meta de los redactores de la cláusula constitucional fue extender a todo extranjero aquello que el tratado concedía tan sólo a los súbditos del Reino Unido. Cuando uno examina este tratado se encuentra con un grupo de derechos que tienen que ver básicamente con el acceso a la propiedad mediante negocios entre particulares, la libertad de conciencia y, esencialmente, la posibilidad de contraer matrimonio con

---

<sup>4</sup> Juan Bautista Alberdi, Ob. cit., páginas 126 y ss.

efectos validos. En esto, estaba muy directamente implicada la posibilidad de conservar una religión distinta a la católica apostólica romana y aún así contraer válidamente nupcias, lo cual, a su vez, determinaba la aplicación del régimen de sociedad conyugal y sucesorio. Concretamente, a los derechos específicamente previstos –por ejemplo derecho de alquilar casa a los fines de su trafico o vivienda– el tratado agrega otros más genéricos en su art. VIII a) que establece: “[t]odos los comerciantes, comandantes de naves, y otros súbditos de su Majestad Británica, tendrán la misma libertad, en todos los territorios de dichas Provincias Unidas, como los nativos de ellas, para manejar sus propios asuntos ellos mismos, o para confiarlos a la gerencia de quienes ellos prefieran, como corredor, factor, agente o intérprete; no serán obligados a emplear a cualquier otra persona para esos propósitos, ni a pagar ningún sueldo o remuneración, a menos que elijan emplearlos; y les será permitido, en libertad absoluta, en todos los casos, al comprador y al vendedor negociar y fijar el precio de cualquier bien, efecto o mercancía importada en, o exportada, de dichas Provincias Unidas, como ellos estimen más conveniente”<sup>5</sup>; “[...] la disposición de la propiedad de cualquier tipo y denominación, mediante venta, donación o intercambio, o cualquier otra manera, como también en la administración de la justicia, los súbditos y ciudadanos de las Dos Partes Contratantes gozarán, en sus dominios respectivos, de los mismos privilegios, libertades y derechos que la nación más favorecida, y no cargarán, en cualesquiera de estos respectos, con ningún derecho o impuesto más alto que los que pagan, o puedan ser pagados, por los súbditos nativos o ciudadanos de la Potencia en cuyos dominios pudieran ser residentes. Serán eximidos de todo servicio militar obligatorio, sea por mar o tierra, y de todo empréstito forzoso, o exacciones o requisiciones militares; tampoco serán obligados a pagar ningún impuesto ordinario mayor que los que sean pagados por súbditos nativos o ciudadanos bajo ningún pretexto”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> “All merchants, commanders of ships, and others, the subjects of His Britannic Majesty, shall have the same liberty, in all the territories of the said United Provinces, as the natives thereof, to manage their own affairs themselves, or to commit them to the management of whomsoever they please, as broker, factor, agent or interpreter; nor shall they be obliged to employ any other persons for those purposes, nor to pay them any salary or remuneration, unless they shall choose to employ them; and absolute freedom shall be allowed, in all cases, to the buyer and seller to bargain and fix the price of any goods, wares or merchandise imported into, or exported from, the said United Provinces, as they shall see good”.

<sup>6</sup> “...the disposal of property of every sort and denomination, by sale, donation or exchange, or in any other manner whatsoever, as also the administration of justice, the subjects and citizens of the two Contracting Parties shall enjoy, in their respective dominions, the same privileges, liberties and rights, as the most favoured nation, and shall not be charged, in any of these respects, with any higher duties or imposts than those which are paid, or may be paid, by the native subjects or citizens of the Power in whose dominions they may be resident. They shall be exempted from all compulsory military service whatsoever, whether by sea or land, and from all forced loans, or military exactions or requisitions; neither shall

Asimismo, el art. XIII c) dispone que “[...] para disponer de su propiedad, en cualquier forma, sea por voluntad o testamento, como sea que ellos juzguen apropiado”<sup>7</sup>.

El examen del texto muestra que no existe una referencia genérica a “derechos civiles” sino que en todo caso a algunos derechos específicos: básicamente ser propietario y poder disponer de esa propiedad, al igual que los ciudadanos argentinos. La más amplia formulación contenida en el art. IX –“privilegios, libertades y derechos”- no remite a los de los ciudadanos argentinos sino a la igualdad con los nacionales de la nación más favorecida.

Todo sugiere que elegir la expresión genérica “derechos civiles”, aplicada a este universo del tratado, fue idea de Alberdi. Pero Alberdi no la usó de manera de alcanzar el derecho de ser depositario de una función pública. Ello no se compadecería con la explicación que el autor da a su texto, puesto que no parte en ella de la hipótesis de una imposibilidad de restringir el servicio público a los nacionales sino, en todo caso, de la de no hacerlo para las categorías inferiores; y ello, no por razones de principio, sino de conveniencia para la Nación Argentina, o para cumplir tratados. Todo esto está en estricta armonía con el Tratado de 1825 pues lo que este instrumento buscaba era garantizar al extranjero indemnidad, frente a la potencial legislación local discriminatoria, para los recursos que introdujese o aquellos que adquiriese localmente con su esfuerzo; no buscaba garantizar, en cambio, el acceso a recursos locales como el empleo u otros contratos públicos. Es reveladora la frase del capítulo XVI titulado *De la legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestras Repúblicas* en que, refiriéndose al extranjero dice “[...] más noble fuera excluirle abiertamente, como hacían las Leyes de Indias, que internarle con promesas falaces, para hacerle víctima de un estado de cosas enteramente colonial y hostil.” (pág. 98 ob. citada).

El informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, constituida por los Doctores Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan Del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferre, Juan María Gutiérrez, muy influido éste por el pensamiento de Alberdi, y José Benjamín Gorostiaga, toma también como punto de partida ese tratado de 2 de febrero de 1825. Vale la pena recordar este párrafo: “[e]l tratado de 2 de febrero de 1825, acuerda a los súbditos británicos la libertad de la conciencia y el derecho de concurrir a sus ritos públicamente; y tanto esta facultad como las demás que encierra aquel tratado, se han realizado sin interrupción desde su fecha, y también durante el aislamiento de los pueblos, cuando sólo existía un encargado de relaciones exteriores. Este es, pues, un derecho perfecto conquistado bajo la fe de tratados solemnes, a cuyo cumplimiento no podría negarse el gobierno

---

they be compelled to pay any ordinary taxes, under any pretext whatsoever, greater than those that are paid by native subjects or citizens”.

<sup>7</sup> “...to dispose of their property, of every description, by will or testament, as they may judge fit...”.

federal. Derecho, por otra parte, directamente protector de una de las miras que no ha perdido de vista la comisión, la mira de atraer la población activa, útil y moral al seno de la Confederación. El inmigrante porque aspiramos, no es el ser degradado que se embrutece olvidando su creador, sino aquel que aprendió a conocerle y a adorarlo en el hogar de su padre. Es el inmigrante cabeza o miembro de familia, que, si abandona la patria de su nacimiento, no por eso enajena su conciencia ni su culto; y esta que es una propensión virtuosa no se puede burlar sin sacrilegio, y sin peligro de poblar nuestro territorio con hombres ateos, incapaces de soportar el yugo saludable de las practicas religiosas.”<sup>8</sup>

Nótese cómo, sugestivamente, la Comisión pone énfasis en destacar que el extranjero que tiene en mira es el inmigrante, es decir, quien viene a radicarse de modo definitivo en nuestro país para poblarlo y compartir nuestro destino. A este extranjero apunta el art. 16 CN.

El examen de estos antecedentes revela que la expresión “derechos civiles” no puede ser entendida de modo que alcance a todo derecho que no tenga naturaleza política. Derechos civiles eran, y son, los garantizados por las leyes civiles. A su vera, podían distinguirse, como es hoy usual distinguir, derechos subjetivos públicos, uno de los cuales podía ser el acceso a una concesión otorgada por el estado para el ejercicio de una función pública. Suponer un ámbito más amplio para los derechos civiles implica olvidar que la voluntad del constituyente fue extender las mismas garantías del Tratado de 1825 a otros extranjeros, pero no extender el universo de garantías. Ese universo estuvo definido teniendo en mira asegurar a los extranjeros un tratamiento legislativo igualitario para los recursos que introdujeran al país, pero no un acceso a los recursos nacionales, o al ejercicio de las funciones públicas o de gobierno. Esto es así con mayor razón cuando se trata de recursos siempre limitados; en el caso, porque existe un número de plazas limitado directa o indirectamente por la ley (cf. arts. 31 y 33 ley 404).

Esta interpretación no implica xenofobia; ni siquiera inclinación a no abrir la contratación pública a quienes no son nacionales. Implica, en todo caso, poner en manos de las autoridades constituidas, especialmente el Congreso o las legislaturas locales, según el caso, el poder de establecer facilidades o exclusiones en el acceso a recursos estatales. Este poder es la base de la posibilidad de negociar con países extranjeros facilidades recíprocas. Indudablemente, el preámbulo de la CN sigue señalando una vocación de apertura hacia los extranjeros que constituye una guía inexorable para las autoridades constituidas; pero, el texto constitucional no ignora que la concesión a cambio de reciprocidad sigue siendo la llave para obtener ventajas para los argentinos en otras latitudes. Esta capacidad de negociación desaparece si la concesión viene hecha unilateralmente por la CN. En una inteligencia tan amplia como la que postula la actora, los

---

<sup>8</sup> Tomado de la recopilación hecha por Sampay, Arturo Enrique, en *Las Constituciones de la Argentina (1810/1972), Recopilación, notas y estudio preliminar*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1975, pág. 356 y ss.

derechos civiles del art. 20 CN impedirían no solamente las restricciones en la asignación de funciones públicas, sino restricciones como las previstas en la legislación llamada de “compre argentino”; y, en general, impediría también la reserva para los argentinos y para aquellos nacionales de los países con quienes la Nación negocie, de algunos recursos que el legislador estime estratégicos.

En este orden de ideas, vale recordar que no declarar inconstitucional una ley no equivale a aplaudir su contenido. Los jueces no están para tomar posición frente a la ley desde la óptica de los valores sino desde la de la constitución. Para juzgar cuándo ampliar y cuándo circunscribir el universo de quienes contratan con el estado están los órganos políticos, y más específicamente el legislativo. Puesto en otras palabras, el dilema que nos ocupa no es evaluar la conveniencia de abrir los registros notariales a los extranjeros, sino determinar, a la luz de la CCBA, la CN y los tratados aplicables, si son los jueces o los legisladores quienes deben hacerlo.

2.3. Desde esta perspectiva, la designación como escribano de registro, titular o adscripto, no es derecho civil en el sentido del art. 20 de la CN. A este respecto también pertinentes las consideraciones vertidas en mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles” (citado).

El examen de los textos de Alberdi y de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, tanto aquellos mediante los cuales expusieron sus motivos como los proyectados para integrar la Constitución, revela que los derechos civiles garantizados a los extranjeros por el art. 20 abarcan un universo amplio, pero no comprensivo del ejercicio de funciones públicas. En su concepción originaria, los derechos llamados civiles tienen básicamente la extensión de los contemplados en el Tratado de 1825; no una mayor. Y ciertamente no una igual a todo derecho reconocido a un ciudadano a excepción de los políticos. El acceso al ejercicio de funciones públicas no está en el texto del tratado. Ello no significa que Alberdi creyera nocivo el empleo de extranjeros para el ejercicio de funciones públicas. Pero, parece claro que no pensó que el constituyente debiese limitar al legislador en la atribución de elegir cuándo y cómo posibilitar ese acceso.

Aunque los autores no enuncian exactamente cuál es el criterio con el que distinguieron los derechos civiles asegurados a los extranjeros de otros asegurados a los habitantes (ciudadanos o no), parece obvio que alguna guía emplearon. A su vez, no hay razones para pensar que esa noción difería de la que pudo tener Alberdi como universo tutelado por su art. 21. Un criterio no enunciado, pero que sin duda encasilla a todos los derechos previstos en el Tratado de 1825 es el que distingue los derechos según que protejan recursos introducidos por el extranjero o generados por él localmente, por una parte, o extraídos de fuente local, por la otra. Los traídos por el extranjero del exterior o aquellos otros que hubiera generado en

territorio de la Nación, serían protegidos por iguales reglas que las aplicables a los ciudadanos; mientras que quedarían librado al criterio legislativo establecer diferencias en el acceso a recursos locales, particularmente aquellos a los que se accede a partir de plazas cuyo número se encuentra limitado por la ley —como es el caso de los registros notariales—. Esto explica que el acceso a un inmueble por medio del alquiler o el dominio fuesen garantizados a los extranjeros —cosa que nos parece tan natural a los argentinos, que olvidamos que existen importantes países en los que los extranjeros sufren limitaciones para acceder a la propiedad inmueble—. También el derecho a disponer por medio de actos a título oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causae*, son garantías que protegen lo traído y lo generado por el extranjero. La posibilidad de acceder al matrimonio sin adoptar la religión católica, además de tutelar valores espirituales inapreciables, posibilitaba a los no católicos, antes de la sanción de la ley de matrimonio civil, el aprovechamiento del régimen de sociedad conyugal y la transmisión *ab intestato* de los bienes.

Ello sentado, cabe preguntarse si las ideas de la época en que los textos fueron sancionados deben presidir su interpretación actual; en otras palabras, si les cabe una interpretación dinámica. La interpretación dinámica es correctamente concebida, o si se lo prefiere, es oportuna, cuando la aplicación literal de una cláusula redactada en un tiempo lejano (más en sentido tecnológico que cronológico) se vuelve en contra de los fines que la inspiraron; de lo contrario, se convierte en un modo de reforma constitucional, dispuesta por los jueces, que el constituyente, obviamente, no contempló. Naturalmente, a nadie se le ocurriría que es acertado aplicar derechos de tránsito a las aeronaves leyendo *a contrario sensu* el art. 11 de la CN, porque no es carruaje, ni buque, ni bestia. Una vez asumido que el constituyente impuso la idea de un mercado único donde los bienes circularan libremente, la asimilación de una aeronave a cualquiera de los otros medios de acarreo fluye con total naturalidad. Más interesante es el ejemplo de la evolución de la dignidad de la mujer (y también de la del varón) a partir de una evolución de la sociedad. No sería hoy aceptable una sentencia que admitiese la validez de una ley que desconociese el derecho a votar de las mujeres buscando apoyo en cómo concebían a la mujer los redactores de la constitución. El mayor interés deriva de que todos asumimos que los constituyentes de 1853 desconocían a las aeronaves, pero no a las mujeres.

En lo que ahora nos interesa, es obvio que el mundo está más integrado que en 1853. Es obvio también que no existe igual apetito por convocar inmigrantes que el que existía en aquellos tiempos. Pero, la Argentina sigue abierta a los extranjeros, y con un criterio más amplio que el de los europeos, que presidía las disposiciones de los constituyentes (art. 25 CN 1853/60). Más aún, está abierta a la integración en espacios, por ahora económicos, más amplios. El texto actual de los incisos 24 y 22 del art. 75 de la CN, de reciente sanción, muestran que el constituyente ha dirigido la

mirada precisamente en esa dirección. Pero, ello no es una razón para instalar una limitación al legislador mayor que la originariamente concebida por Alberdi o por la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina.

No abrigo dudas acerca de que el futuro va a disipar las fronteras, y no el futuro lejano. El MERCOSUR compromete la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos<sup>9</sup>. Y seguramente no concluirá, con él, el proceso de integración. Sin embargo, levantar espontánea y unilateralmente la frontera no constituye mecanismo que lleve a la integración. Por el contrario, probablemente tendría un efecto inverso. Cuando Alberdi critica las constituciones americanas<sup>10</sup> que brindan derechos a los europeos a condición de reciprocidad, lo hace no como una cuestión de principio sino por la extrema diferencia relativa entre esas repúblicas y aquellas de las que se exigía reciprocidad<sup>11</sup>. Exigiéndola, tenían más para

---

<sup>9</sup> Tratado de Asunción, Capítulo I, “Propósitos, Principios e Instrumentos”, Artículo 1:

Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará «Mercado Común del Sur» (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica: **La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos** entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales; La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

<sup>10</sup> *Las Asambleas Constituyentes Argentinas 1813 – 1898*, Tomo VI, 2, Pág. 772, nota 3: “En la constitución de un país europeo, este capítulo estaría de mas seria insensato tal vez, porque tenderia a atraer lo que mas bien le convenia alejar. Hé aquí el motivo porque nuestros copistas no le hallan en los testos constitucionales de Europa. Pero en la constitucion [de] un país desierto seria absurdo no comprenderlo. Su propósito es esencialmente económico; es poblar, activar, civilizar, por los medios desarroyados en los parágrafos 14, 15, 16 y 19 de este libro, a cuya lectura remito al lector sobre este punto, Y como fines económicos, reasumen toda la política americana por ahora, se puede decir que esta parte de su derecho constitucional, forma la faccion propiamente, el rasgo distintivo de su carácter original y propio.

Por otra parte, él no es una novedad que se trate de introducir recién en la República Argentina; no hace mas que estender a todos los extranjeros lo que ya existe concedido solo a los ingleses, de un modo tan permanente como si lo estuviese en la constitución, - por un tratado, indefinidamente. Si la doctrina es admisible para unos, no hai porque no lo sea para todos. Véase nuestros párrafos 32 y 55. [Nota de Alberdi]” (sic).

<sup>11</sup> El artículo 22 del proyecto de constitución de Alberdi decía “[l]a constitución *no exige* reciprocidad para la concesión de estas garantías a favor de los extranjeros de cualquier país” (la bastardilla me pertenece). Nótese que no prohíbe requerir reciprocidad, sino que simplemente no la exige. De esta forma, pone en manos del legislador la posibilidad de evaluar en cada caso concreto la conveniencia de exigir condiciones de reciprocidad, según de qué nación se trate, según difieran las circunstancias concretas del caso.

perder que para ganar. Pero, se encuentra implícito, en su discurso, el razonamiento según el cual el aseguramiento de derechos debe fluir en ambas direcciones, así como la conciencia de que la negociación es el camino para arribar a la equivalencia de trato. Esa capacidad de negociar con otros países desaparece cuando la concesión a sus nacionales queda inserta en la Constitución. Para que la negociación sea factible, el legislador debe conservar intacto su poder de decir sí o no, único modo de poder decir: sí, a cambio de.

Esta inteligencia cobra su dimensión adecuada cuando son examinadas sus consecuencias en ámbitos distintos del ejercicio de una función pública. Si se asumiera consecuentemente que el extranjero debe recibir igual tratamiento que el habitante, que esta es la interpretación que la actora propone, rápidamente entrarían en crisis, por ejemplo, los sistemas llamados de “compre nacional”, de los licenciarios de radio o televisión<sup>12</sup>, y de quienes pueden adquirir propiedades inmuebles en zonas de frontera<sup>13</sup>. Sin duda que cualquiera de estas leyes podrían estar en oposición con la CN o la CCBA, con lo que no cabe tener su sanción como demostrativa de la validez de la que hoy está impugnada. Sin embargo, sí cabe considerarlas por el impacto que sobre ellas tendrá la interpretación del art. 20 CN que, en definitiva, resulte adoptada.

En síntesis, el legislador no puede escoger la condición de extranjero por sí sola para impedir el ingreso de un habitante a la función pública. Pero, al mismo tiempo, ser extranjero puede ser relevante para el ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas.

Estas razones son suficientes para desechar que se trate de una discriminación odiosa en detrimento de los extranjeros, en los términos del art. 20 CN.

2.4. La notarial es una función propia del poder público, cuyo ejercicio organiza la ley 404 en el ámbito de la CABA, y buena parte de cuyos contenidos están previstos en el Código Civil. Tanto el examen de la legislación nacional como el de la local muestran que quienes la toman a su cargo adquieren la potestad de imponerse a las demás personas en los

---

<sup>12</sup> Ley 22285, artículo 45.- Las licencias son intransferibles y se adjudicaran a una persona física o a una sociedad comercial regularmente constituida en el país [...] Tanto la persona física como los socios de las sociedades, deberán reunir al momento de su presentación al concurso público y mantener durante la vigencia de la licencia, los siguientes requisitos y condiciones: a) Ser argentino, nativo o naturalizado, en ambos casos con mas de Diez (10) años de residencia en el país y mayor de edad; [...] e) No tener vinculación jurídica societaria u otras formas de sujeción con empresas periodísticas o de radiodifusión extranjeras En éste último caso se exceptúa a los titulares de servicios de radiodifusión cuyas licencias hayan sido adjudicadas con anterioridad a la fecha de sanción de la presente ley, salvo cuando se tratase de la única estación privada en la localidad [...].

<sup>13</sup> Ver resolución 205/1999 Superintendencia Nacional de Fronteras.

aspectos regulados por esas leyes. Ejemplo de ello son los efectos que proyectan las escrituras públicas sobre terceros con prescindencia de que éstos las consientan (arts. 994 y 995 del Código Civil, aplicables a las escrituras públicas en virtud de lo que dispone el art. 979 inc. 1º), los de los certificados de existencia de personas o de autenticidad de documentos del art. 21 o el de las notificaciones que los arts. 21 y 83 incs. “c” y “d” de la ley 404 facultan a practicar. Además de estos supuestos previstos expresamente, la ley concibe en términos generales la función del escribano como la de autorizar la instrumentación de actos. Así ocurre en los arts. 17, 20, 29, 46, 51, etcétera. Es esta la función notarial por excelencia. La ley civil exige formas instrumentales específicas para la validez de ciertos actos. Ello implica acudir al escribano, y aunque quien o quienes, personas privadas o públicas, otorgan los actos pueden elegir notario, no pueden prescindir de alguno de ellos, lo cual significa que la celebración del negocio jurídico de que se trate está sometida a una “autorización” dispuesta por el Estado nacional y organizada por los estados locales. Ciertamente, esta autorización no apunta a la oportunidad del acto sino a su mera correspondencia con la ley. Por lo mismo, podría suponerse que es función absolutamente reglada o, en otras palabras, que poco o nada queda sujeto a discreción del escribano, puesto que presumimos que la ley separa nítidamente dos ámbitos, el de lo lícito y el de lo prohibido. Basta empero considerar las dificultades que encierra apreciar el alcance de un poder o el del objeto de una persona jurídica, tareas por las que pasa frecuentemente un escribano —art. 29 inc. “d” de la ley 404— para advertir cuánto depende en los negocios jurídicos de su buen criterio.

Esta comprensión de la función del escribano está además corroborada por la letra del art. 1001 del Código Civil en la parte que sostiene que “la escritura [...] debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano [...]”, así como por el comentario que al respecto realiza Neri, al sostener que “la firma del notario responde a la necesidad fundamental de legitimar el negocio jurídico contenido en el instrumento público. Para ese fin, el notario actúa como persona pública en un operativo de formalización de la voluntad contractual, y con su firma, de ponderada corroboración, aprueba jurídicamente la voluntad y la forma, esto es, a los dos grandes elementos de la relación negocial, y en tal virtud, el instrumento que materializa el acto se hace público, firme de garantía y de creencia”<sup>14</sup>. En similar sentido puede verse a Machado<sup>15</sup>, Salvat<sup>16</sup>, y

---

<sup>14</sup> Neri, Argentino, *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970, Volumen III, pág. 737.

<sup>15</sup> Machado, José O., *Exposición y Comentario del Código Civil*, Ed. Félix Lajouane, 1899, pag. 256.

<sup>16</sup> Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, TEA, T. II, pág. 413.

Castagnino<sup>17</sup>, quienes, entre otros, utilizan el término “autorización” al referirse a la función del escribano.

En la emisión de todos estos actos, el escribano ejerce sus funciones obrando bajo su exclusiva responsabilidad, sin recibir instrucciones de autoridad alguna, es decir, sin subordinación a otro órgano en el cual quede depositado el ejercicio de las competencias que le son confiadas. Veo en ello un elemento determinante, por encima de la relativamente escasa discrecionalidad con que opera el escribano. Merece este aspecto de la cuestión ser comparado con la exigencia de ciudadanía para ejercer funciones judiciales. Presumimos que los jueces están sumamente acotados en sus decisiones por la circunstancia de que deben guiarse por las reglas que establece el legislador. No es la amplitud de su discrecionalidad lo que justifica que el art. 112 de la CCBA o el art. 10 de la ley 7 exijan ciudadanía argentina a los jueces de nuestra Ciudad, sino su condición de verdaderos soberanos en las causas que les toca resolver. No abrigo ninguna duda de que los extranjeros pueden adquirir tanto conocimiento como cualquier nacional acerca del orden jurídico que nos toca aplicar. Tampoco creo que los extranjeros sean menos fiables desde el ángulo ético. Pero, cuando la posibilidad de obligar sin previo consentimiento, por mínima que sea la medida en que compete hacerlo, es confiada en instancia última a una persona, esta circunstancia justifica por sí sola que el constituyente o el legislador opten por requerir a ese agente fiduciario que asuma el compromiso de la nacionalidad.

Ello, además, se condice con el hecho de que exista un *numerus clausus* de escribanos bajo el sistema de la ley 404 (conf. arts. 31 y 33). En efecto, si uno realiza un relevamiento de los sistemas notariales imperantes en el resto del mundo, encuentra una clara correlación entre la existencia de *numerus clausus* (o designación discrecional por la autoridad, que, naturalmente, limita el número de escribanos), los efectos sobre terceros de los actos notariales, y la exigencia de ciudadanía local en los escribanos. Puede mencionarse, en tal sentido, el régimen vigente en Alemania, Bolivia, Eslovenia, Estonia, Lituania, México, República Checa, Venezuela, Benin, Croacia, Luxemburgo, Marruecos, España, Italia, Francia, Portugal, Chile, Badén, Andorra, Wurtemberg, Dinamarca, algunos cantones suizos, Rusia, Camerún, Senegal, Togo, Costa de Marfil, Polonia, Cuba, Honduras, Turquía, Ciudad del Vaticano, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Panamá. De modo concordante, encontramos que, en aquellos países en que no rige un sistema de *numerus clausus*, no hay exigencias relativas a la ciudadanía local de los escribanos, y los efectos respecto de terceros de los actos notariales son limitados —solo tienen valor de principio de prueba por escrito—, tratándose, en definitiva, de una función certificante sin mediar una

---

<sup>17</sup> Castagno, José Carlos Carmino, *Teoría General del Acto Notarial*, Revista del Notariado Nº 727, 1973, pág. 102.

concesión del estado (vg. el sistema vigente en Inglaterra, Estados Unidos y Suecia).<sup>18</sup>

La afectación del universo jurídico de un tercero, por parte de un notario, sólo puede ser explicada a partir del ejercicio de una potestad pública. Ello así, al menos en un sistema constitucional en el que, como el nuestro, todas las personas son iguales, tienen igual dignidad y carecen de potestades las unas sobre las otras, salvo en la medida en que les son acordadas por la constitución o la ley, y en ese supuesto, como funciones públicas o derivadas de las relaciones de familia. Dicho de otro modo, las personas sólo pueden adquirir la facultad de mandar a otras personas en el marco de un contrato, esto es, reconociendo como causa la voluntad del obligado, y con el limitado alcance con que la constitución y la ley lo permiten. A su vez, el fundamento de las sujeciones legales es la voluntad colectiva que informa las potestades públicas.

Esta potestades son ajenas a los particulares y, en verdad, a los órganos de poder público no competentes para ejercerlas. Consecuentemente con ello, el estado ha puesto ese poder en manos de personas especialmente designadas: los escribanos de registro, titulares o adscriptos.

En línea con lo dicho, Guillermo Borda, describe el sistema notarial latino, en el que incluye al notariado argentino (al igual que la doctrina mayoritaria), como aquel “en el cual el notario es un delegado del Estado, desempeña una función pública y los instrumentos por él otorgados hacen plena fe hasta la prueba de falsedad”<sup>19</sup>.

A su turno, un producto esencial, el protocolo, al igual que los mismos registros, son de propiedad del Estado (cf. art. 32 de la ley 404), y huelga decirlo éste no los adquiere del escribano mediante el mecanismo de la tributación.

El reconocimiento de estos caracteres de la función notarial ha sido formulado por la CSJN en estos términos: “no caben dudas de que los escribanos cumplen como fedatarios una función pública” (*Fallos*: 306:2030), y “que la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (*Fallos*: 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086). Por ello, ese Tribunal ha considerado válida la reglamentación de la actividad de los escribanos “en tanto fuera razonable, es decir, guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no

---

<sup>18</sup> Fuentes: *El Notariado en el Mundo*, Fondo Nacional del Notariado, A.A.V.V. — Coordinadora María Evelina Massa—, Santa Fe de Bogotá, DC, 1997; *El Notariado en el Mundo II Parte*, Unión Internacional del Notariado Latino, A.A.V.V. —coordinadora Esc. María Elena Grasso—, Buenos Aires, 1998; Villalba Welsh, Alberto, *El Estado y el Escribano, Naturaleza Jurídica de la Relación Funcional*, Revista del Notariado, 1945, página 607.

<sup>19</sup> *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, 1999, parágrafo 1002.

desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar” (*Fallos*: 311:506; 315:1370).

En el mismo sentido pueden verse algunos pronunciamientos de tribunales con competencia penal que han reconocido en los escribanos de registro la calidad de funcionarios públicos. Así la CNAPE, Sala B, en la causa “Ruere, de Nunes Moura, Celia Alba y otros”, sentenciada el 23/03/2005; y la Cámara 2ª de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Bahía Blanca, Sala II, sentencia del 28/02/1994, *in re* “Pastene, Angela O. y otros”. Estos fallos son sumamente interesantes por la circunstancia de reconocer el carácter de funcionario público, que opera aumentando la responsabilidad del autor, a partir de la definición contenida en el art. 77 del C. Penal. Dicho artículo, en la parte pertinente, dice así: “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad”. Otros fallos niegan carácter de funcionario al escribano. Así la Cámara de Apelaciones de Concordia, sala penal I, en la causa “A., M. L.”, sentenciada el 27/03/1996, o la Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala III, en la causa “Cano”, sentenciada el 12/11/1985. Pero, la guía en el primero de los casos es la ausencia de relación de dependencia entre el escribano y un órgano de la administración —aun cuando reconoce la dificultad que encierra para no aplicar el citado art. 77 el carácter público de la función notarial—, y en el segundo, que el escribano no es alguien que ejerza autoridad. Al respecto, la ausencia de relación de dependencia en nada obsta a lo dicho en este voto, toda vez que no es en dicha circunstancia que apoyo el carácter público de la función notarial; en cuanto a la falta de ejercicio de autoridad, la sentencia no examina ninguna de las razones expuestas en este punto del voto.

El criterio expuesto también resulta coincidente con la declaración adoptada en el XXI Congreso Internacional del notariado, celebrado en Berlín en el año 1995. Allí se sostuvo que: “En los países miembros de la Unión Internacional del notariado, que poseen un orden jurídico de Derecho Civil y una Ley Orgánica del Notariado: 1. El Notario ejerce funciones públicas en el marco de actividades no contenciosas instauradas por el Estado, y cumple numerosas funciones sociales en el ámbito del orden social nacional, y con este fin **es un oficial público delegado autónomo de la autoridad pública del Estado.** [//] 2. Las funciones públicas y sociales del Notariado están, de un modo muy particular, al servicio del respeto y salvaguarda de la legalidad y mantenimiento de la seguridad jurídica y de la equidad. [//] 3. El Notario ejerce sus funciones estableciendo actos auténticos provistos de fuerza probatoria y ejecutoria, prestando, por otra parte, un servicio de consulta y de asistencia completa al ciudadano, estando estas últimas actividades íntimamente ligadas a la autenticación así como al cumplimiento de actos judiciales dentro del marco de la jurisdicción voluntaria, con lo que el Notario contribuye así a agilizar el poder

judicial del Estado. [//] 4. El Notario ejerce sus funciones públicas de manera imparcial, guardando el secreto profesional así como su independencia substancial, económica y personal en el marco de una profesión liberal específicamente regulada, aportando su contribución específica a la protección del consumidor. [//] 5. La institución del Notariado, por la organización territorial de la profesión y en el marco de sus competencias, garantiza la asistencia jurídica a favor del ciudadano en todo el territorio nacional, y de igual modo tras las fronteras y en particular mediante la libre circulación de documentos notariales. [//] 6. El Notario es sometido a un control severo y regular con respecto a todas sus actividades y funciones por las Cámaras o Colegios Notariales y por las autoridades del Estado, con lo que se asegura la responsabilidad personal de sus actividades y funciones. [//] 7. El Notario adquiere y mantiene su competencia jurídica mediante la habilitación universitaria, una formación post universitaria de orden práctico y un perfeccionamiento permanente de su formación profesional.”

No empecen a lo dicho los precedentes “Vadell” (*Fallos*:306:2030) y “Franco” (*Fallos*: 325:2968:), contrariamente a lo que la actora sostiene, en cuanto implicarían que la actividad del escribano “en forma alguna puede ser equiparada al ejercicio de una función pública” (fs. 38 vuelta). Dichos precedentes, al negarle la calidad de funcionario público al escribano, se circunscriben a establecer que no es un dependiente de la administración. Están signados, como todo pronunciamiento judicial, por el objeto del litigio —determinar si existe responsabilidad del estado que otorga el registro por los actos del escribano que lo usa para autorizar escrituras públicas, en el primero caso, y establecer la validez de una presunción irrefragable de incapacidad para ejercer la función notarial fundada en la edad avanzada, en el segundo—. Pero, todo ello, dicho en el contexto de que los escribanos ejercen una “función pública”, circunstancia ésta que constituye precisamente el motivo por el cual se hace necesaria la distinción aceptada en esos fallos entre función pública ejercida por funcionarios, y función pública ejercida por quienes no lo son, por ejemplo, el concesionario de un servicio público. No es poco significativo, en este contexto, que la Corte haya explicado su pronunciamiento publicado en *Fallos* 235:445 no como abandono de una doctrina sino como reafirmación de ella, aclarando que cuando en aquel precedente refiere al escribano de registro como “funcionario público” u “oficial público” lo hace entrecomillando esas expresiones en señal de que no lo hace literalmente sino por el potencial que tienen como indicadores de la índole del desempeño, sin que ello implique coincidencia absoluta con el empleo público. En síntesis, que los escribanos sean funcionarios públicos en el sentido de dependientes o agentes de una administración pública no es dato dirimente a los fines que nos proponemos. Ello así, porque las funciones públicas no siempre son ejecutadas por personas sometidas a una relación de dependencia o jerárquica. Ejemplo de ello son las matrículas que llevan los colegios profesionales. No es dudoso que disponer las altas y las bajas constituye un modo de limitar derechos de

los matriculados, y en el supuesto de los escribanos bastante más que eso, puesto que el ejercicio de las funciones notariales coincide, según el art. 13 "a" de la ley 404, con la matriculación. Tampoco lo es que esa potestad no depende de la voluntad individualmente manifestada por el matriculado, puesto que proviene de la ley. Sin embargo, quienes ejercen la función de policía de la matrícula no son funcionarios de la administración, aunque sí personas públicas no estatales u órganos que obran por ellas.

2.5. En todas estas circunstancias, la Legislatura encuentra motivo para elegir la nacionalidad como modo de propender a la consecución de legítimos fines estatales a su cargo. Toda sociedad política tiene razones para disponer que quienes ejercen una potestad sobre sus componentes (ciudadanos), y aun sobre los no componentes que habitan el territorio, pertenezcan a ella. La pertenencia supone asumir compromisos mayores que los que surgen de la mera residencia o del tránsito turístico, y aun mucho mayores, como el de arriesgar la vida en defensa de la sociedad. Es natural que exijan que quienes ejercen potestades no tengan subordinación de ninguna especie a otras sociedades, salvo quizás aquellas escogidas en tratados de doble nacionalidad.

Existen, además, motivos prácticos evidentes para que la referida exigencia pese sobre quienes autorizan actos acerca de cuya emisión dan pública fe. El respaldo que el orden jurídico da a la enorme confianza que deposita en los escribanos consiste en hacer pesar sobre ellos una grave responsabilidad que incluye sanciones penales (Art. 293 CP: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio", delito cuya comisión no incumbe sólo al escribano, pero lo reconoce casi inexorablemente como autor).

Para la aplicación efectiva de esas sanciones, no es poco importante la facilidad que brinda la circunstancia de que el país que busca aplicarlas sea el emisor del pasaporte que permite salir de sus fronteras, así como traspasar otras. Quien fuera escribano extranjero podría hacerlo sin requerir documento al estado, por y para quien daría fe pública, en la hipótesis de que progresara la acción. El pasaporte del extranjero lo emite otro estado. El argentino está sometido a nuestro documento. En sentido parecido funciona el derecho a la protección diplomática de su estado de origen que asiste al extranjero o eventualmente las inmunidades de arresto y de jurisdicción penal, civil y administrativa que podría recibir de una designación diplomática (arts. 29 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas). Constituye un razonable propósito legislativo despejar estos posibles obstáculos a su eventual pretensión persecutoria de manera de asegurar la efectiva responsabilidad penal de quien hubiera faltado a sus deberes de fedatario.

Por todo ello, la exigencia no vulnera la garantía contenida en los arts. 16 de la CN, 11 CCABA *supra*, o 1.1. CADDHH, sino que consiste en un modo de establecer la idoneidad de quien ocupa la posición de escribano de registro para recibir las obligaciones que la ley hace pesar sobre él.

### **Precedentes citados por la actora**

2.7. Los restantes precedentes de la CSJN y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDDHH) invocados por la actora en su demanda tampoco conmueven el criterio expuesto. En “Hooft, Pedro Cornelio F. c/ Provincia de Buenos Aires” (*Fallos*: 322:3034) la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto requiere ser ciudadano nativo o hijo de un ciudadano nativo para acceder al cargo de juez de cámara. El actor era un ciudadano argentino naturalizado. La categoría fulminada no era excluyente de los no ciudadanos, sino excluyente de muchos ciudadanos, a saber, los naturalizados. Por consiguiente, interfería con la ley federal de ciudadanía.

Por su parte, en “Rocío Calvo y Pesini v. Provincia de Córdoba” (*Fallos*: 321:194) se declaró la inconstitucionalidad del artículo 15 inc. a de la ley 7625 de la Provincia de Córdoba que exigía la ciudadanía argentina para ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana”. Por aplicación de dicha norma, a la actora, ciudadana española, se le impidió desempeñarse como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico de la ciudad de Córdoba bajo el régimen de suplencias (art. 13 ley 7625). Quedó acreditado en la causa que Rocío Calvo se hallaba radicada en la República Argentina de manera permanente desde al menos cinco años antes, obtuvo el reconocimiento de su título de licenciada en psicología, validado ante la Universidad nacional de Córdoba, se matriculó en el Colegio de Psicólogos de la Provincia, cumplió, durante el lapso de tres años, con la Concurrencia Programada Interdisciplinaria en Salud Mental en el Hospital Neuropsiquiátrico Provincial, programa de formación de posgrado que otorga puntaje para la calificación prevista en la ley 7625 (cuyo artículo 15 inc. a se impugnara), luego se desempeñó como psicóloga en ese hospital durante poco más de tres años en tareas no remuneradas, como psicóloga suplente con guardia interdisciplinaria durante casi un año más, tras lo cual siguió prestando servicios declarados de legítimo abono en el programa de atención primaria de la salud. Además, se había casado con un argentino. La Corte, tras recordar el principio general según el cual “... 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** ...”, y con mención expresa de las condiciones de hecho que rodeaban el caso, a las que me referí más arriba, señaló que la demandada no había hecho más que realizar afirmaciones dogmáticas sin acreditar un interés estatal que justificara excluir del ejercicio del arte de curar a una persona en las condiciones de la actora.

En la causa “Repetto, Inés M. C/ Provincia de Buenos Aires (*Fallos*: 311:2272). En aquel fallo, la Corte examinó la validez del art. 5 inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas vigente por Res. Nº 2877, la Res. 721 del 23 de marzo de 1977 y el decreto 4/80, todos de la Pcia. de Buenos Aires, que imponían el requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia (cons. 3º). Aunque esto no ha sido tematizado en el fallo, vale señalar que no se trata de normas que estén instituyendo reglas aplicables a concesionarios de funciones públicas. Asimismo, la exigencia debió ser analizada a la luz de los escasos fines que quedan legítimamente bajo la atención del estado provincial, y que no pueden colidir con los de leyes nacionales, que, por su parte, han posibilitado que la enseñanza en sus tramos obligatorios sea brindada por escuelas de colectividades extranjeras así como por escuelas confesionales. En tales condiciones, la exigencia de ser ciudadano, contenida en normas provinciales, pasa no solamente a ser inexplicable sino frustratoria de las nacionales. Vale recordar que el constituyente tomó en cuenta el importante rol que podían desempeñar los extranjeros en la difusión del conocimiento cuando les garantizó, en el art. 25 de nuestra CN, el derecho “a introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

En cuanto a la CEDDHH, el actor cita el caso el caso “Abdulaziz”. La relación que pretende establecer entre dicho precedente y la cuestión que nos ocupa en la especie, equiparando las cuestiones de género y las de nacionalidad bajo el rótulo de “categorías sospechosas” (fs. 33), no pasa de ser una relación indirecta, cuya fuerza argumental queda completamente neutralizada por otras consideraciones vertidas en el mismo precedente, que expresamente contradicen la tesis que pretende apoyar en él. En efecto, en lo que a nuestro caso importa, en dicho precedente fue impugnada cierta legislación inmigratoria (*1980 Rules*), debido a que sólo permitía a las ciudadanas inglesas establecer en el país a su marido extranjero si ellas o sus padres eran nativos del Reino Unido. Los únicos agravios relacionados con el caso que aquí nos ocupa, eran los referidos a la supuesta discriminación por razones de origen y raza. En cuanto a las razones de origen, análogas a las alegadas en el caso “Hooft” (citado más arriba), aun siendo ellas de más difícil justificación para el gobierno, la Corte Europea desechó el agravio. En el considerando 88 dijo que “[e]s cierto que una persona que, como la Sra. Balkandali, ha estado establecida en un país por varios años puede también haber formado estrechos lazos con él, aun si no nació allí. No obstante, **existen en general razones sociales persuasivas para dar un tratamiento especial a aquellos cuyo vínculo con el sistema del país es consecuencia de haber nacido en él.** La diferencia de tratamiento debe entonces ser considerada como habiendo tenido una justificación objetiva y razonable, y, en particular, no ha sido demostrado que sus resultados transgredan el principio de proporcionalidad. Esta conclusión no es alterada por el hecho de que las reglas de inmigración fueran luego

reformadas en este punto”<sup>20</sup> (la negrita me pertenece). En cuanto al agravio relativo a la discriminación por razones de raza, dijo en el considerando 85 que también debía descartarse toda vez que la legislación no tenía una motivación racial, sino que “el principal y esencial propósito de las *1980 Rules* era restringir la `inmigración primaria´ para proteger el mercado laboral en un tiempo de alto desempleo”<sup>21</sup>. En síntesis, la condena a la discriminación por ciudadanía no existe como principio inconcuso sino que tiene lugar sólo cuando no viene justificada por la consecución de una finalidad legítima.

### **Derecho comparado**

2.8. El criterio propuesto se compadece con el mantenido en, por ejemplo, los Estados Unidos y la Unión Europea.

En cuanto a los Estados Unidos, sin desconocer el hecho de que su constitución difiera tanto de la CN como de la CCBA en aspectos significativos, en lo que hace a la cuestión que nos ocupa, hay razones suficientes para repasar algunos de los precedentes jurisprudenciales a propósito de la aplicación de restricciones por razones de nacionalidad en materia de ocupaciones. Estos precedentes someten a las leyes nacionales y estatales al test de la *equal protection clause*, examen que tiene coincidencias relevantes, aunque no plenas, con el que imponen nuestros textos fundamentales. Esto es particularmente cierto, si tenemos en cuenta que la noción de “categoría sospechosa”, invocada por el actor y utilizada en los diversos precedentes que cita para sostener la necesidad de un escrutinio estricto y hasta una presunción de inconstitucionalidad de la ley en cuestión, fue desarrollada por la Corte Suprema de EEUU en buena medida a partir de la nota 4 del fallo recaído en la causa precedente *United States vs Carolene Products* (304 U.S. 144, sentenciada en 1938).

En principio, a la luz de la jurisprudencia de los EEUU, y en línea con las alegaciones de la actora, la categoría “extranjeros” ha sido calificada de sospechosa en *Graham vs. Richardson*<sup>22</sup>, por lo que la legislación en crisis merecería un examen pormenorizado y estricto de correspondencia con la CN y la CCBA, mitigando, a ese fin, la presunción de constitucionalidad de que goza toda ley. El ejercicio de poderes públicos constituye un elemento

---

<sup>20</sup> “It is true that a person who, like Mrs. Balkandali, has been settled in a country for several years may also have formed close ties with it, even if he or she was not born there. Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it. The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality. This conclusion is not altered by the fact that the immigration rules were subsequently amended on this point”.

<sup>21</sup> “the main and essential purpose of the 1980 Rules was to curtail `primary immigration´ in order to protect the labour market at a time of high unemployment. “

<sup>22</sup> 403 U.S. 365. La ley cuestionada limitaba a los ciudadanos el pago de un beneficio social.

central para establecer cuándo la exigencia supera la sospecha. *In re Sugarman vs. Dougall* la Corte recordó que “cada estado tiene el poder de establecer los requisitos para revistar como uno de sus agentes y la manera en que ellos deban ser electos”<sup>23</sup> (con cita de *Boyd vs. Thayer*, 143 U.S. 135, 161) “para preservar la concepción básica de una comunidad política”<sup>24</sup> (con cita de *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. en 344), y sostuvo que “ese poder y responsabilidad del estado alcanza no solamente a los requisitos para ser elector, sino también a quienes detentan posiciones estatales electivas, o no electivas importantes, ejecutivas, legislativas y judiciales, para funcionarios que participan directamente en la formulación, ejecución o control de funciones políticas públicas, en sentido amplio, que llegan al corazón del gobierno representativo”<sup>25</sup>. En este caso se declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que requería la ciudadanía estadounidense para ocupar cualquier cargo de la administración pública al que se accediera mediante concurso, no obstante lo cual la Corte Suprema de EEUU, en los últimos considerandos del fallo, se preocupó por destacar la regla enunciada no obstante que no le era indispensable para arribar a la solución que adoptó. La última frase del voto mayoritario del fallo dejó sentada la orientación: “[u]na restricción en el empleo de los no ciudadanos, taxativamente concebida, podría tener particular relevancia en cuanto a esta responsabilidad estatal, dado que la condición de extranjero en sí misma es un factor que razonablemente podría ser empleado al definir ‘comunidad política’”<sup>26</sup>.

Luego, en *Foley v. Connelie*, la regla pasó a formar parte del *holding*, y por ende a sentar precedente. Allí, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que requería la nacionalidad estadounidense a todos aquellos que quisieran formar parte del cuerpo de policía. Para hacerlo, entre varias consideraciones sostiene que “sería inapropiado [...] requerir a cada exclusión legal de extranjeros superar la alta valla de ‘escrutinio estricto’, porque hacerlo ‘borraría todas las distinciones entre ciudadanos y extranjeros, y por ende depreciaría el valor histórico de la ciudadanía’.”<sup>27</sup> Allí la mayoría de la Corte hace propio el criterio sentado en

---

<sup>23</sup> 413 U.S. 634, “[e]ach State has the power to prescribe the qualifications of its officers and the manner in which they shall be chosen”.

<sup>24</sup> “to preserve the basic conception of a political community”.

<sup>25</sup> 413 U.S. 634, 647: “this power and responsibility of the State applies, not only to the qualifications of voters, but also to persons holding state elective or important nonelective executive, legislative, and judicial positions, for officers who participate directly in the formulation, execution, or review of broad public policy perform functions that go to the heart of representative government.”

<sup>26</sup> 634 U.S. 647, 649: “A restriction on the employment of noncitizens, narrowly confined, could have particular relevance to this important state responsibility, for alienage itself is a factor that reasonably could be employed in defining ‘political community’.”

<sup>27</sup> 435 U.S. 291: “It would be inappropriate [...] to require every statutory exclusion of aliens to clear the high hurdle of ‘strict scrutiny’, because to do so would ‘obliterate all the distinctions between citizens and aliens, and thus depreciate the historic values of citizenship’.”

la disidencia del Juez Burger en *Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1. Más adelante, reafirma el criterio sentado en *Sugarman*, y señala que “el estado sólo necesita justificar su clasificación mostrando alguna relación racional entre el interés que se busca proteger y la clasificación limitativa”<sup>28</sup>, y que “los oficiales de policía claramente pertenecen a la categoría de `importantes posiciones estatales ... no electivas que participan directamente de la ... ejecución ... de políticas públicas en sentido amplio”<sup>29</sup>, y que “[u]n Estado puede, por consiguiente, en consonancia con la Constitución, confinar la realización de esta importante responsabilidad pública a los ciudadanos de los Estados Unidos”<sup>30</sup>.

Más tarde, *in re Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68, la Corte de EEUU sostuvo la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que requería haber solicitado la ciudadanía estadounidense para ser docente en una escuela pública. Cita a *Sugarman*, así como a *Foley* (necesidad de mostrar sólo una relación racional), sostiene que está vigente “el principio general de que algunas funciones estatales están tan ligadas con la gestión del estado como entidad gubernamental como para permitir la exclusión de esas funciones de toda persona que no haya devenido parte del proceso de auto-gobierno”<sup>31</sup>, y que “[l]a regla para las funciones estatales, que es una excepción al criterio general aplicable a las clasificaciones basadas en la calidad de extranjero, descansa sobre importantes principios inherentes a la Constitución”<sup>32</sup>. Finalmente, con posterioridad al pronunciamiento vertido en *Ambach*, la Corte Suprema de los EEUU en *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432, volvió a aplicar la regla proveniente de *Sugarman* para convalidar una ley del Estado de California que requería la ciudadanía de los EEUU para ser oficial supervisor de condenados bajo el régimen de *probation*, instituto que tiene alguna similitud (aunque grandes diferencias también) con la suspensión del juicio a prueba previsto en los artículos 76 y ss. de nuestro Código Penal. Este fallo evidencia, por si alguna duda quedaba, que el criterio proveniente de *Sugarman* es amplio, y va más allá de la estricta aplicación al ejercicio de cargos electivos.

---

<sup>28</sup> 435 U.S. 291, 296: “The State need only justify its classification by a showing of some rational relationship between the interest sought to be protected and the limiting classification.” Vale destacar que adoptar el test de la demostración de alguna relación racional, supone eliminar, para el empleo público de esta clase la idea de que los extranjeros son una categoría sospechosa.

<sup>29</sup> 435 U.S. 291, 296: “Police officers very clearly fall within the category of `important nonelective ... officers who participate directly in the ... execution ... of broad public policy’.”

<sup>30</sup> 435 U.S. 291, 300: “A State may, therefore, consonant with the Constitution, confine the performance of this important public responsibility to citizens of the United States”.

<sup>31</sup> 441 U.S. 68, 74: “...the general principle that some state functions are so bound up with the operation of the State as a governmental entity as to permit the exclusion from those functions of all persons who have not become part of the process of self-government”.

<sup>32</sup> 441 U.S. 68, 75: “The rule for governmental functions, which is an exception to the general standard applicable to classifications based on alienage, rests on important principles inherent in the Constitution”.

Pero, en esta línea jurisprudencial existe un caso con un interés específico para el que actualmente nos ocupa. La Corte de EEUU declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que reservaba el acceso a la habilitación como notario público a los ciudadanos de los EEUU. Me refiero a *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216. Las circunstancias que fundaron dicho precedente guía en nuestro caso a la solución contraria. Los escribanos de Texas, tal como los examinó este fallo no tenían las incumbencias de los de la ley 404. Así, les competía autenticar instrumentos escritos –no se habla de autorización o efectos sobre terceros-, recibir juramentos y testimonios extrajudiciales (467 U.S. 216, 218). Esas funciones están descritas por el tribunal como propias de quien lleva un registro de datos o documentos<sup>33</sup> y absolutamente regladas<sup>34</sup>, lo que las alejaría de la discrecionalidad tenida en mira en los otros casos *Sugarman*, *Foley*, *Ambach* y *Cabell* que cito, y que el fallo recuerda. Empero, otras consideraciones dan una perspectiva sugestiva al pronunciamiento. Así, aunque no lo convierte en dato clave para la solución, señala que los *court reporters* en Texas son agentes públicos que cumplen funciones similares a las de los escribanos, en lo que hace a recibir testimonios y juramentos, no obstante lo cual no se les exige ciudadanía (467 U.S. 216, 223). Tampoco se la exigía al Secretario de Estado de Texas, no obstante que de él dependía nada menos que el otorgamiento de las licencias para actuar como escribano (467 U.S. 216, 223). Es decir, que el escrutinio debía superar una visible inconsistencia en el criterio del legislador local sino, lisa y llanamente, un desinterés por la condición requerida. Pero, la circunstancia que cierra, a mi modo de ver, el razonamiento de la Corte es que “para ser escribano en Texas sólo se exige llenar una solicitud indicando nombre y domicilio y contestar cuatro preguntas relativas a la edad, ciudadanía, residencia y antecedentes penales” (467 US 216, 228). Es decir, la habilitación estaba lejos del sistema de la ley 404. Finalmente, vale señalar que el actor era un mexicano dedicado a ayudar en asuntos legales a otros inmigrantes de habla hispana.

2.9. En cuanto al criterio mantenido en la Unión Europea, resultan ilustrativos algunos precedentes del Tribunal Europeo de Justicia. En ellos puede verse cómo dicho tribunal ha convalidado en numerosas ocasiones legislación comunitaria que requería la calidad de ciudadano para ocupar un cargo público. Por ejemplo ha sostenido que “[d]e la combinación de los

---

<sup>33</sup> “Clerical” es el término inglés utilizado en el fallo. El Black’s Law Dictionary define dicho término como “pertaining to the office or labor of a clerk”, y a este último como “Person employed in public office whose duties include keeping records or accounts”. La traducción propuesta no es literal sino que es la que, entiendo, rescata con mayor fidelidad el significado que tiene la original en el fallo comentado.

<sup>34</sup> “Ministerial” es el término inglés utilizado en el fallo. El Black’s Law Dictionary define dicho término como “[...] That which involves obedience to instructions, but demands no special discretion, judgment, or skill. [...] Official’s duty is ‘ministerial’ when it is absolute, certain and imperative, involving merely execution of a specific duty arising from fixed and designated facts”. Nuevamente, la traducción no es literal.

artículos 7 y 27 del estatuto de los funcionarios, surge que la designación, la promoción y el destino de sus agentes, la Comisión debe, por una parte, inspirarse en el interés del servicio con independencia de la nacionalidad y, por la otra, asegurar que el reclutamiento respete una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos de sus estados miembros de las Comunidades. La Comisión concilia esos imperativos cuando en el caso en los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes, hace jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia a fin de mantener o de restablecer el equilibrio geográfico en su planta<sup>35</sup>. Como este caso, pueden citarse muchos otros<sup>36</sup>. Si bien no encontramos un ciudadano

---

<sup>35</sup> *Arrêt du 6 mai 1969, Reinartz / Commission (17-68, Rec.\_p.\_00061)*: “Il résulte de la combinaison des articles 7 et 27 du statut des fonctionnaires que pour le recrutement, la promotion et l'affectation de ses agents la Commission doit, d'une part, s'inspirer de l'intérêt du service sans considération de nationalité et, d'autre part, assurer un recrutement sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des Etats membres des Communautés. La Commission concilie ces impératifs lorsque, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, elle fait jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel afin de maintenir ou de rétablir l'équilibre géographique au sein de son personnel”.

<sup>36</sup> A modo de ejemplo puede verse lo resuelto en *Arrêt du 29 mai 1997, Contargyris / Conseil (T-6/96, RecFP\_p.\_II-357) (cf. points 134-135)*: “[l]a regla del art. 27, tercer párrafo, del estatuto según la cual ningún empleo debe ser reservado a los ciudadanos oriundos de un estado miembro determinado, debe ser respetada en el cuadro de todos los procedimientos de reclutamiento previstos por el art. 29 del estatuto, incluso para las designaciones de funcionarios de grado A1 y A2 según el procedimiento tenido en mira en el art. 29, párrafo 2. En efecto, si el art. 27, primer párrafo, del estatuto prevé que el reclutamiento debe ser realizado sobre una base geográfica tan amplia como sea posible entre los ciudadanos oriundos de los estados miembros, no autoriza a la administración a reservar un puesto a un ciudadano de una nacionalidad dada si eso no está determinado por razones del servicio”. El texto original en francés reza: “La règle de l'article 27, troisième alinéa, du statut, selon laquelle aucun emploi ne doit être réservé aux ressortissants d'un Etat membre déterminé, doit être respectée dans le cadre de toutes les procédures de recrutement prévues par l'article 29 du statut, y compris lorsqu'il est procédé au recrutement de fonctionnaires de grade A1 ou A2. En effet, si l'article 27, premier alinéa, du statut prévoit que le recrutement doit s'effectuer sur une base géographique aussi large que possible parmi les ressortissants des Etats membres, il n'autorise pas pour autant l'administration à réserver un poste à un candidat d'une nationalité donnée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement des services”. Asimismo, puede verse lo resuelto en *Arrêt du 4 mars 1964, Lasalle / Parlement (15-63, Rec.\_p.\_00057)*: “El interés del servicio y el respeto de la carrera quedarían comprometidos si la administración, a fin de asegurar el equilibrio geográfico, pudiese reservar un puesto a una determinada nacionalidad, sin que eso esté justificado por razones vinculadas al funcionamiento de sus servicios. No es empero incompatible con estas exigencias y con la prohibición de discriminar sobre la base de la nacionalidad que la administración en caso en que los títulos de los diferentes candidatos sean sensiblemente equivalentes haga jugar a la nacionalidad el rol de criterio de preferencia cuando ello es necesario para mantener o restablecer el equilibrio geográfico en su planta”. El texto en francés reza: “L'intérêt du service et le respect de la vocation à la carrière seraient compromis si l'administration, aux fins d'assurer l'équilibre géographique, pouvait réserver un poste à une nationalité déterminée, sans que cela soit justifié par des raisons ayant trait au fonctionnement de ses services. Il n'est cependant pas incompatible avec ces exigences et avec l'interdiction de discriminations basées sur la nationalité que

extracomunitario reclamando su derecho a no ser discriminado, vemos a las claras cuál es la política imperante en la Unión Europea en materia de empleo público y cuál el alcance de la protección de normas de jerarquía supranacional.

Tal como evidencian los fallos referenciados, cuando las numerosas disposiciones contenidas en los diversos tratados que dieron lugar a lo que hoy es la Unión Europea, culminando por la Constitución Europea, (si bien aún no ha sido refrendada por la totalidad de los países de la unión), prohíben la discriminación por razones de nacionalidad, se están refiriendo pura y exclusivamente a los nacionales de la unión, poniéndolos al resguardo de la discriminación que un estado miembro haga respecto de los ciudadanos de los demás países miembros. Es decir, es un fenómeno similar a requerir ciudadanía de una provincia para ser empleado público de ella. No se refieren a la protección de los ciudadanos extracomunitarios. Como ejemplo de ello, puede verse en el Estatuto de los Funcionarios de la Comunidades Europeas que requiere la ciudadanía de alguno de los países miembros a efectos de ser nombrado funcionario<sup>37</sup>, o la Directiva Relativa al Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación, que expresamente dispone que dicha directiva no se aplica a la discriminación por motivos de nacionalidad<sup>38</sup>.

### **Tratado constitutivo de la Comunidad Europea**

2.10. Se destacan también las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea —*Diario Oficial n° C325 de 24 diciembre 2002*—, que aún limitando a los nacionales de los países miembro la prohibición de restringirles la libertad de establecimiento o prestación de servicios, establece como excepción a dicha garantía “las actividades que [...], estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

En efecto en el Título III referido a la “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, el Capítulo 3 referido a los “Servicios”, el artículo 49 dispone que:

---

l'administration, au cas où les titres des différents candidats sont sensiblement équivalents, fasse jouer à la nationalité le rôle de critère préférentiel lorsque cela est nécessaire pour maintenir ou rétablir l'équilibre géographique au sein de son personnel”.

<sup>37</sup> Art. 28: “Sólo podrán ser nombrados funcionarios las personas que cumplan las condiciones siguientes: a) que sean nacionales de uno de los Estados miembros de las Comunidades, salvo excepción acordada por la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, y que esté en pleno goce de sus derechos políticos [...]”.

<sup>38</sup> Art. 3 inc. 2º: “La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apartidas”.

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad”.

A su turno, el artículo 50 dispone que:

“Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) **actividades propias de las profesiones liberales”.**

Finalmente, el artículo 55 dispone que “[l]as disposiciones de los artículos 45 [...] serán aplicables a el presente capítulo”. Dicho artículo 45 dispone que:

**“Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.**

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo”.

A éste respecto, el 18 de enero de 1994, el Parlamento Europeo emitió una resolución acerca de la organización del notariado en los Estados miembros de la Comunidad Europea, en la que expresó: “[...] Consciente de que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo imparcial prestado a las partes interesadas, con miras a descongestionar a los tribunales [...] Quiere recordar que la profesión de notario -aunque organizada de forma distinta en cada uno de los doce Estados miembros de la Comunidad y también en el interior de algunos Estados- se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial

de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal (con la excepción de Portugal y de uno de los Estados Federados alemanes, existiendo un sistema particular del Reino Unido), pero sometida al control del Estado -o del órgano estatutario designado para esto por la autoridad pública- en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma; función preventiva a la del juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio; funciones de asesor imparcial. Considera que la existencia de una delegación parcial de la autoridad de Estado como elemento inherente al ejercicio de la profesión de notario, basta para justificar la aplicación a la misma del artículo 55 del Tratado de la Comunidad Europea en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional con el ejercicio del poder público [...] Estima por lo tanto -a pesar de la interpretación restrictiva que se hace de la excepción del artículo 55- que las disposiciones del tratado C.E. en materia de libre establecimiento y de libre prestación de servicios no constituyen un fundamento jurídico apropiado para que se pueda producir una armonización a nivel comunitario de las reglas de organización de la profesión de notario”.

### **Agravio según el cual la CCABA dispone como principio la igualdad entre extranjeros y ciudadanos en materia de derechos políticos**

2.11. Vale detenerse ahora en el agravio que la actora expone con estas palabras: “[l]as particularidades de la Constitución de la Ciudad hacen que, incluso en materia de derechos políticos, el principio ineludible sea la igualdad entre nacionales y extranjeros y que los casos excepcionales que se aparten del principio sean determinados por la propia Constitución, sin que ley alguna pueda imponer salvedades a la regla” (fs. 32 vta). Funda su afirmación en los artículos 11 y 62 CCABA.

La afirmación es muy fuerte. “[L]o dispuesto por el artículo 62”, lejos de refirmar la interpretación del actor, como pretende a fs. 32, avala la interpretación propuesta en este voto. En efecto, si bien dicho artículo otorga derecho al sufragio a extranjeros no lo hace sino a los residentes y “[...] en los términos que establece la ley”. Además, lo hace a modo de excepción a la regla general establecida en el mismo artículo, según la cual los derechos políticos son “inherentes a la ciudadanía”. Ello necesariamente quiere decir que los ciudadanos no pueden ser excluidos del voto a menos que sean

excluidos también de la ciudadanía, mientras que los extranjeros no tienen ese derecho por la sola circunstancia de serlo, ya que si el voto fuera inherente tanto a la ciudadanía como a la extranjería, lo sería a la humanidad cuyo conjunto abarca la suma de aquellas dos categorías, y en ese caso poco o ningún sentido tendría la cláusula del primer párrafo del art. 62.

Esa “ciudadanía” se define por reglas que sólo compete al Gobierno Federal establecer (art. 126 CN), esto es, que para la CABA es un dato que no puede alterar, por lo cual también lo es la condición de extranjero.

Esta extensión del derecho al voto de los extranjeros no es natural en una sociedad política en la cual se adquieren graves compromisos respecto del uso de la fuerza y del establecimiento del orden jurídico. En cambio, está vastamente extendido en las municipalidades, colectividades en las cuales el manejo de atribuciones está más relacionado con los tributos que con otras competencias legislativas. El número de extranjeros efectivamente votantes no es numeroso en nuestra Ciudad. Por ello, pienso que no cabe suponer en el constituyente más equiparación que la que expresamente dispuso: derecho a votar asumiendo “... las obligaciones correlativas ...”, que nacen, obviamente, de la ley. Esta lectura del art. 62 segundo párrafo se ve refirmada también por el lenguaje del art. 61 de la CCBA. Ella sólo garantiza allí a los ciudadanos el derecho de asociarse en partidos políticos, porque estima, siguiendo una tradicional concepción en la materia, que los derechos políticos son “inherentes a la ciudadanía”, coincidiendo con ello con el art. 62 primer párrafo. Ciertamente podría emplear la voz “ciudadanía” abarcando al conjunto del electorado. Pero, varias son las razones que impiden hacerlo. Por una parte, porque los textos comentados no dan motivo para suponer ese significado, sino que, por el contrario, aclaran que los extranjeros residentes están equiparados con la ciudadanía en el derecho a votar. Por la otra, porque solamente la legislación federal define la condición de ciudadano. Asimismo, no veo razones para suponer que los textos impiden a los extranjeros asociarse con fines políticos. En primer lugar, porque el derecho a asociarse con fines útiles es, como principio, resguardo del más específico por el que me interrogo; y en segundo lugar, porque no hay razones para suponer que la Legislatura podría, eventualmente, establecer límites a la afiliación partidaria de los extranjeros. Pero, la realidad es que la CCBA no trató en forma expresa el problema, ni hay razones para suponer que lo hizo implícitamente.

Ello sentado, el artículo 11º no dispone respecto del tema que nos ocupa más que lo referido a la garantía de igualdad de que me ocupé más arriba, aunque ciertamente lo hace con mayor amplitud, poniendo al desnudo categorías que buscan presentar las desigualdades como razonables para discriminar odiosamente. La cláusula toma una clara postura inspirada en una tolerancia que nos enorgullece. Vale repasar la norma, que así dice: “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 o 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”. Sostiene el actor que “tras consagrar en su primer párrafo la igualdad entre nacionales y extranjeros, el art. 11 [en su tercer párrafo] establece un principio de promoción de la `efectiva participación (de ambos) en la vida política, económica y social de la comunidad´ “ (fs. 31vta), y que ello “se ve reafirmado por lo dispuesto en el art. 62”, que otorga derecho al sufragio a los extranjeros residentes (fs. 32).

El párrafo primero no consagra únicamente la igualdad entre nacionales y extranjeros, sino que se refiere a muchas otras categorías. A partir de lo cual queda claro que no hay razones para pensar que el tercer párrafo del art. 11 CCABA necesariamente debe estar dirigido a promover la participación de los extranjeros en el ejercicio de funciones públicas, tesis que con toda habilidad construye la actora. La prohibición de discriminar en el texto legal está plenamente consagrada en los párrafos primero y segundo, aun cuando los párrafos no deben leerse como compartimentos estancos sino como dirigidos conjuntamente a generar un ámbito de tutela. El párrafo tercero no constituye una redundante insistencia, sino una cláusula programática que consagra fines expresos para las políticas y recursos públicos —aspecto que, en mi opinión, soslaya la lectura del actor—. Dicho párrafo tercero no se refiere a la promoción de la participación política de las personas mediante la específica remoción de obstáculos jurídicos —como el cuestionado en autos—, sino mediante la remoción de obstáculos, de cualquier naturaleza, pero que **de hecho** —por ejemplo, la falta de medios económicos para participar o exigencias legales que, aunque no establezcan discriminaciones en el texto legal, determinen una aplicación injustificadamente más gravosa para una clase—. O sea, la cláusula no busca promover el derecho a votar para todas las personas sin distinción, sino que brinda un plus consistente en promover que aquellas personas que, según la CCBA, tienen derecho a votar no vean frustrado ese derecho por la existencia de obstáculos de hecho.

### **El artículo 7 CN y la libre circulación de la fe pública**

2.12. Finalmente, conviene reparar en el hecho de que la nacionalidad argentina constituye un requisito para matricularse como escribano en 19 de los 24 estados locales de la República Argentina. En algunos instalado de modo expreso en sus leyes de notariado, en otros por remisión a la calidad de funcionario público, que lo exige. Cuando el Congreso era legislatura

local de la Ciudad de Buenos Aires, hoy autónoma, dictó la ley 12.990 regulatoria del notariado. Su art. 1 inciso a requería la ciudadanía nativa o la naturalización obtenida con diez o más años de antelación para aspirar a una designación como escribano de registro. Aun cuando lo hizo como autoridad local, no puede descuidar el intérprete que el mismo cuerpo “[...] puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán” (Art. 7 de la CN). En esas condiciones, poner las exigencias de la CABA en armonía con los criterios del Congreso y las exigencias de las otras provincias, se convierte en un objetivo legítimo para su Legislatura. Ello así, porque se trata precisamente de una función cuyos productos tienen consecuencias allende los confines de la Ciudad. El artículo 7 CN dispone que “[...]os actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás”, y ciertamente las escrituras autorizadas por los escribanos de registro son supuestos característicos de esa especie. Esta “libre circulación” de la fe pública es valor central de nuestro federalismo. Al respecto, “desde antiguo la Corte ha señalado la inconstitucionalidad de las normas provinciales que requieren, como en el caso, la previa protocolización de los instrumentos públicos de otras jurisdicciones para su posterior inscripción en el registro (*Fallos*: 183:76; 186:97; “Molina, Isaac R. c. Provincia de Buenos Aires”, sentencia de fecha 19/12/1986, entre muchos otros). Dicho artículo 7 está ubicado dentro del Capítulo titulado Declaraciones, Derechos y Garantías, por lo cual pesa sobre la CABA como carga cuya observancia nos legitima a requerir la garantía del art. 5 de la CN. Obviamente, el reconocimiento no está dado en función de una recíproca confianza emotiva que pueden dispensarse las provincias, sino del ejercicio de sus poderes de policía de modo similar, armónico y eficaz. Del mismo modo, es razonable que nosotros nos fijemos en los requisitos que los otros usan para asegurarse la autenticidad de los actos, cuando se trata de reconocer en nuestra ciudad los que están dados fuera de sus límites. Esto tiene que ver con la relación entre las jurisdicciones y obviamente con el reconocimiento que da el citado art. 7. En el escenario reseñado, el legislador encuentra en la correspondencia con las restantes jurisdicciones una razón más para escoger el requisito examinado sin que ello suponga una discriminación.

En síntesis, para justificar una limitación a las libertades, la regla es siempre que tengan un propósito legislativo legítimo, y que la herramienta escogida, sea idónea para satisfacer la finalidad legítima propuesta. Estos extremos están reunidos en la ley que nos ocupa.

2.13. En tales condiciones, por las razones expresadas en el precedente “Asociación de Derechos Civiles” (citado), así como por las restantes aquí desarrolladas, queda claro que ni la CN, ni la CCBA imponen el requisito de nacionalidad, así como tampoco lo vedan. Simplemente dejan librado al legislador adoptarlo, cosa que le permite, adaptarnos a un mundo en constante integración.

### **III. Agravio relativo a la extensión legislativa de la competencia apelada del Tribunal Superior de Justicia**

3.1. Corresponde ahora continuar con el tratamiento del agravio del actor según el cual el otorgamiento a este TSJ de competencias en materia disciplinaria por parte de la ley 404, ha ampliado inconstitucionalmente su competencia apelada, determinada en el artículo 113, inc. 3º CCABA. Apoya su tesis invocando jurisprudencia de la CSJN —*Fallos*: 32:120— y de éste tribunal —“Perrone, Héctor A” (expte. nº 30/99)— en la que se ha dispuesto que no puede ampliarse por medio de una ley la competencia originaria definida en la constitución para uno y otro tribunal respectivamente. Entiende pertinente la cita de dichos precedentes, alegando que, al igual que la jurisdicción originaria de la CSJN, la jurisdicción apelada del TSJ está taxativamente establecida en la CCABA. En dicho orden de ideas solicita la inconstitucionalidad de los artículos 117, 120 incs. “a” y “b”, 153 y 172 de la ley 404.

3.2. Para examinar este agravio, corresponde en primer lugar analizar si el TSJ al actuar como Tribunal de Superintendencia, actúa como un tribunal de justicia, como sostiene el actor a fs. 39 vuelta, o si lo hace como un tribunal administrativo.

3.3. En dicho orden de ideas, en primer término conviene repasar el funcionamiento del Tribunal de Superintendencia. Conforme dispone el art. 118 ley 402, a partir de la incorporación de la Justicia Ordinaria a la Ciudad, dicho tribunal estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de su seno, anualmente y por simple mayoría de votos. Provisoriamente, hasta tanto se efectúe el traspaso de competencias pertinentes a la CCABA, sus funciones son cumplidas por el Tribunal Superior de Justicia (cf. art. 172 ley 404). En dicho marco, las acordadas 1/01, 1/03 y 2/05 del TSJ dispusieron que las decisiones que compete adoptar al TSJ en ejercicio de sus competencias como Tribunal de Superintendencia competarán a tres de sus jueces; lo cual supone un modo de circular el expediente entre los tres individuos designados. Así como en los expedientes regidos por la ley 402, la circulación comienza por un juez de trámite, individualizado mediante sorteo, y continúa por los otros cuatro jueces, cuando el TSJ opera en sustitución del Tribunal de Superintendencia organizado por la ley 404, en ausencia de otra regla, la circulación se ciñe a tres de sus miembros, número cuya reunión satisface la mayoría requerida para las sentencias del TSJ y, a un mismo tiempo, coincide con el de los vocales del TS cuya formación está prevista en el art. 118 de la ley 404. Ciertamente, esta es la única manera de interpretar la referida acordada,

puesto que, como es obvio, no incumbe al TSJ generar órganos administrativos o judiciales novedosos para ocuparse de las funciones a que le confiere el artículo 172 de la ley 404, mientras que, en ausencia de una ley que disponga lo contrario, nada empece a que adopte reglas de circulación como la comentada.

3.4. En cuanto a la voz “tribunales administrativos”, ella ha sido reservada, habitualmente, para referirse a aquellos órganos no integrantes del Poder Judicial a los cuales se encomiendan cuestiones, que, por su naturaleza, están reservadas a la decisión final de los órganos permanentes de dicho poder del estado. Puede verse, en este sentido, la formulación tradicional de Jorge Tristán Bosch —*¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Victor P. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1951, págs. 24 y 25—:

“Pero, aun antes de entrar a desarrollar el plan propuesto, conceptuamos necesaria una aclaración destinada a evitar cualquier clase de confusiones respecto a lo que pasaremos a exponer.

Se trata de la expresión “tribunales administrativos” que venimos empleando. Debe tenerse presente que la misma —en concordancia con los autores que hemos citado— se ha tomado en el sentido en que la utilizan los tratados de derecho administrativo francés, vale decir, como equivalente a órganos que ejercen funciones jurisdiccionales en materia contenciosoadministrativa y que reúnen las siguientes características:

1. no forman parte del Poder Judicial, sino del Poder Administrador;
2. carecen enteramente de vinculación con el Poder Judicial: sus decisiones tienen carácter final, siendo irrevisables por los tribunales judiciales;
3. actúan separados de los órganos que cumplen las funciones propiamente administrativas y que en su conjunto se denominan “Administración activa”;
4. gozan de una competencia en materia contenciosoadministrativa establecida por cláusula general, o sea, son “tribunales de derecho común” en materia administrativa.

Por lo tanto, cada vez que en este trabajo se hable de “tribunales administrativos”, sin otra aclaración, deberá entenderse que nos referimos órganos que reúnen los requisitos señalados. Cuando así no ocurra constará la salvedad pertinente”.

En tales condiciones, debe descartarse que el TSJ actúe como un tribunal administrativo cuando ejerce su competencia como TS.

3.5. No obstante lo dicho, cabría aún la posibilidad de que la función bajo examen, si bien ejercida por un tribunal jurisdiccional, fuera de

naturaleza eminentemente administrativa. Veremos que ése tampoco es el caso.

Como excepción, nuestro sistema constitucional admite que algunas funciones, cuya naturaleza impone la decisión final de la justicia, comiencen siendo desarrolladas por autoridades administrativas. En cambio, si bien las personas que habitualmente ejercen competencias como jueces pueden, asimismo, ser convocadas a los fines de ejecutar algunas funciones administrativas, el principio de división de poderes hace que una función administrativa no pueda ser puesta por el legislador en manos de órganos judiciales, a menos que se trate de las que son sirvientes de la función jurisdiccional cuyo ejercicio asigna la CCBA al Tribunal, no así a los jueces de mérito, a fin de asegurar su independencia, o aquellas otras muy próximas a las judiciales porque está latente una controversia, cuando ponerlas en manos de jueces implica una garantía para las partes, por ejemplo el divorcio por mutuo consentimiento o la ejecución de un acto administrativo para la cual no existe facultad suficiente de la administración. En estos casos, lo resuelto por el juez no está destinado a ser revisado, por lo cual deben estar diseñadas de manera tal que no pueda suscitarse la controversia ulteriormente. Ya en 1792, en el precedente conocido como *Hayburn's Case* (2 Dall. 409), la Corte Suprema de los EEUU decidió que una función administrativa, en el caso establecer quiénes debían percibir un haber de retiro, no podía ser atribuida a un juez federal cuya decisión quedaría sujeta al control del Secretario de Guerra. Ello así, porque la decisión del juez habría dejado de constituir la disposición final del asunto, y es principio bien establecido que esa es la característica más típica de la decisión judicial, razón por la cual solamente puede ser revisada por otro juez o tribunal. En *United States v. Ferreira*, 13 How. 40 (1852) se mantiene idéntica doctrina; y más recientemente, en *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 386 y ss, y 404. (1989), donde estableció que un miembro de un tribunal podía ser convocado a fin asignarle una función administrativa, pero no el tribunal como tal. Esta cuestión mereció tratamiento detallado en *USA v. Ferreira*, caso en que la Corte consideró la posibilidad de interpretar como comisiones del poder ejecutivo las intervenciones de varios de sus jueces como parte de tribunales federales inferiores.

No cabe otra solución en nuestra Ciudad. Si bien con matices respecto del federal, rige en ella un sistema de división de poderes en el cual, como parcialmente adelanté, el Poder Legislativo puede crear funciones administrativas, pero debe atribuir las al Jefe de Gobierno o a los órganos que de él dependen; no, en cambio, a los órganos permanentes del Poder Judicial. Hacerlo subvertiría la condición de final que las decisiones judiciales tienen en el esquema de división de poderes de la CCBA. A su turno, atribuir al TSJ una función de esa especie, llevaría a hacerle perder su condición de órgano judicial máximo, también atribuida por la CCBA.

No está en cuestión aquí aquella otra hipótesis consistente en atribuir a la administración funciones de naturaleza jurisdiccional y, por tanto, sujetas

a decisión de los jueces. Nos toca, en cambio, abocarnos a la hipótesis de aquellas funciones a las cuales se podría dotar de rasgos administrativos, pero que son, además, susceptibles de diseño judicial. Esta situación ambivalente obedece a que las funciones administrativas y las judiciales tienen algo en común: pueden resolver situaciones individuales, esto es, tener alcance singular. Es en razón de este rasgo que nada menos que Locke categoriza tanto a unas como a las otras como ejecutivas.<sup>39</sup> Un rasgo dirimente para determinar si la función es de tipo administrativo o judicial está dado por la estabilidad con que se resguarda al producto final del ejercicio de la competencia. Cuando se trata de la estabilidad propia de la cosa juzgada administrativa, será porque la función también lo es; mientras que en el supuesto de que se la dote de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, la decisión será de naturaleza judicial y deberá provenir de los jueces. Un segundo elemento decisivo es la sujeción del ejercicio de la función de que se trate a pautas cuyo conocimiento y aplicación sea propio de los jueces. En este sentido, los jueces no toman decisiones entre objetivos en pugna que requieran decisiones propias de la voluntad popular y, por lo tanto, deban ser descargadas por los órganos que la representan. Los jueces, se deben mover, aún cuando les sea acordado algún margen de discrecionalidad, guiados por pautas objetivas que, aunque no excluyan algún elemento voluntario, en cambio, lo reduzcan a una proporción relativamente menor frente a los aspectos reglados de su visión.

3.6. El Tribunal de Superintendencia obra en algunas ocasiones como alzada del Colegio de Escribanos, y en otras como instancia originaria a requerimiento de dicho colegio. Ello así, porque la ley 404, al regular el procedimiento disciplinario establece que concluida la instrucción, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, deberá expedirse dentro de los 30 días. En dicho plazo podrá decidir, según las circunstancias: (i) desestimar el cargo y archivar las actuaciones (art. 142, ley 404), o bien, (ii) si estima que la sanción que corresponde aplicar es menor a la de suspensión por tres meses, imponerla directamente, decisión apelable ante el Tribunal de Superintendencia del Notariado, dentro de los diez días de notificada (art. 142, ley 404), o, finalmente, (iii) si considera que la sanción debe superar a la precedentemente indicada, requerirla al Tribunal de Superintendencia, obrando como fiscal (art. 122 y 143, ley 404). De esta forma se habilitan las dos competencias esenciales del Tribunal de Superintendencia del Notariado previstas en el art. 120 de la ley 404 en materia disciplinaria, la del inciso a) “conocer en única instancia, previo sumario y dictamen del Colegio” y la del inciso b) consistente en entender como Tribunal de apelación especialmente respecto de las resoluciones en materia disciplinaria, no previstas en el inciso a) del artículo citado.

---

<sup>39</sup> John Locke, *The Second Treatise of Civil Government and a Letter Concerning Toleration*, ed. J. W. Gough (Oxford: Basil Blackwell, 1946) 73.Cap XIII, especialmente n° 150.

Si la función de aplicar el régimen disciplinario a los notarios de registro hubiese sido diseñada como una competencia administrativa, la revisión judicial habría alcanzado solamente lo relativo a la legitimidad del acto. A su vez, la estabilidad de la sanción habría sido la propia de la cosa juzgada administrativa, aunque esto último podría tener matices significativos fundados en el contenido del acto. Empero, no parece dudoso, ni viene en verdad discutido, que las sanciones pasan en autoridad de cosa juzgada judicial, como tampoco lo parece que incumbe al Tribunal de Superintendencia la revisión plena de todos los contenidos del acto cuando éste emana de órganos del colegio de escribanos o, lisa y llanamente, su formulación original, cuando se trata de las competencias del artículo 120 inciso b).

En tales condiciones, no existen razones derivadas del principio de división de poderes para que un órgano judicial permanente como lo es el TSJ no pueda asumir estas competencias.

Merece alguna consideración especial la preocupación del legislador por encomendar la aplicación del régimen disciplinario a una autoridad judicial y al colegio profesional respectivo, organizado como persona no estatal de derecho público. Concebido como un servicio público encargado de dar fe de ciertos actos cuya trascendencia lo requiere, el legislador ha buscado resguardar a los notarios, a quienes la sociedad confía dicho servicio, de ser disciplinados por el órgano político o sus dependientes. Presumiblemente, la razón es que, en ejercicio de su ministerio, el notario debe asumir plena responsabilidad de los actos que autoriza. Esa responsabilidad está diseñada de manera de resguardarla de influencias políticas. En armonía con lo cual, el régimen disciplinario, aún cuando no está concebido como un ordenamiento penal, tampoco lo está como un mecanismo de conducción a la manera de los que pesan sobre los agentes de la administración pública ni tampoco como una facultad de conducción de las que pueden aparecer en contratos administrativos, supuestos ambos distintos pero que tienen en común la circunstancia de que sirven para inducir tanto al agente como al contratante a cumplir los objetivos que, en cada caso, fija la administración, siempre dentro de los que mandan la constitución y la ley. En el caso de los notarios, la administración no tiene razón alguna para fijarles objetivos. Esos objetivos centrales no son sino dar fe pública de los actos que autorizan. Quizás justificaría una gestión más política la necesidad de asegurar que el servicio llegue en todo tiempo y a todos, pero esto bien puede ser concretado por otros medios, a criterio del legislador.

Ello no significa que no sea conducente un régimen disciplinario, sino que éste busca inducir al objetivo cumplimiento de la ley antes bien que al de órdenes legítimamente emanadas de la administración. En armonía con lo cual, la aplicación de dicho régimen está encomendada, en los casos menores, a los pares elegidos mediante las reglas democráticas de la institución civil fundada el 7 de abril de 1866, a la que la ley 12.990

encomendó originariamente la dirección y vigilancia del notariado, y en los mayores, directamente a un órgano judicial específico compuesto por tres jueces de cámara o momentáneamente al TSJ. Indudablemente, es ésta una garantía para los escribanos.

Asimismo, puesta la competencia a cargo del TSJ como lo establece el art. 172 de la ley 404, no cabe que sus actos sean revisados por ninguna instancia administrativa ni judicial de la Ciudad. En el primer supuesto – revisión por órganos administrativos-, porque ello infringiría la división de poderes; en el segundo, porque supone poner a otro órgano por sobre el TSJ, medida incompatible con el diseño constitucional, aun cuando ese órgano sea judicial (arg. arts. 107, 109, 113 y conc. de la CCBA). Este sometimiento sería intolerable, aun cuando fuera adoptado con carácter provisorio. No me incumbe analizar aquí la naturaleza de las restantes funciones asignadas al TS, puesto que el desarrollo de los agravios se detiene en las referidas a la materia disciplinaria, que fueron aquí examinadas. Igualmente, la conclusión a que se arribare en el supuesto de tratar dicha cuestión no alteraría lo que aquí se expone acerca de la función disciplinaria a cargo del TS.

Todo lo expuesto hasta ahora muestra que la función ha sido diseñada necesariamente como judicial, puesto que, de lo contrario, habría que suponer que el legislador atribuyó una competencia de naturaleza administrativa a un órgano judicial como lo es el Tribunal Superior de Justicia. Admito que el precedente publicado en *Fallos: 327:3626* admite una lectura discrepante con lo aquí opinado. Empero, se trata de una decisión en materia de competencia, en una situación en que la sentencia impugnada no se estimó definitiva. En tales condiciones, creo que lo señalado por la Corte debe ser limitado a la cuestión decidida y, en todo caso, lo que aquí señalo contiene consideraciones que no han sido materia de tratamiento en dicho precedente.

3.7. Superado lo anterior, corresponde continuar con el análisis del agravio del actor, y establecer si, tal como alega, el art. 113 inc. 3º limita la posibilidad del legislador local de ampliar la competencia apelada del TSJ. Es dable destacar que el agravio del actor se ha limitado a la impugnación de la actuación del TS como revisor de las medidas disciplinarias impuestas por el Colegio de Escribanos (cf. art. 142 ley 404), mas no se ha referido a la actuación instancia originaria del TS a tales efectos (cf. art. 143 ley 404). En este sentido, si bien el actor funda su agravio en la jurisprudencia según la cual está vedado al legislador ampliar la competencia originaria del TSJ, tal como fuera expuesto en el punto 2.a. de este voto, lo hace al sólo efecto aplicar dicha doctrina a la jurisdicción apelada del TSJ *mutatis mutandis*, y concluir que tampoco ella puede ser extendida legislativamente.

Dicha doctrina tiene origen en el célebre precedente estadounidense *Marbury v. Madison*. Empero, las razones que sostienen la doctrina de *Marbury v. Madison* no apoyarían similar solución para el TSJ. *Marbury v.*

*Madison* no finca en una noción conceptual relativa a la cabeza del Poder Judicial sino en las palabras inequívocas del art. III de la Constitución de los EEUU, recogidas por entero en el 117 de la CN. En los supuestos en que corresponde la jurisdicción originaria -siempre *ratione personae*- dice el art. 117 que la CSJN "... la ejercerá originaria y exclusivamente", mientras que en los demás casos del art. 116 lo hará "... por apelación"<sup>40</sup>.

En cambio, el art. 113 de la CCBA se limita a establecer que "Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: [...]". No dice que la enumeración sea taxativa o que la Legislatura no pueda reducirla o ampliarla, sin que quepa distinguir a este respecto entre apelada y originaria, como lo hace la CN. Sin embargo, es obvio que la Legislatura no puede reducirla, pues hacerlo supondría modificar la CCBA. En cambio, el juego de los arts. 80, 81 y 106 funda suficientemente el criterio según el cual podría ampliarla llevándole otros asuntos propios de la justicia local. Ello así, porque con arreglo al art. 106 "...Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas ...", y el art. 107 enuncia que "El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público"; a partir de lo cual puede la Legislatura aplicar los poderes que los arts. 80 y 81 le acuerdan para organizar la justicia atribuyendo los asuntos según estime conveniente al TSJ o a jueces inferiores. Ello es así, toda vez que no hay norma alguna que vede ampliar la jurisdicción originaria o la apelada del máximo tribunal. Sin embargo, sería inconstitucional una distribución de los asuntos que, por saturación de un tribunal, llevara a la denegación de justicia. Esto, que vale para cualquiera de ellos, tiene en el caso del TSJ una particular nota: no puede por este medio ver dificultado o impedido el ejercicio de la jurisdicción que le acuerda el art. 113. En resumen, es posible la asignación de competencias no previstas en el art. 113 en tanto no distorsione el normal desempeño del TSJ. La CSJN declaró inconstitucional, sobre la base de la saturación, el recurso ordinario en materia de jubilaciones —*in re* "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", sentencia del 29/03/05—. Es interesante el matiz: la Corte no dijo que dificultara su jurisdicción originaria, única fijada por la CN, sino genéricamente sus tareas, provenientes de la ley, es decir, que eligió entre sus tareas la de menor importancia, y la suprimió para atender las restantes.

En definitiva, para juzgar la constitucionalidad de una ley que atribuye al TSJ competencias que no están expresamente contempladas en el art.113 de la CCBA hay que tener en consideración las dos premisas que, con todo acierto y elegante nitidez, destaca el punto 2 del voto de mi colega, la Dra. Ana María Conde, que motiva este agregado. El art. 113 es parte de una obra integral, la CCBA, y no constituye una acumulación de

---

<sup>40</sup> Por cierto, ello según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso ...". Es así que el Congreso puede excluir asuntos federales *ratione materiae*, es decir, asuntos del art. 116 de la revisión de la CSJN, al menos mientras algún tribunal federal los atiende

competencias residuales sino un conjunto de facultades delicadamente articuladas, cuya sumatoria posibilita llenar lo que mi colega identifica como “el sensible rol institucional del TSJ”. Percibida esta función por el legislador, dentro del ámbito amplio de discrecionalidad que le compete por la representación popular que le incumbe, queda aplicada válidamente a la misión que el art. 6 consagra como propósito compartido de todos los órganos que crea la CCBA. En estas condiciones, lejos de desvirtuar el art. 113 de la CCBA, el art. 172 de la ley 404, por las razones apuntadas arriba, constituye una solución armónica con el diseño institucional que el constituyente tuvo en mira al redactar los incisos del referido artículo 113.

No ignoro que este Tribunal, antes de mi incorporación, ha vertido opinión al respecto —*in re* “Perrone, Héctor A” ya citado—. Empero, el contexto completo del pronunciamiento permite interpretar la concepción adoptada en el sentido de que el art. 113 limita severamente al legislador la posibilidad de extender las competencias del TSJ, idea directamente vinculada con la de no desnaturalizar sus funciones mediante la acumulación de tareas excesivas o de asuntos que razonablemente justifican tratamiento en las instancias inferiores. En este orden de ideas, me parece oportuno señalar que similares razones a las que justifican separar a los órganos que sancionan la regla general de los que la aplican a casos particulares, hacen aconsejable que quienes sientan la interpretación final de esas reglas generales estén apartados de establecer por sí los hechos a los cuales se aplica, aspirando a que dicha interpretación sea tan general como lo es la regla y no un boleto para un solo viaje como señalaron los ministros Petracchi y Bossert en *Fallos*: 315:2074 por remisión al voto del Justice Roberts *in re* “Smith v. Allwright Election Judge et al.” (321 US 649, 669)<sup>41</sup>. Esta concepción explica por qué los jueces de mérito son, como principio, distintos de aquellos que sientan la interpretación última de las reglas. En síntesis, el TSJ sentó la doctrina según la cual el principio es el de no extender su jurisdicción por vía legislativa a menos que circunstancias especiales lo justificaren. En el caso que nos ocupa, esas circunstancias están ligadas al carácter provisorio de la solución y a la restitución de competencias y servicios a la Ciudad que impone el cumplimiento del art. 129 de la CCBA en razón de las facultades jurisdiccionales **propias** que reconoce al pueblo de Buenos Aires. El Tribunal de Superintendencia de la ley 404 está organizado, al igual que lo estaba en el régimen que lo precedió, depositando la competencia que asigna en jueces con especialización en materia civil. Es decir, el legislador estimó que ésta era la más adecuada a la actividad de los escribanos y, por ello, al tipo de situación acerca de la cual tocaría expedirse a dicho cuerpo judicial. Por ahora, la Ciudad carece de esta especialización en el ámbito de la justicia de mérito. El TSJ, en cambio, tendrá competencia para expedirse en esas materias, por

---

<sup>41</sup> En verdad, citan el voto emitido *in re* “Grovey v. Townsend” (295 US 45), pero, por el tomo y página de la referencia se refieren a la causa Smith mencionada, la cual a su turno se refería a Grovey.

aplicación de la CCBA y de su reglamentación contenida en la ley 402. De manera que lo que ha dispuesto el legislador es poner directamente la competencia en la sede más cercana *ratione materiae* a la especialización del anunciado órgano judicial en cuya órbita decidió ponerlas con carácter permanente. Por todo ello, pienso que el punto debe ser analizado a la luz de las diversas consideraciones a las que me referí aquí.

#### **IV. Agravio relativo a la violación del derecho al recurso en el proceso disciplinario notarial**

4.1 Finalmente, cabe tratar el planteo según el cual el sistema de enjuiciamiento previsto en la ley 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia contenido en el 8.h. PSJCR.

A este respecto, cabe destacar que la disposición internacional invocada por el recurrente carece de relación directa con el agravio esgrimido toda vez que ampara a “toda persona inculpada de **delito**”, supuesto no contenido en las sanciones previstas en la ley 404. Esta conclusión se condice con lo expresado en el considerando 3 de mi voto *in re* "Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 CC — apelación s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. n° 3910, sentencia del 5 de agosto de 2005). Si bien en dicho precedente expresé que el art. 8.h. PSJCR no era aplicable a supuestos de responsabilidad contravencional, sus razones resultan aplicables *mutatis mutandis*, y probablemente con más fuerza aún, a un supuesto de responsabilidad disciplinaria como el de autos.

Asimismo, resulta aplicable en autos la doctrina de la CSJN según al cual “los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existentes entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal” (*Fallos*: 310:316, entre muchos otros).

Anticipándose a esta objeción, el actor cita un precedente en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “a pesar de que el citado artículo [8.1] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” — Caso “Tribunal Constitucional”, resolución del 31.1.2001, considerando 70—.

A éste respecto, se destaca en primer término que la frase citada no tiene la fuerza que pretende atribuirle el actor, toda vez que reconoce “el derecho, **en general**, al debido proceso que se aplica en materia penal”, giro que sólo se explica si la frase no involucra a la totalidad de las garantías relacionadas con el debido proceso. A éste respecto, el actor no da razones que incluyan el derecho al recurso, dentro del grupo de derechos reconocidos por la CIDDHH para los procesos no penales. En este orden de

ideas, nótese que en dicho caso, ni tampoco en sus antecedentes, se utilizó dicho argumento para extender el derecho al recurso a procesos no penales—como aquí pretende el actor—, sino que se hizo para establecer la existencia de garantías tales como derecho a ser oído o juez imparcial, aplicables a cualquier proceso, aun de instancia única. Avala esta interpretación, el hecho de que este precedente, en el punto citado, tiene origen en la Opinión Consultiva 11/9042, redactada en términos mucho más categóricos que los aquí expuestos. En efecto, en dicha Opinión Consultiva, la CIDDHH había sostenido sin más, aun en los procedimientos no penales, que “el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal” —nótese que no se utilizó el giro “en general”, presente en el precedente dictado con posterioridad—. La diferencia entre una y otra delimitación cobra un alcance específico morigerador frente a la originalmente contenida en el texto al que la CIDDHH debía dar respuesta, alcance que, todo hace presumir, no fue ajeno a la intención de los jueces. Consecuentemente, su efecto es no extender a los procesos no penales, la totalidad de las garantías previstas para el ámbito penal, sin perjuicio de que rigen en aquellos un conjunto básico cuya inobservancia impide concebir un proceso como judicial. El lenguaje del art. 8 de la CADDHH es claro en limitar el derecho al recurso a las condenas por delito.

Asimismo, el actor afirma que en diversos precedentes la CEDDHH habría sostenido que las garantías previstas para acusaciones “criminales” son aplicables aún cuando la legislación interna de un estado califique la conducta prohibida como “infracional” o “disciplinaria” (ver fs. 43). No obstante, ninguno de dichos precedentes son aplicables a supuestos de derecho disciplinario que afectan a una clase selecta de personas que gozan de un estatus particular al que se sometieron de modo voluntario, como incuestionablemente son los escribanos —a ello me refiero nuevamente más adelante—. En rigor, todos se refieren a supuestos de responsabilidad infraccional o contravencional, salvo *Engel and others v. The Netherlands* (8/6/1976), que, si bien gira en torno a la aplicación de una sanción disciplinaria, no presenta un supuesto de sujeción voluntaria, sino forzosa, por tratarse de sanciones aplicadas a conscriptos. Finalmente, ninguno de dichos precedentes estudia la aplicación del derecho al recurso, y, en rigor,

---

<sup>42</sup> 28. En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

tampoco podrían hacerlo, toda vez que el actor soslaya una circunstancia que, a mi juicio, resulta dirimente a la hora de asignar valor como guía a estos precedentes en el caso que nos ocupa. Me refiero a la circunstancia de que la Convención Europea de Derechos Humanos expresamente prevé que la aplicación del derecho al recurso puede ser exceptuada en caso de delitos menores, así como en los casos de instancia originaria del máximo tribunal local (Protocolo N°7, art. 2º, inc. 3).

4.2. Como corolario, muestra que varias de las sanciones disciplinarias previstas en la 404 son equivalentes a muchas sanciones penales (ej. multas); por ello, sostiene que sería contrario al 16 CN discriminar a efectos de la aplicación de la garantía, entre quienes son multados en el marco de un proceso disciplinario, y quienes lo son en el marco de un proceso penal. Finalmente, sostiene que “delito” en el sentido de la convención es toda aquella conducta prohibida bajo apercibimiento de afectar un derecho del infractor.

El régimen disciplinario que pesa sobre los escribanos no es confundible con la legislación penal. Ciertamente es que en el supuesto de la sanción prevista en el art. 149 inc. b) -multa de 50 a 2000 pesos- puede darse una sanción de especie similar a muchas de las previstas en el código penal. Sin embargo la multa aparece, al igual que el apercibimiento, en el art. 151 como una respuesta en conductas leves, y en muchos casos a actitudes que perturban la buena marcha de los procesos ante los órganos que establece la ley 404. Las sanciones centrales están directamente vinculadas con el mantenimiento de la potestad del escribano como titular o adscripto a un registro. Esto son las suspensiones por dos años y la destitución del cargo.

En tales condiciones, queda a todas luces evidenciado que el régimen es un sistema organizado para respaldar el cumplimiento de las diversas obligaciones que pesan sobre quienes asumen como escribanos de registro, titulares o adscriptos, y la principal consecuencia jurídica de su aplicación es la de extensión del vínculo que permite a la persona de que se trate ejercer la función notarial. Ello es típico de un régimen de sujeción especial, en que las personas entran por voluntario sometimiento a fin de acceder a lo que estiman beneficios propios de la función que el sistema respalda. Supuestos típicos de ello son los del empleo público, la carrera militar, regímenes de licencias tales como las que se otorgan para transmitir ondas radiales o televisivas u operar como entidad financiera.

En todos los casos media un acto de voluntad de quien se pone en riesgo de ser sancionado. Un acto de voluntad sería absolutamente inexplicable en el supuesto de sometimiento al código penal, que pesa sobre todos los individuos que se ponen dentro de ámbito espacial de un estado con competencias de esta especie. Pero, lo es en cambio, dentro de ciertos límites, cuando se trata de un sistema de sanciones que tiende a resguardar un régimen específico de subordinación fundado en el voluntario

sometimiento, y excepcionalmente en la legítima imposición de cargas públicas. No son, en esos aspectos, aplicables por sí las garantías propias del ámbito penal. Para redondear el análisis, es del caso señalar que no existe ninguna sanción privativa de la libertad o una que, aun de naturaleza plenamente patrimonial, tuviera un rigor injustificado a la luz de los objetivos que legítimamente puede perseguir un régimen disciplinario de esta naturaleza.

V. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada por la Asociación de Derechos Civiles.

### **El juez José Osvaldo Casás dijo:**

#### **I. Las impugnaciones constitucionales**

1. Dos son los planteos incoados por la **Asociación por los Derechos Civiles** en su **acción declarativa de inconstitucionalidad**. En primer término, **impugna la validez constitucional del art 8, inc. a)**, de la ley n° 404 (Orgánica del Notariado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y del art. 2, inc. a), de su decreto reglamentario n° 1.624/2000, que establecen como **requisito para la inscripción en la matrícula profesional respectiva que el escribano sea nativo o naturalizado** con no menos de diez años de naturalización. Funda su articulación en los arts. 16 y 20 de la CN, el art. 11 de la CCABA, y en lo previsto por los artículos 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fs. 22 y vuelta). En segundo lugar, esgrime una articulación de inconstitucionalidad contra los artículos 117, 120, inc. a) y b), 153 y 172 de la citada Ley Orgánica del Notariado en tanto: le confiere a este **Tribunal Superior de Justicia** facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, argumentando que, por tal conducto, **se exceden los límites de la competencia apelada del Tribunal** a tenor del art. 113, inc. 3, de la CCABA; el control judicial previsto no sería suficiente, y el sistema de enjuiciamiento no resultaría compatible con el **derecho a la doble instancia judicial** contemplado en el art. 8.2 h) de la Convención Americana de Derecho Humanos.

#### **II. La actuación del escribano de registro como funcionario público**

2. Para introducir al tratamiento de ambas impugnaciones constitucionales, según mi parecer, se torna imprescindible realizar una **caracterización jurídica adecuada de la actividad profesional que despliegan los escribanos de registro**. A tal fin, deberán tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en la legislación de fondo: **Código Civil**

(Libro Segundo: “De los derechos personales en las relaciones civiles”, Sección Segunda: “De los Hechos y Actos Jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”, arts. 995 siguientes, concordantes y complementarios) y en la legislación local específica: **ley nº 404** con las modificaciones de las leyes nºs 501, 1.221, 1.339, 1.541, como del decreto reglamentario nº 1.624/00.

Se advierte así que, conforme al **art. 997 del Código Civil: *Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones...*** lo que cobra particular significado a tenor de las prescripciones estrictas en cuanto a tal formalidad que se enuncian en el **art. 1.184** de igual ordenamiento de fondo donde se prescribe: ***Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: // 1°. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; 2°. Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión; 3°. Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones; 4°. Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; 5°. Toda constitución de renta vitalicia; 6°. La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios; 7°. Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8°. Las transacciones sobre bienes inmuebles; 9°. La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; 10°. Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11°. Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.***

Cabe acotar que la enunciación transcrita no agota otra larga lista de supuestos que requieren como forma instrumental el instrumento público o la escritura pública (vgr. **art. 165 de la ley nº 19.550 de Sociedades Comerciales** en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas).

Por la intervención notarial se propende afianzar la **seguridad jurídica**, valor esencial de todo ordenamiento, en tanto las escrituras públicas hacen plena fe, no sólo entre las partes sino contra terceros, en las condiciones y con el alcance que determina el código de fondo. En orden a tal principio, Luis Recaséns Siches pudo, en su hora, sostener: **“Sin seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Es verdad que, además, el derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la**

**ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico”** <sup>1</sup> (el énfasis ha sido añadido).

En consonancia con tales ideas, en forma explícita, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado el valor del apuntado principio, asignándole jerarquía constitucional, pudiendo consultarse en tal sentido, entre otras, las siguientes causas: “*Flora C. Villate de Anchorena v. Nación Argentina*” (Fallos: 220:5), sentencia del 4 de junio de 1951; “*S. R. L. Penta*” (Fallos: 242:401), sentencia del 19 de diciembre de 1958; “*Italo Juan Ottolagrano v. Arturo Verardi*” (Fallos: 243:465), sentencia del 15 de mayo de 1959; “*Abel Estévez v. S.R.L. Refinerías de Maíz*” (Fallos: 251:78), sentencia del 16 de octubre de 1961; “*José Iglesias y Otros v. S. A. Intela*” (Fallos: 253:47), sentencia del 11 de junio de 1962; “*Luis Alfonso Ravaschino y Otros v. S. A. Banco de Avellaneda*” (Fallos: 254:62), sentencia del 15 de octubre de 1962; “*Leda Diana Tidone v. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón*” (Fallos: 316:3231), sentencia del 22 de diciembre de 1993; “*Alberto Jawetz*” (Fallos: 317:218), sentencia del 24 de marzo de 1994; y, “*Autolatina Argentina S.A. (T.F. 12.463-I) v. Dirección General Impositiva*” (Fallos: 319:3208), sentencia del 27 de diciembre de 1996.

A su vez, desde la alta cátedra del magisterio pontificio se ha señalado: “Del ordenamiento jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a la seguridad jurídica y, con ello, a una esfera concreta de derecho, protegida contra todo ataque arbitrario” <sup>2</sup>.

**3.** Ahora bien, los **recaudos esenciales para el acceso a la función notarial** —matriculación— y a la titularidad o adscripción a un registro de contratos públicos demanda, a tenor del art. 8 de la ley n° 404, diversos requisitos, a saber: *a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización. // b) Tener título de abogado expedido o revalidado por universidad nacional o legalmente habilitada. Podrá admitirse otro título expedido en igual forma siempre que su currículum abarque la totalidad de las materias y disciplinas análogas a las que se cursen en la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Buenos Aires. // c) Acreditar, al momento de la matriculación, buena conducta, antecedentes y moralidad intachables. // d) ...*

De lo puntualizado en el párrafo anterior resulta que es menester poseer título de abogado, **sin que la expedición del mismo por parte de las universidades habilitadas** al efecto **convierta en notario de registro al graduado, como tampoco lo convierte en funcionario judicial o juez.**

---

<sup>1</sup> RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, capítulo ocho: “Las funciones del derecho en la vida social”, párrafo 1: “La función de certeza y seguridad y la función de cambio progresivo”, ps. 220 y ss., en particular p. 224, Editorial Porrúa, México, 1959.

<sup>2</sup> Radiomensaje navideño de 1942 de S.S. Pío XII: AAS 35 (1943) 21; y Carta Encíclica: *Pacem in Terris*, punto 27, dada por S.S. Juan XXIII, en la Ciudad de Roma el 11 de abril de 1963, en *Once Grandes Mensajes*, p. 217, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

Es que, justamente, a estos fines, es menester que se produzca el acto de **investidura notarial** para el cual juegan los requisitos contemplados en el art. 13 de la ley n° 404, a lo que cabe añadir que satisfechos tales extremos: **Compete al Poder Ejecutivo la creación o cancelación de los registros y la designación o remoción de sus titulares y adscriptos en el modo y forma establecidos en esta ley...** (del art. 31 de igual ordenamiento), por cuanto: *Los registros y protocolos notariales son de propiedad del Estado* (del art. 32); **quien fija su número**, en relación con el de habitantes, con el tráfico escriturario y con *la incidencia que el movimiento económico de la población tenga en la actividad notarial* (del art. 33), pero siendo de suyo que: *En todos los casos compete al Poder Ejecutivo la designación del titular de cada registro. La nominación recaerá en el ganador del concurso de oposición y antecedentes que se efectuará en cada caso y cuyo resultado será comunicado por el Colegio de Escribanos al Poder Ejecutivo* (del art. 34).

Queda palmariamente evidenciado que en **el sistema de notariado de número**, al que adscribe el modelo conocido como *de notariado latino* y que recoge nuestra ley n° 404: **a)** existe un *número clausus de registros notariales*, creados por el Estado; **b)** es él quien conserva la propiedad sobre ellos, y **c)** pueden acceder a los mismos, mediante el acto de investidura que realice el estado local, aquellos que dando satisfacción al requisito de *idoneidad* (v. art. 16 de la CN) han sido seleccionados mediante los severos mecanismos contemplados en la ley. De tal modo, se produce una **delegación transestructural** —entendida ésta como el desplazamiento fuera del ámbito burocrático del Estado y de los agentes estipendiarios que revistan en la Administración central o descentralizada— del cometido fedatario propio de los oficiales públicos en general y de los escribanos públicos en particular.

Adviértase, por lo demás, que sólo concibiendo **la actividad de los escribanos de registro** como una **función pública** pueden explicarse las **estrictas incompatibilidades** de que da cuenta el **art. 17 de la Ley Orgánica del Notariado, que se asemejan en mucho a las que se aplican a magistrados y funcionarios del Poder Judicial**. Dicho precepto dispone: *El ejercicio de la función notarial es incompatible con: a) El desempeño de cualquier empleo, cargo judicial, función militar o eclesiástica y toda otra actividad, pública o privada, que pudiere afectar la imparcialidad del escribano o la adecuada atención de sus tareas. // b) El ejercicio de cualquier profesión liberal en la República o fuera de ella, salvo para quienes tengan el título de abogado en cuanto a la actividad forense en causa propia o el patrocinio o representación en juicio de su cónyuge, padres o hijos. No se consideran ejercicio de la abogacía ni de la procuración, las gestiones judiciales o administrativas de carácter registral o tributario, ni las tendientes a suplir omisiones de las partes en procesos en que hubieren sido designados para autorizar escrituras o realizar tareas de "oficial de justicia ad hoc", en tanto fueren conducentes para el cumplimiento de su cometido.*

*// c) El ejercicio del comercio por cuenta propia o ajena. // d) El ejercicio de funciones o empleos compatibles, si su desempeño obligare a residir permanentemente más allá del territorio admitido para establecer su domicilio real.*

Concurren a facilitar la caracterización de **función pública** que proponemos respecto del notariado los **deberes** que la ley prescribe atinentes a los escribanos de registro. Así, por el **art. 29** de la **ley nº 404**, se ordena: *Además de lo establecido por esta ley, su reglamentación y toda otra disposición emanada de los poderes públicos o del Colegio de Escribanos, atinentes al ejercicio de la función notarial, son deberes de los escribanos de registro: // a) Concurrir asiduamente a su oficina y no ausentarse del lugar de su domicilio por más de ocho días hábiles sin autorización del Colegio. En caso de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio, el escribano titular podrá proponer al Tribunal de Superintendencia el nombramiento de un interino, para una sola oportunidad; o bien hasta tres escribanos, para actuar como subrogantes en todos los casos, previa notificación al Colegio del cese transitorio de su actividad y del de sus adscriptos, si los tuviere, el lapso por el que se producirá el reemplazo y el escribano que en esa oportunidad actuará interinamente. También podrá proponer la designación de interino el adscripto, subrogante o interino que estuviere a cargo del registro, según el caso, si fueren autorizados por el titular, en caso de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio de todos ellos. En todos los casos los reemplazantes deberán ser escribanos de registro. // b) Prestar sus servicios toda vez que se le solicite, dentro de los límites de su competencia, salvo que se encontrare impedido por otras obligaciones profesionales de igual o mayor urgencia o cuando el acto para el cual hubiere sido requerido fuere contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres o su intervención fuere excusable conforme a las disposiciones de la reglamentación de esta ley. Esta obligación rige plenamente en los casos de integración de cualquiera de las listas mencionadas en el artículo precedente, incluso en cuanto atañe a la aceptación del cargo, retiro de la documentación correspondiente a los asuntos encomendados y el cumplimiento de la prestación de que se tratare. // c) Observar las formalidades instituidas por la legislación vigente, incluso las resoluciones dictadas por el Colegio tendientes a unificar los procedimientos notariales, para la formación y validez de los documentos que autorice y sus reproducciones. // d) Ajustar su actuación, en los asuntos que se le encomienden, a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar y la capacidad de obrar de las personas intervinientes, así como la legitimidad de las representaciones y habilitaciones invocadas, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes. // e) Notificar el contenido de los actos instrumentados, cuando esta diligencia fuere impuesta por aceptación del requerimiento de la parte interesada en tal sentido, por precepto legal o por la propia naturaleza del acto, excepto que*

*las partes expresamente tomaren a su cargo tal obligación. // f) Conservar y custodiar en perfecto estado los documentos que autorice así como los protocolos respectivos mientras se hallen en su poder, los que deberá entregar al Archivo dentro de los plazos que el Colegio fijare. // g) Expedir a las partes interesadas copias, certificados y extractos de las escrituras otorgadas en el registro a su cargo o traslados de la documentación a él agregada. // h) Remitir al Registro de Actos de Última Voluntad la minuta correspondiente, conforme dispone la reglamentación respectiva. // i) Presentar para su inscripción en los registros públicos las copias de las escrituras que requieren dicha formalidad dentro de los plazos legales y, a falta de éstos, dentro de los 60 días de su otorgamiento, salvo expresa exoneración por los interesados. // j) Guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo sólo en los casos previstos en el artículo 73. El escribano tendrá derecho a adoptar las providencias que juzgue pertinentes para que la exhibición no resulte incompatible con su finalidad ni afecte a sus deberes funcionales o a las garantías de reserva que merecen los interesados. // k) Llevar por el sistema de libros o de fichero, o cualquier otro que apruebe el Colegio, un índice general con expresión de apellido y nombre de las partes intervinientes, el objeto del acto, fecha y folio de todos los documentos matrices autorizados en el registro a su cargo. // l) Facilitar la inspección del protocolo a los inspectores del Colegio, a sus autoridades o a las personas que éstas expresamente designaren. // m) Abonar las contribuciones, cuotas y derechos legalmente establecidos. // n) Cumplir las normas de ética establecidas por el Colegio. // o) Desempeñar los cargos para los que fueren designados, salvo casos de impedimento aceptados por el Consejo Directivo. // p) Mantener secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de sus funciones y exigir igual conducta a sus colaboradores. // q) Comunicar al Colegio toda acción judicial o administrativa que se le iniciare con motivo del ejercicio de la función notarial. // r) Cumplir los requisitos de actualización permanente previstos en el artículo 39.*

De los **deberes** antedichos, resulta palmariamente manifiesto que los consignados en punto a: **concurrir asiduamente a su oficina** (inc. a), **prestar los servicios cada vez que se lo soliciten** (inc. b), **conservar y custodiar en perfecto estado los documentos que autorice como así los protocolos respectivos** (inc. f), **guardar estricta reserva del protocolo y de exhibirlo sólo en los casos autorizados por ley** (inc. j), **llevar índice general por el sistema de libros o ficheros de todos los documentos matrices autorizados** (inc. k), **cumplir los cargos para los que fuere designado** salvo casos de impedimento aceptados por el Consejo Directivo (inc. o) y **comunicar al Colegio toda acción administrativa o judicial que se le inicie** (inc. q), **conducen a descartar que la actuación de los escribanos de registro pueda ser concebida como el simple ejercicio de una profesión liberal.**

También se suma a ellos, el previsto en el **art. 24 de la ley de la materia**, que dispone que los escribanos de registro, además de  **fijar su domicilio profesional en la Ciudad de Buenos Aires, podrán residir en un sitio que se encuentre a no más de 100 kilómetros de distancia de la sede del registro a su cargo, con conocimiento del Tribunal de Superintendencia y del Colegio de Escribanos**, lo que les veda residir más allá del límite establecido y consagra la obligación de comunicar el lugar de residencia cuando éste se halle fuera del ámbito de esta Ciudad.

Además de lo hasta lo aquí señalado, y también ciñéndome a la letra estricta de la ley, forman convicción sobre la naturaleza de la función notarial las estipulaciones restrictivas de la Ley Orgánica del Notariado que introducen a las **condiciones que deberán reunir los despachos u oficinas** en los que tendrán asiento las notarías. Allí se consigna: *art. 53: Los escribanos titulares de registro, antes de tomar posesión de sus cargos, deberán comunicar al Colegio el domicilio en que instalarán su notaría u oficina, a efectos de lograr la habilitación correspondiente, que éste acordará cuando el lugar y ámbito elegidos reúnan las condiciones mínimas de seguridad y decoro, de conformidad con las normas que al respecto dictare. // art. 54: En ningún caso se admitirá que un escribano titular de registro tenga más de un domicilio profesional. Se considera domicilio único el caso de unidades que formen parte del mismo edificio o que sean fincas o unidades linderas entre sí. Los escribanos adscriptos deberán compartir la oficina de sus titulares. En un mismo local podrán funcionar dos o más notarías.*

Finalizando esta reseña de la ley **nº 404**, valga agregar que en sus arts. 158 y ss., se contempla la creación de un **Fondo Fiduciario de Garantía** constituido por el aporte de los escribanos de registro titulares, adscriptos, subrogantes, interinos y autorizados, que será administrado por el Colegio de Escribanos y dispuesto **para atender en forma subsidiaria**, después de haberse hecho exclusión de los bienes del deudor principal, y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad, si las hubiere, por **los daños y perjuicios causados con motivo de los actos realizados en el ejercicio de la función notarial**, bajo ciertas condiciones, **o por incumplimiento de los deberes fiscales** en los casos en que actuaren como agentes de retención. Todo esto se ve facilitado al hallarnos en presencia de una función pública y al instituirse el Colegio de Escribanos —ente público no estatal— en el administrador del Fondo Fiduciario a quien ha habilitado el Estado local, transestructuralmente, para gobernar y ejercer el poder de policía sobre un cometido profesional que importa la función pública de conferir autenticidad a actos y negocios jurídicos que así lo requieren.

También abonan la caracterización que aquí se realiza del quehacer notarial como función pública, los usos y costumbres que rodean el comportamiento cotidiano de los escribanos de registro, aún en actos menores, pero de indiscutible valor simbólico, ello sin perjuicio de lo

dispuesto por el art. 17 del Código Civil, pues este razonamiento se realiza con fuerte sustento legal y a mayor abundamiento. Así, a modo de ejemplo, las carátulas que imprimen los escribanos para entregar las copias o testimonios de las escrituras otorgadas —v. gr. títulos de propiedad de inmuebles, testamentos, constitución de sociedades, poderes, emancipaciones de menores por habilitación de edad, etc.—, se hallan, de ordinario, presididas por el símbolo nacional del *Escudo* y recién a continuación se consigna el número de Registro de Contratos Públicos, los nombres y apellidos de los notarios que en él se desempeñan y/u otras referencias profesionales, tales como la sede, teléfonos y dirección de correo electrónico.

4. Dejando atrás las transcripciones, matizaciones y comentarios sobre la ley que reglamenta con el desenvolvimiento de la función pública profesional que aquí interesa —algunas de cuyas normas han sido tachadas de inconstitucionalidad en esta causa—, adquiere significativa trascendencia la definición dada por el **Primer Congreso Internacional del Notariado (1948)** respecto al quinto punto del temario, donde se dejó sentado: ***Que el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido.***<sup>3</sup> // ***En su función, está comprendida la autenticación de hechos***<sup>3</sup>, lo que fue reiterado, una y otra vez, a lo largo de prácticamente seis décadas, quedando recogido en la enunciación de los principios que constituyen la esencia de nuestro modelo notarial, según formal declaración de la ***Unión Internacional del Notariado Latino***<sup>4</sup>, aprobada en la **Asamblea General** por los representantes de los numerosos países miembros<sup>5</sup>, en Roma, República de Italia, en **noviembre de 2005**. Allí, en el título I: *Del Notariado y de la Función Notarial*, se establecieron las siguientes notas basilares: **1. El notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para**

<sup>3</sup> Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), tomo I: “Congreso”, p. 184, Edición del Colegio de Escribanos, Buenos Aires, 1948.

<sup>4</sup> La Unión Internacional del Notariado fue fundada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1948, con la concurrencia de representantes de notarios de diecinueve países.

<sup>5</sup> Hoy, integran la Unión las entidades que nuclea al notariado en las siguientes naciones: Europa (34): Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Londres, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Republica Checa, Republica de Macedonia (Fyrom), Republica San Marino, Rumania, Rusia, Suiza, Turquía, Vaticano; América (23): Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Republica dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Luisiana (USA), México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Venezuela; África (15): Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Republica Centrofricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Malí, Marruecos, Níger, Senegal, Togo; Asia (3): China (Republica popular), Indonesia, Japón.

**conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios. // 2. La función notarial es una función pública, por lo que el notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado. // 3. La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia**<sup>6</sup>.

5. Vista ahora la cuestión de la naturaleza jurídica de la función notarial desde el ángulo del **derecho judicial** más reciente, sin perjuicio de que la nota del art. 1.112 del Código Civil la caracterice como la propia de los funcionarios públicos, un pronunciamiento emblemático lo constituye el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1984, en la causa “**Jorge Fernando Vadell v. Provincia de Buenos Aires**” (Fallos: 306:2030), en donde se brindan adecuadas precisiones en el sentido de que **el escribano de registro**, si bien es un profesional del derecho que no integra la administración pública, **ejerce una función pública por la investidura que como fedatario le confiere el Estado.**

La doctrina del pronunciamiento, si bien gira en torno a la responsabilidad del Estado por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos ante una fuga de información por parte del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en lo que al notariado en particular interesa, sentó las siguientes premisas: a) si bien no caben dudas de que el escribano, como fedatario, cumple una función pública por la investidura con que el Estado lo somete a su superintendencia (arts. 17, 35 y sigs. de la ley n° 12.990<sup>7</sup>), es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio, ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración; b) El escribano de registro es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico

<sup>6</sup> [http://www.onpi.org.ar/informacion\\_bases.php4](http://www.onpi.org.ar/informacion_bases.php4)

<sup>7</sup> La ley referida, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 25 de julio de 1947, regulaba las funciones del Notariado en la Capital Federal y en los territorios nacionales, disponiendo que todo lo relativo a su aplicación correspondería al Colegio de Escribanos. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quedó sin efecto con la entrada en vigencia de la ley local n° 404, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 22 de julio de 2000 (cfr. su art. 180).

privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos; c) La referencia contenida en la nota al art. 1.112 del Código Civil que menciona a los escribanos entre los agentes públicos —ubicada en su preciso contexto temporal, por ser anterior a la vigencia de las leyes n<sup>os</sup>. 1.144 y 1.983, que distinguen entre la fe pública notarial y la judicial— no es suficientemente indicativa si se toma en cuenta que, aún en aquellas normas, los escribanos de registro tenían su regulación junto a los escribanos secretarios —éstos sí incuestionablemente funcionarios estatales— en el marco de las leyes destinadas a ordenar la organización de los tribunales bajo la genérica definición de escribanos públicos; d) Aún de admitir que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente. Parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se pretende definir como funcionario público, como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos como los que contempla la ley n<sup>o</sup> 12.990; e) El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos.

Iguals premisas se reiteraron por el Tribunal cimero *in re*: “**Blanca Teodora Franco v. Provincia de Buenos Aires—Ministerio de Gobierno**” (Fallos: 325:2968), sentencia del 12 de noviembre de 2002, causa en la cual, si bien se dejó de lado una norma contenida en la ley n<sup>o</sup> 9.020 Orgánica del Notariado en la Provincia de Buenos Aires, que contenía una discriminación etaria al limitar el ejercicio de la apuntada profesión al alcanzar los 75 años de edad, reafirmó la doctrina anticipada *in re*: “Vadell”, al señalar en lo que aquí interesa que: a) la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues **la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado**; b) La concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación de la profesión contiene, en el sentido de que debe revocarse aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo; c) La situación de **los escribanos públicos** es diferente de quienes desempeñan un empleo público, pues si bien **son asimilados a los funcionarios o agentes públicos, en cuanto el Estado les ha delegado el ejercicio de relevantes funciones**, no se encuentran sujetos a las potestades de organización de la administración estatal a que se hallan sometidos aquellos; d) Si bien **no cabe duda de que los escribanos**

**cumplen como fedatarios una función pública**, es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público, pues no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales pues cuyas plantas funcionales no integran, no están sometidos al régimen de subordinación jerárquica que les es propio, ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración.

Cabe enfatizar aquí, que a la luz de los precedentes antes indicados, más allá de que el escribano de registro no sea un funcionario público integrante de la estructura burocrática del Estado, no revista como estipendiario de aquel, ni se encuentre sometido a su poder jerárquico, cumple una función pública —la fedataria— por investidura de la autoridad competente —el Poder Ejecutivo— luego de la acreditación de los extremos que lo habilitan para llenar tal cometido y luego de sorteados los recaudos de selección que la ley establece.

La **función pública**, por lo demás, **no es competencia exclusiva de los funcionarios públicos permanentes y rentados del aparato burocrático estatal**, ya que tal actividad puede ser desplegada por personas de existencia ideal, como ocurre con los *colegios profesionales*, tan arraigados en nuestras tradiciones<sup>8</sup>. Adviértase al respecto que, en esta jurisdicción, tanto el poder de policía sobre la abogacía, como el gobierno de la matrícula, han sido puestos, por la ley n° 23.187, en cabeza del **Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**, alumbrado con sustento en dicha norma, que, como su nombre lo indica reviste el carácter de **ente público no estatal** a partir de la delegación transestructural del control del ejercicio y poder disciplinario sobre la profesión, hasta ese momento a cargo de los distintos tribunales y de la Subsecretaría de Justicia de la Nación (cfr. arts. 17 a 19 de la ley antes señalada), ejerciendo por tanto, indiscutibles funciones públicas. La conclusión precedente cabe extenderla a otros colegios profesionales, como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Otros ejemplos de funcionarios públicos o de cumplimiento de funciones y/o cargas públicas por parte de quienes no pertenecen a la estructura burocrática del Estado y/o no son estipendiarios del mismo, se comprueban: a) en el **Código Nacional Electoral** —decreto n° 2.135/1983 y sus modificaciones— cuando se alude a las **autoridades de mesa** (arts. 72, siguientes y concordantes); y b) en el decreto n° 2.265/94, modificatorio del decreto 644/89, en lo relativo a los **Encargados de los Registros Seccionales** dependientes de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la **Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios**, donde se enfatiza que, **si bien son funcionarios públicos dependientes de la apuntada Dirección, tal vínculo no constituye relación de empleo**,

---

<sup>8</sup> El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires como institución civil fue fundada el 7 de abril de 1886, constituyéndose en un fenómeno pionero en la agremiación de profesionales de nuestro país.

estando regido en los aspectos orgánico-funcionales por las reglas de la apuntada norma.

6. En mérito a los fundamentos hasta aquí brindados que se sustentan en el *texto expreso de la ley n° 404* —Ley Orgánica del Notariado porteño—; en los *rasgos que caracterizan la función notarial en cuanto adscribe al modelo del denominado notariado latino* y a la *jurisprudencia de nuestro Tribunal cimero*, cabe concluir que **indiscutiblemente el notario es titular de una función pública en mérito de un acto de investidura practicado por el Estado, que lo habilita para conferir autenticidad a los actos que autoriza o a las certificaciones que extiende**. Ello así, como ya se ha dicho, quien esté capacitado jurídicamente para acceder a la función notarial en virtud de su acreditación universitaria —poseer título de abogado o grado equivalente— no puede invocar un derecho a ser investido en una función pública esencial como es la de ser magistrado judicial o fedatario, ya que ello dependerá que los demás requisitos que razonablemente establezca la Legislatura para dar satisfacción a la exigencia de idoneidad a que alude el art. 16 de nuestra Carta Magna.

La idoneidad a la que se ha hecho mérito requiere, para algunos, seleccionar aquellos que en el ejercicio de la misión pongan un cuidado exquisito —casi diría veneración—, por el cumplimiento de las disposiciones y formalidades del derecho positivo, por las que, en la calidad de oficiales públicos, aseguran la validez y licitud, y acreditan auténticamente los hechos y actos que forman la trama de la vida<sup>9</sup>.

### III. El requisito de la nacionalidad nativa o por naturalización exigida para los escribanos de registro.

7. A esta altura **corresponde determinar, frente a la trascendencia jurídica, social y económica que se ve comprometida en la tarea de dar fe pública** a actos y contratos pasados en presencia del notario, si la apuntada *función pública esencial* —atributo del Estado como poder público que se traslada a determinados profesionales del derecho en un acto formal de selección e investidura— **autoriza a la Legislatura a recabar** de los aspirantes a escribanos de registro **el recaudo de la nacionalidad, natural o por adopción, para conformar en plenitud la**

---

<sup>9</sup> Las palabras antedichas, con las adaptaciones del caso, han sido recogidas del mensaje de S.S. Paulo VI con motivo de la celebración del VIII Congreso del Notariado Latino, realizado en la ciudad de México en octubre de 1965 y leído en la Catedral de esa ciudad el 3 de octubre de dicho año. El párrafo referido del sumo pontífice literalmente expresa: “*El ejercicio de vuestra misión, por otra parte, exige un cuidado exquisito —casi diríamos veneración— por el cumplimiento de las disposiciones y formalidades del derecho positivo, por las que, en vuestra calidad de oficiales públicos, aseguráis la validez y licitud, y acreditáis auténticamente los hechos y actos que forman la trama de la vida*” (Antolín López Peláez, Su Santidad Pío XII y Su Santidad Paulo VI: *El Notariado*, Colegio de Escribanos, Buenos Aires, 1971).

**idoneidad para el cargo**, sobre la base del compromiso que se supone de aquellos que han nacido dentro de sus fronteras o que, respondiendo a la invitación del Preámbulo, han decidido habitar el suelo argentino, comprometiéndose singularmente al recabar su ciudadanía.

En diversas oportunidades tuve que pronunciarme sobre la constitucionalidad de normas que, al regular el ingreso a diferentes actividades, imponían el requisito de nacionalidad argentina. Considero, por tanto, que resulta pertinente realizar una breve referencia de los razonamientos oportunamente vertidos ya que los mismos sirven de cauce para abordar la cuestión planteada en el *sub examine* y vislumbran una continuidad en las ideas que les sirvieron de inspiración.

**8. En dos ocasiones y en cumplimiento de roles diversos —Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Ministro de este estrado—, me tocó expedirme sobre la exigencia de la nacionalidad para ingresar a la docencia.**

La primera, al dictaminar por el *Ministerio Público Fiscal* ante la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en la causa: **“Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires”** (Fallos: 311:2272), sentencia del 8 de noviembre de 1988. Allí sostuve que las disposiciones del **Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires**, en cuanto imponían el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida, para ejercer la docencia con carácter titular o suplente a una maestra jardinera en un **establecimiento privado**, resultaba irrazonable y, por tanto, debía declararse inconstitucional por contravenir el *“espíritu humanista que inspiró en este tema —materia educativa— a nuestros padres constitucionales a la luz de los principios de igual índole que caracterizaron el pensamiento de Alberdi al fundar su política fundamental inmigratoria”* (sic), criterio que, en lo pertinente, hiciera suyo el Alto Tribunal.

Posteriormente, en una segunda oportunidad, al resolver la causa: **“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”**, expte. n° 3.103/04, sentencia del 31 de marzo de 2005 —en la que se planteaba la inconstitucionalidad de la exigencia de nacionalidad argentina que el **Estatuto del Docente** (ordenanza n° 40.593) imponía como regla general para ingresar a la carrera docente en **escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**<sup>10</sup>—, consideré que el mencionado requisito para el

---

<sup>10</sup> El “Estatuto del Docente”, en lo que aquí interesa, fue modificado con posterioridad al dictado de la sentencia por la ley n° 1696, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires el 17 de junio de 2005, lo que demuestra que, en determinados casos, en que no está comprometida la función pública o el desempeño de cometidos estratégicos para el Estado, es del resorte del Poder Legislativo modular el requisito de la nacionalidad. Así, por el art. 1° de esta norma se sustituyó el inc. a) del art. 14 de la ordenanza n° 40.593, que quedó redactado de la siguiente forma: *Ser argentino, nativo, por opción, naturalizado o extranjero. En todos los casos dominar el idioma castellano. En el caso que el aspirante sea ciudadano extranjero deberá acreditar: 1- la existencia de título suficiente que lo habilite*

acceso a la carrera docente de nivel primario en las escuelas públicas resistía exitosamente el examen de constitucionalidad. Allí argumenté:

“En primer término, porque **los derechos a trabajar y enseñar no se ven suprimidos sino reglamentados parcialmente**. Es necesario enfatizar que, a tenor del principio de *relatividad*, todos **los derechos de rango constitucional lo son con el alcance y extensión que les asignen las leyes que reglamenten su ejercicio** (art. 14 de la Constitución nacional), **más allá de que dicha legislación requiera satisfacer la regla de la razonabilidad** (art. 28 y 33 del mismo plexo).

”Además en esta causa no se ha alegado que exista un impedimento para que los docentes extranjeros puedan ejercer esos derechos en el ámbito privado. Los extranjeros también pueden ejercer la docencia en el área de Educación Superior de las escuelas públicas, pues el Estatuto del Docente contempla de manera expresa la posibilidad de ingreso a la carrera, aunque en casos determinados.

”Sobre el último aspecto de la norma objetada, la accionante argumenta que, con el dictado de la ley n° 668, en tanto establece que se admitirán extranjeros como docentes en el área de Educación Superior cuando ‘razones de idoneidad así lo requieran’, la Legislatura ha efectuado una delegación inconstitucional al establecer un *standard* vago e indefinido ‘que deja en manos de la Administración la fijación de las pautas destinadas a establecer cuáles docentes extranjeros se encuentran habilitados para ejercer la docencia’...

”Este argumento, que se pretende fundar en el supuesto exceso por parte del órgano legislativo, debe ser descartado, pues, tal como lo expresa en el punto 11 de su voto mi colega el doctor Luis F. Lozano, no existe una violación a los arts. 10, 84 y 103 de la Constitución de la Ciudad, toda vez que la facultad de decidir en cada caso concreto si un solicitante de nacionalidad extranjera resulta idóneo para ingresar a la carrera docente en el área de Educación Superior, es una actividad de naturaleza típicamente administrativa. Por supuesto que nada corresponde expresar respecto de las referencias que la accionante efectúa acerca de la regulación de la delegación legislativa contenida en la Constitución nacional (arts. 76 y 99, inc. 3°), pues la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se da sus propias instituciones y se rige por ellas —si bien de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental—, de conformidad con lo establecido en el art. 129 de la misma Carta Magna.

”En cuanto a la limitación que, esta vez sin excepciones, se establece para acceder a la carrera docente en áreas distintas a la de Educación

---

*para el ejercicio de la actividad de que se trate; 2- el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley Nacional de Migraciones para su residencia en el país; y 3- A los efectos de esta ley, podrán ser equiparados a los argentinos nativos los hijos de por lo menos un progenitor argentino nativo, que circunstancialmente hubieran nacido en el exterior con motivo del exilio o radicación temporaria de su familia, y tuvieran pendiente la tramitación para la obtención de la ciudadanía.*

Superior, considero que esa limitación encuentra un sustento razonable por los fundamentos que a continuación paso a expresar.

”En lo que respecta a la educación primaria, el Estado tiene un interés fundamental en la misma y de éste se desprende que exista una regulación diferenciada de los requisitos de idoneidad de los aspirantes a la carrera docente. Participando de este temperamento, Joaquín V. González ya ha dicho que ‘(l)a instrucción se divide en *primaria, secundaria y superior*, siendo la primera categoría la que los Estados reconocen como de su primordial deber, como fundamento de toda función social y política. Es lo que se llama propiamente la escuela, y de la cual hablan en general las Constituciones’ (Joaquín V. González: *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª edición, parágrafo 165, p. 176, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1983).

”El Estado considera que los niños que se encuentran en determinada edad escolar y concurren a las escuelas públicas deben formarse con maestros que deben reunir, entre otros requisitos de idoneidad, el de la nacionalidad argentina. ¿Por qué? La misma ordenanza lo explicita en su art. 6º, inc. b). En este punto, también cabe mencionar lo expresado hace más de un siglo por el prestigioso publicista ya citado cuando dijo: ‘En toda nación libre la escuela debe realizar estos tres conceptos: crear su cultura *humana*, encaminarla a fortalecer y perpetuar la *nacionalidad*, y hacer al pueblo capaz de gobernarse por sí mismo y realizar con verdad los propósitos generales y especiales de la *Constitución*’ (Joaquín V. González, ob. cit., p. 175).

”Ya los jueces Augusto C. Belluscio y Enrique C. Petracchi, en los considerandos 12 y 13 de su voto concurrente en la conocida causa ‘*Gabriel Darío Arenzon v. Nación Argentina*’ (*Fallos*: 306:400), sentencia del 15 de mayo de 1984, resaltaron —a la hora de descalificar una regulación que imponía como requisito para el ingreso al profesorado la estatura mínima de 1,60 metros—, ‘que los docentes del preprimario y primario trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social... También es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital’.

”El requisito de la nacionalidad, por sí solo, no convierte a una persona en idónea para cumplir con los deberes que las leyes de educación le imponen —aptitudes que deberán ser apreciadas, en cada caso, por la autoridad administrativa correspondiente—, pero sí permite suponer, en ese individuo que posee la nacionalidad, un mayor compromiso con la comunidad que lo recibe. Es por ello que resulta razonable el requisito de nacionalidad establecido en la normativa en cuestión.

”Las reflexiones precedentes, **en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el**

**art. 20 de la Constitución Nacional—, convierten el requisito de la nacionalidad para la docencia oficial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, incluso la docencia en establecimientos privados.**

”En definitiva, la cuestión podrá ser debatible en el plano del control difuso de constitucionalidad y ante un *caso concreto* (cfr. doctrina de la causa: ‘*Calvo y Pesini*’<sup>11</sup>), pero no mediante un escrutinio ejercitado en abstracto que conduciría a la pérdida de vigencia de la norma con efectos *erga omnes*. Es que no se advierte la irrazonabilidad de las disposiciones atacadas en abstracto, a la luz de los objetivos específicos que se contemplan en el conjunto de disposiciones que disciplinan la prestación del servicio estatal de educación pública. Además, como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico.

**”Y preservo la posibilidad de impugnación por vía del control difuso de inconstitucionalidad, para aquellos casos en los cuales pueda invocarse y acreditarse que la idoneidad del postulante en virtud de su compromiso con los valores nacionales es equivalente o igual al que pueda ostentar, en términos de estándar medio, un docente argentino.**

”Valga añadir que en el sentido más simple y lineal con que puede entenderse el *Estatuto Docente*, el mismo conjuga el verbo y participa de la filosofía explicitada por la Reforma Constitucional de 1994, una década después. Es ello así, en tanto la Ciudad de Buenos Aires ha entendido, anticipadamente a la concreción constitucional explícita del ideario argentino en educación, que la enseñanza pública debe comprometerse en brindar a los hijos de sus vecinos una formación, a partir de recursos docentes idóneos por su nacionalidad argentina, que priorice la *unidad nacional*, que tienda a *proteger la identidad y pluralidad cultural*, que se ocupe de *reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas* y que, asimismo, *tome a su cargo promover los valores democráticos* (art. 75, incs. 17, primer párrafo y 19, tercero y cuarto párrafo de la Ley Suprema).

”El pensamiento idealista que expresa la frase de Sócrates que refiere al hombre como *ciudadano del mundo*, fue perdiendo el sentido altruista primigenio, constatable por la mundialización o globalización de la posmodernidad que, descarnadamente, ha entrañado la pretensión de una dominación universal por algunos países que la proyectan en lo político,

---

<sup>11</sup> A esta causa se hará referencia más adelante en el curso del presente voto. En ella recayó sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24 de febrero de 1998 y está registrada en *Fallos*: 321:1096,

económico y cultural, bajo la disuasión de su indiscutible poderío financiero y bélico. Es que ha quedado sin respuesta el desafío lanzado por su S.S. Juan Pablo II en el *Mensaje al Movimiento Mundial de Trabajadores Cristianos*, reunidos en San Pablo, Brasil, en mayo de 2000, cuando, al confirmar el fenómeno de la globalización, invitaba a gerenciarlo con sabiduría, para que, en todo caso, pudiera promoverse en tal marco la *globalización de la solidaridad*, no sólo en el seno de cada país sino, fundamentalmente, en las relaciones entre las naciones del mundo entero, escapando a una visión fundada únicamente en criterios económicos, y aceptada por los postergados como la inevitable consecuencia de mecanismos ciegos.

”Así, los comunes denominadores que permitieron hablar de una patria humana universal, se ven desmentidos en el campo de la realidad concreta lo que obliga a una Argentina postergada a reafirmar y defender su identidad, valiéndose del instrumento poderoso de la educación y reivindicando los valores del patriotismo. Tal ideario no será nunca consigna de agresión, expansión o conflicto, sino un himno de hermandad fraguado en los ideales de Mayo.

**”El sentimiento de adhesión filial a la Patria se levanta hoy en los más variados continentes y latitudes y se convierte en un medio eficaz para conjurar actitudes que comprometen hasta la integridad misma del propio suelo. Es por ello que el maestro público argentino puede y debe estar identificado en el espíritu cívico y patriótico que resalte los ideales esenciales de nuestra nacionalidad, en un permanente retorno a las fuentes de nuestro origen como nación, a su cultura, a sus próceres, valores y símbolos más preciados. Es que el docente nacional —desde las más diversas ópticas propias del pluralismo— puede pulsar como ninguno ese espíritu colectivo forjado a lo largo de nuestra historia, pues una educación carente de valores nacionales importaría tanto como condenar al educando al destierro y ostracismo en su propia patria.**

**”La Patria y la Nación no son una escala en una larga travesía, una bandera de conveniencia, ni un puerto de reparo. Requieren de quienes comparten vínculos de pertenencia una actitud de decidido compromiso en el camino de la libertad y solidaridad recorrido, y por recorrer”** (fin de la transcripción de mi voto en los autos referidos, aclarándose que el énfasis en negrita, en este caso, ha sido añadido).

9. En la causa: **“Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja”**, expte. n° 361/00, sentencia del 20 de junio de 2000 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. II, 2000, p. 154 y ss.), una abogada de nacionalidad alemana había impugnado judicialmente el requisito de nacionalidad argentina establecido por el Consejo de la Magistratura local para participar en un concurso para el cargo de secretario/a judicial. En aquella oportunidad, sostuve:

“... (E)ntrando al fondo de la cuestión, esto es: ¿Se ajusta a derecho la incorporación por parte del Consejo de la Magistratura de una restricción basada en la nacionalidad como requisito de exclusión en un concurso para Secretario Judicial?, adelanto mi respuesta en sentido afirmativo, por entender que ello no importa frustración de derechos o garantías constitucionales consagrados en el Estatuto Federal ni en la Constitución local.

”a. La generosa invitación contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1853 a *todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*; la consagración del principio conforme al cual en la Nación Argentina *todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*, art. 16; la amplia equiparación de los extranjeros para el ejercicio de *todos los derechos civiles del ciudadano*, plasmada en el art. 20; la directiva por la cual *el Gobierno federal fomentará la inmigración europea*, a que se refiere el art. 25 (todos preceptos de la Ley Fundamental Nacional); cuanto la prohibición de *discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia... nacionalidad... o cualquier circunstancia que implique distinción, restricción o menoscabo*, obligando a que la Ciudad remueva *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*, recogida por el art. 11 de la Constitución local, deben entenderse como un medio de evitar que la ley introduzca injustas, odiosas o arbitrarias discriminaciones en contra de los extranjeros y, correlativamente, indebidos e injustificados privilegios en favor de los nacionales, por lo cual no se requiere de una equiparación rigurosa, estricta y matemática de los derechos de unos respecto de los de los otros.

”b. Tempranamente el Tribunal cimero al resolver la causa: ‘*Criminal c. D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión*’, sentencia del 1º de mayo de 1875 (*Fallos*: 16:118), por remisión a los fundamentos del Juez de Sección, dejó sentado que ‘la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de lo que se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social’.

”c. De detenernos a considerar el *bloque de legalidad* (en la terminología de Maurice Hauriou) que fija las coordenadas fundamentales para el desempeño de cargos electivos o funciones públicas en la República Argentina, advertiremos que además de la exigencia de nacionalidad argentina —adquirida en alguna de las formas reconocidas por nuestro derecho público: nativa, por opción o por naturalización— requerida en la Constitución Federal y en las constituciones locales, también se hace

presente en diversos regímenes jurídicos particulares, en especial los atinentes a la *función pública judicial*.

”La **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, ejerciendo la competencia constitucional primaria que le asignara con carácter explícito y excluyente el art. 99 del Estatuto Fundamental (texto 1853/1860) dictó, por **Acordada del 17 de diciembre de 1952**, el **Reglamento para la Justicia Nacional**, pudiendo leerse entre sus ‘Disposiciones Generales’, capítulo 1: **‘Magistrados, funcionarios y empleados’** que se ha fijado como: ‘Requisitos para el nombramiento de funcionarios y empleados’, por el art. 11: ... **ser argentino, mayor de edad y tener estudios secundarios completos**; y para ser empleado, ser argentino, mayor de 18 años, tener los mismos estudios y rendir un examen de suficiencia en mecanografía, redacción y ortografía, sin perjuicio de otros requisitos que puedan exigirse...

”En armonía con la disposición transcrita, el **decreto ley n° 1.285/58** de **‘Organización de la Justicia Nacional’**, ratificado por la ley n° 14.467, vino a disponer por el art. 12: **Para ser secretario o prosecretario de los tribunales nacionales, se requiere ser ciudadano argentino, mayor de edad y abogado graduado en universidad nacional...**

”En materia de escribanos de registro —*fedatarios*, al igual que los secretarios judiciales—, la **Ley Orgánica del Notariado n° 12.990**, vigente en la Capital Federal, en la sección primera: *‘De los escribanos en general’*, capítulo I: *‘Condiciones para el ejercicio del Notariado’*, ha fijado por el art. 1º, como primer requisito: **Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso tener diez años de naturalización**<sup>12</sup>, precepto

---

<sup>12</sup> Paola Andrea Pelusso, en un artículo titulado: “Acceso a la función notarial. Requisitos”, incluido en la obra colectiva dirigida por la académica Cristina Noemí Armella: *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, tomo I, ps. 51 y ss., en particular p. 62, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, señala que el decreto n° 2284/91, modificó los requisitos para acceder al cargo de escribano público titular en la Capital Federal, al derogar en su art. 12 el requisito de la nacionalidad argentina para la adjudicación de un registro notarial, agregando: “de esta forma, un extranjero, puede acceder al mismo, si acredita su residencia por dos años o más en el país”. Discrepamos con la aludida interpretación ya que el art. 12 del decreto n° 2284/91, dictado con fundamento en los reglamentos de necesidad y urgencia y en las habilitaciones que pudieran inferirse de las leyes n°s 23.696, 23.697 y 23.928, tan solo vino a disponer: *Art. 12: Déjanse sin efecto en todo el territorio de la Nación todas las limitaciones al ejercicio de las profesiones universitarias o no universitarias, incluyendo las limitaciones cuantitativas de cualquier índole, que se manifiestan a través de prohibiciones u otras formas de restricciones de la entrada a la actividad de profesionales legalmente habilitados para el ejercicio de su profesión. // Déjanse sin efecto las restricciones cuantitativas establecidas por la ley n° 12.990. // El Ministerio de Justicia deberá dictar dentro de los treinta (30) días las normas reglamentarias pertinentes.* Sobre el decreto de marras, que además de mostrarse impreciso e inatingente para suprimir un requisito para ejercer el notariado y no una limitación (entendida como incapacidad o incompatibilidad), cabe enfatizar que se convirtió en un ejemplo paradigmático de la quiebra de la división de poderes por la invasión ejecutiva en las facultades normativas del órgano depositario de la voluntad general —Congreso de la Nación—. En este sentido, los investigadores Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti (cfr. “Gobierno por decreto en Argentina —1989-1993—”, *El Derecho*, tomo 158, ps. 848 y ss., en particular p. 855, nota 22) han

particularmente relevante ya que en este caso el profesional de derecho que ejerce tal cometido lo hace como consecuencia de una delegación transestructural del Estado que lo habilita para la función de *dar fe pública*.

"En el orden nacional la ley n° 22.140 de '**Régimen Jurídico Básico de la Función Pública**', en el capítulo III: 'Ingreso', dispuso por su art. 7° la necesaria acreditación de distintas condiciones, entre ellas, por el inciso d) la de ***ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía***; indicando a continuación que *las excepciones a cualquiera de estos dos requisitos podrán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo en cada caso*. Al mismo tiempo, por la ley n° 25.164, '**Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional**', sancionada el 15 de septiembre de 1999, que derogara la anteriormente referida, en el capítulo II: 'Requisitos para el ingreso', ha mantenido, por el art. 4°, inc. a), el de ***ser argentino nativo, por opción o naturalizado, agregando: El Jefe de Gabinete de Ministros podrá exceptuar el cumplimiento de este requisito mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante***.

"En el orden local, la ordenanza n° 40.401 (publicada el 8 de marzo de 1985), conocida como '**Estatuto del Personal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**', capítulo II: 'Del ingreso', ha venido a prescribir como requisitos esenciales por el inciso a) del art. 4°, ***ser argentino nativo, por opción o naturalizado, disponiendo luego: por excepción podrán admitirse extranjeros, cuando la naturaleza de la actividad lo permita o lo justifique, debiendo fundamentarse tal circunstancia en el acto de designación***.

"El **Consejo de la Magistratura**, si bien en el 'Reglamento de Concursos para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires', aprobado por la ya citada resolución n° 93/99 del 31 de agosto de 1999, previó en el art. 10 referente a *solicitud*, art. 10.1.4., la necesidad de que el aspirante detallara *si es argentino nativo o naturalizado*, sin que tal mención convirtiera con certeza a la nacionalidad en requisito ineludible para el cargo, tal circunstancia ha venido a ser superada

---

señalado que por el apuntado "mega-decreto" de necesidad y urgencia se derogaron o modificaron no menos de cuarenta y tres leyes del Congreso. Es del caso añadir que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Corrientes, en una nota a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrada en *Fallos*: 321:2086, se pronunció críticamente en contra de los decretos de desregulación con proyección en este ámbito profesional, entre ellos, el que aquí es objeto de cita, marcando el error de *comprender a la fe pública notarial dentro de la oferta general de servicios... queriéndola convertir en un objeto comercial... toda vez que la facultad de dar fe constituye una concesión del Estado en su calidad de oficiales públicos*, agregando que la desregulación de las actividades profesionales en pos de una economía de mercado podrá sólo ser aplicable a aquellas en que no estén en juego potestades del Estado; por tanto, *someter al notariado a las reglas del mercado es atentar contra los principios básicos del mismo... y contra la seguridad jurídica*. Ello así, por cuanto *no se puede producir a escala la autenticidad sin atentar contra la intermediación* (en referencia a la eliminación del régimen del notariado de número); para agregar *no se puede negociar la fe pública sin atentar contra la imparcialidad* (<http://www.escribanosctes.com/>).

con el dictado de la resolución nº 2/2000 del 1º de febrero del año en curso que aprueba como anexo el **‘Reglamento Interno del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’**, en cuyo título II: ‘Régimen Jurídico Básico de la Administración de Justicia’, párrafo: ‘Requisitos y condiciones para la designación de funcionarios’, se han establecido en lo relativo a **Secretario Letrado y Prosecretario Letrado** los recaudos de **ser argentino, abogado con título otorgado por Universidad debidamente habilitada para su expedición, o con título extranjero similar...** (art. 2.3.1.), precepto que adquiere en la especie el carácter de interpretación auténtica y complementaria en el punto que aquí interesa. Valga agregar que por el art. 2.5. (nacionalidad), se dejó dispuesto: **El requisito de ser argentino se cumple siendo nativo o naturalizado. El Consejo de la Magistratura puede, en casos excepcionales, autorizar la designación de funcionarios o empleados de nacionalidad extranjera, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen.**

”Finalmente, en esta instancia, al aprobarse el 22 de diciembre de 1998, mediante el voto unánime de sus jueces, por Acordada nº 7/98, el **‘Reglamento del Tribunal Superior de Justicia’**, en el capítulo 3º: ‘Designación y extinción de la relación’, artículo 14: **‘Requisitos y condiciones de los funcionarios judiciales’**, se estableció, en armonía con todas las disposiciones hasta aquí referenciadas, para los Secretarios Judiciales, Secretarios Letrados y Prosecretarios Letrados, **la exigencia de ser argentino.**

”d. El requisito de la nacionalidad argentina para quienes desempeñen la *función pública judicial* se ve recomendada —sometido el recaudo de la nacionalidad a la regla y prueba de razonabilidad, que propician los arts. 28 y 33 de la Constitución argentina— porque de tal modo se propende a lograr en los estratos superiores de uno de los poderes del Estado que expresan su soberanía, la actuación de ciudadanos consustanciados con la idiosincrasia del país, embebidos de su historia y tradición cultural y portadores del compromiso cívico que presupone el ejercicio pleno de los derechos políticos en una república.

”Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país —tal cual lo contempla y garantiza el art. 20 de la Constitución Nacional—, convierten el requisito de la nacionalidad para la función judicial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país que aspiren a reivindicar en plenitud el *gobierno de propios* en los tres poderes del Estado, sin tutelas, asistencias o intervenciones foráneas. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud los mismos derechos civiles que a los ciudadanos e, incluso, en el orden local, limitados derechos políticos.

”Las afirmaciones precedentes son congruentes, a su vez, con otras políticas legislativas y dictámenes de la Procuración del Tesoro, cuando ésta entendió, en el plano de la justicia, que resultaba un menoscabo a la soberanía someter a la Nación a la jurisdicción de tribunales extranjeros y a la ley foránea, como renunciar a la inmunidad soberana del Estado.

”Otro tanto puede predicarse de diversas normas que en el pasado consagraron el *compre nacional*, instrumento destinado a promover, a través de la utilización por el sector público de insumos *hechos en la Argentina*, un estímulo a la generación de mayores fuentes de trabajo en el país, hoy inmerso en una penosa situación de desempleo.

”e. He sostenido en su oportunidad, al dictaminar por el Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *’Inés María Repetto v. Provincia de Buenos Aires’*, sentencia del 8 de noviembre de 1988 (*Fallos*: 311:2272), que las disposiciones del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto imponía el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida, para ejercer la docencia con carácter titular o suplente a una maestra jardinera en un establecimiento privado, resultaba irrazonable y, por tanto, debía declararse inconstitucional....

”Dos son, sin embargo, las razones que, sin variar mis concepciones, me llevan a arribar a una solución contraria en este caso. La primera: que la restricción que se cuestiona no proviene de una reglamentación subalterna, sino que emana y ha sido dictada por un órgano constitucional como el Consejo de la Magistratura en ejercicio de una competencia legítima asignada por el art. 116 inc. 5º del Estatuto Supremo local (ámbito de reserva propio), como las que pueden corresponder a los otros poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislatura (arts 80, 81, 82 y 83) o Jefe de Gobierno (arts. 102, 104 y 105), e idéntica a la que retiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación para dictar su *reglamento interior* y nombrar a *sus empleados* (art. 113, en este caso de la Constitución Federal). La segunda: que lo que está en juego en la especie es el desempeño de una función pública —‘el servicio de justicia’—, a través de cargos jerárquicos que requieren arraigo y compromiso con la Nación para conformar el requisito de *idoneidad* exigido por el art. 16 de la Constitución argentina para la admisibilidad en los empleos públicos, más aún cuando ellos importan el ejercicio de funciones trascendentes como las enumeradas en el art. 31 del CCAT.

”Valga advertir que la situación no es análoga a la abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: *’Rocío Calvo y Pesini v. Provincia de Córdoba’*, sentencia del 24 de febrero de 1998 (*Fallos*: 321:194), causa en la que se ventiló la compatibilidad constitucional del art. 15 de la ley nº 7.625 de la Provincia de Córdoba que requería la nacionalidad argentina, entendiéndose irrazonable como requisito de idoneidad para la función o empleo de una psicóloga de un hospital público, resolución en la que el Alto Tribunal previno, incluso, que era menester

juzgar la condición *en concreto*, como lo había hecho en el precedente de *Fallos*: 290:83, donde se exigía *la ciudadanía* —y sólo la nativa o por opción—, como requisito para los cargos de prácticos marítimos, justificándola como razonable, al vincularse tal función con la seguridad y soberanía de la República” (fin de la transcripción de mi voto en los autos referidos, aclarándose que el énfasis en negrita, en este caso, ha sido añadido).

10. La accionante embate contra las regulaciones del notariado local que establecen el requisito de la nacionalidad argentina nativa o naturalizada para la inscripción en la matrícula profesional como si se tratara de una caprichosa excentricidad de nuestro ordenamiento, merecedora de ser estudiada por la *teratología jurídica*<sup>13</sup>. Al respecto, valga señalar que estamos en presencia de un *principio común de derecho recibido*, presente en el derecho público argentino a lo largo y a lo ancho de los más diversos ordenamientos provinciales.

Así la ley nº 9.020 de la **Provincia de Buenos Aires**, por su art. 26, al fijar los extremos que deberá acreditar el interesado para inscribirse en el Registro de Aspirantes que llevará el Colegio de Escribanos, consigna en el inc. 2: *ciudadanía argentina nativa o por naturalización*.

En la **Provincia de Catamarca**, la ley nº 3.843, art. 1º, dispone: *Para ser titular o adscripto de un Registro Notarial se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso tener cinco años de naturalización*.

La **Provincia del Chaco**, en su ley notarial nº 2.212, art. 9º, inc. 3, prescribe: *Para ejercer funciones notariales se requiere matricularse y a tal efecto el interesado deberá: 3. Ser argentino, nativo o naturalizado. En este último caso deberá tener diez (10) años de naturalización como mínimo*.

La **Provincia de Chubut** ha consagrado en la ley nº 5.055, art. 4º, que: *La inscripción de la matrícula profesional será otorgada previa comprobación de los siguientes requisitos: a) Ser argentino nativo o naturalizado, con no menos de 10 (diez) años de naturalización*.

La **Provincia de Córdoba** tiene establecido por su ley nº 4.183, art. 1º: *Para acceder al ejercicio del notariado se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este último caso, tener 10 años por lo menos de ciudadanía en ejercicio*.

La **Provincia de Corrientes**, en la ley nº 1.482, que regula la actividad notarial, consagra: *art. 2.- Para ejercer la profesión de escribano público se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado y tener como mínimo 10 años de domicilio real, efectivo y continuo constituido en la Provincia, acreditando esta circunstancia con una certificación que será*

---

<sup>13</sup> Teratología: Estudio de las anomalías y monstruosidades del organismo animal o vegetal (cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001, www.rae.es).

*expedida por el Juzgado Electoral Nacional o autoridad judicial de la Provincia.*

La **Provincia de Entre Ríos**, por su ley nº 6.200, art. 22, prescribe: *El Poder Ejecutivo designará como titular de un registro notarial a quien cumpla con los siguientes requisitos: c) Ser argentino y nativo de la Provincia o tener dos años continuados e inmediatos anteriores de residencia efectiva en ella. El argentino naturalizado deberá tener además, cinco años de ejercicio de la ciudadanía.*

La **Provincia de Formosa**, por el art. 3 de la ley nº 1.219, dispone como requisito de acceso a la función notarial: *a) Ser argentino nativo o nacionalizado.*

La **Provincia de Jujuy**, en su ley nº 5.295, art. 78, exige para ser escribano titular o adscripto: *1. Ser argentino nativo o por opción, con residencia en la Provincia no inferior a cinco (5) años, cuando el aspirante no fuere nacido en la Provincia de Jujuy. El requisito de residencia indicado no será exigible cuando el aspirante adscripto acredite haberse desempeñado como escribano titular o de registro en otra provincia por el término de cinco (5) años como mínimo.*

En el decreto 205/1993 de la **Provincia de La Pampa**, que establece el texto ordenado de la ley nº 49, art. 1º, puede leerse: *Para ejercer la profesión de escribano se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado y en éste último caso con una antigüedad no menor de 5 años.*

La **Provincia de La Rioja**, por su ley nº 6.071, art. 2º, entre las condiciones para ser escribano, enumera: *a) Ser argentino nativo o naturalizado y en ambos casos tener una residencia inmediata y continuada en la provincia de cinco (5) años. Esto último no rige para los nativos de esta Provincia.*

La **Provincia de Mendoza**, en su ley nº 3.058 (texto ordenado 2005) por el inc. 2º, de su art. 77, requiere para ejercer funciones como notario: *2) Ciudadanía en ejercicio.*

La **Provincia de Misiones**, por el art. 2º, de la ley nº 4.373, señala que: *Para inscribirse en la matrícula profesional los notarios deberán reunir los siguientes requisitos: a) ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez (10) años de naturalización.*

La **Provincia de Salta**, en su "Código del Notariado" (ley nº 6.486), art. 32, dejó sentado que: *Para acceder al ejercicio de las funciones notariales se requiere: a) Ser argentino nativo o naturalizado con residencia, en ambos casos, no menor de diez (10) años en la Provincia.*

En el decreto-acuerdo nº 316/1992 de la **Provincia de San Juan**, establece en el art. 3, entre los requisitos para obtener la matrícula de notario o escribano público, inc. c): *Ciudadanía en ejercicio.*

La **Provincia de San Luis**, en el art. 6º de la ley nº 5.721, establece: *Para inscribirse en la matrícula profesional deberán reunirse los siguientes requisitos: a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización.*

La **Provincia de Santa Cruz**, en su ley n° 1.749, art. 1º, requiere para ejercer el notariado: *a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, en este último caso, con una antigüedad no menor de diez años.*

La **Provincia de Santa Fe**, en su ley notarial n° 6.898, art. 1º, inc. a), exige para ejercer el notariado: *Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, en este último caso con una antigüedad no menor de diez años.*

La **Provincia de Tierra del Fuego**, en su ley n° 519, regulatoria del ejercicio notarial, en su art. 6º, ha dejado dicho que: *Para ejercer el notariado, como profesión independiente, en la provincia de Tierra del Fuego, se requiere: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado, debiendo en este último caso, tener diez (10) años por lo menos de ciudadana en ejercicio.*

La **Provincia de Tucumán**, por el art. 11 de la ley n° 5.732, dejó sentado que: *Son requisitos indispensables para el ejercicio de la función notarial, los siguientes: a) Ser ciudadano argentino o naturalizado con cinco años de antigüedad.*

Los dispositivos relacionados se complementan con otros preceptos afines relativos al régimen jurídico de la función pública, en los que es habitual encontrar reglas sustancialmente análogas con las específicamente notariales en punto a la nacionalidad, comprendiendo, también por esta vía, a la actividad fedataria, en tanto se asuma que la misma importa el ejercicio de una prerrogativa pública por la investidura que realiza el Estado en los aludidos profesionales del derecho.

Debe añadirse que de la compulsas del derecho provincial comparado se comprueba que en distintas jurisdicciones —provincias de Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja y Salta— se reclama, además, domicilio real efectivo y continuo o residencia en la provincia por el término de dos a diez años, la que puede ser suplida en algunas —provincias de Entre Ríos, Jujuy y La Rioja—, en el caso de tratarse de aspirantes nativos de los antedichos estados locales; exigencias éstas que sólo se compadecen de ser requeridas para cargos públicos electivos, tratándose de funcionarios públicos o de quienes ejercen funciones públicas. Es que, únicamente en tales supuestos se concilian con el art. 8 de la Carta Magna federal cuando consagra que *(l)os ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás...* y con la jurisprudencia del Tribunal cimero *in re: “Bressani, Carlos H. y otros contra la Provincia de Mendoza, Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero”* (Fallos: 178:9), sentencia del 2 de junio de 1937, donde se dejó sentado que **la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo**, pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada; ha fundando una unión indestructible de estados indestructibles.

11. A su vez, no hay que perder de vista una realidad contemporánea, proyectando nuestra mirada de fronteras afuera, lo que nos enfrenta con el **proceso de integración económica**. De todos modos, cabe advertir, que el **Tratado de Roma**, suscripto el 25 de marzo de 1957, por el que se da existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE), en el título III: “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, capítulo II: “**Derecho de establecimiento**”, art. 45, primer párrafo, establece: **Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público** <sup>14</sup>, con lo cual, **en razón de ser la notarial una función pública, nada obsta a disponer que para ser notario se deba ser ciudadano del país que lo inviste**. Así, el director de la Revista del Notariado, escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar, da cuenta sobre punto, que: “La mayoría de los países que se han pronunciado no aceptan en su totalidad la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, alegando que **el notariado participa de la soberanía del Estado** y que, por tanto, los Estados miembros no están obligados a permitir, ni siquiera de forma temporal, el ejercicio de poder público por parte de funcionarios nombrados por otro Estado, si no lo consideran oportuno” <sup>15</sup> (el énfasis ha sido añadido).

12. Merece respuesta la invocación que se ha formulado del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa: “**Pedro Cornelio Federico Hooft v. Provincia de Buenos Aires**” (Fallos: 327:5118), sentencia del 16 de noviembre de 2004, aunque como lo señala la propia actora (cfr. fs. 26), se trataba de un supuesto distinto al que nos ocupa. En efecto, allí lo que se cuestionaba era la constitucionalidad del requisito establecido en el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, por el cual, para acceder al cargo de **juez de la Cámara de Apelación o de la Suprema Corte provincial**, se exigía: “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”, **excluyéndose de tal posibilidad a los argentinos naturalizados**. Es decir, tal cual lo refiere el Alto Tribunal, que **de lo que se trataba no era de una diferenciación por ser o no nacional, sino por el “origen de la nacionalidad”, lo que importaría tanto como distinguir entre dos clases de ciudadanos argentinos**, aspecto que no sorteaba exitosamente el escrutinio de validez constitucional.

13. Por lo hasta aquí expuesto, la *razonabilidad en la selección* para la conformación de los grupos y categorías de aspirantes de quienes se

---

<sup>14</sup> [www.porticolegal.com/textos](http://www.porticolegal.com/textos).

<sup>15</sup> Revista del Notariado, año CVIII, trimestre abril/mayo/junio 2005, nº 880, sección: “Internacional”, artículo: “Nota Preliminar: funcionario público. Nacionalidad”, ps. 275 y ss., en particular p. 276.

consideren *idóneos* para asumir una función pública, puede pasar por el meridiano de la *nacionalidad*, cuando a ésta se la tiene configurada, no solamente para quienes ostentan tal vínculo político por el hecho **natural** de haber nacido en nuestro suelo, haber ejercido la pertinente **opción** al ser hijos de argentinos —a pesar de su nacimiento en el exterior—, sino también cuando se la extiende, generosamente, a aquellos que la abracen por **adopción**.

En estos términos, **la demanda de la nacionalidad, comprendida la que se adquiere por adopción**, para el ejercicio de una función pública —como lo es la notarial—, **disipa toda sospecha o presunción de ilegitimidad**, no reclamando prueba alguna para justificar la exigencia del recaudo. Valga añadir, en cambio, que **sí resulta doctrina sospechosa aquella que alienta a abrir los cuadros de los cargos relevantes de los poderes y funciones públicas** de la República Argentina a los **extranjeros**, en una abdicación flagrante de la soberanía, como ya ha ocurrido a partir de la suscripción de más de medio centenar de *Tratados de Protección Recíproca de Inversiones* que han deferido al **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**, que funciona en la órbita del **Banco Mundial**, la resolución de controversias que involucran intereses estratégicos del país, comprometiendo el erario y el decoro de la Nación al desplazar a favor de árbitros del exterior <sup>16</sup> —incluso en materia de actos *iure imperii*— la competencia jurisdiccional del Estado federal, aforado por la Constitución a los estrados de la Corte Suprema de Justicia<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Téngase en cuenta sobre el punto las enseñanzas del ministro de este Tribunal, hoy fallecido pero cuya memoria es imborrable, Guillermo Andrés Muñoz, cuando señalara la paradoja frente a tanto escándalo. Así, hace más de un lustro, prevenía: “El art. 20 de la Constitución federal argentina lo que asegura al extranjero es la igualdad con los nacionales, pero no situaciones de privilegio frente a ellos...// Esos privilegios sin duda ya existen... El poder someterse al arbitraje ante la desconfianza a los tribunales nacionales, es otro privilegio que no tenemos los argentinos. A mi pueden no gustarme los jueces argentinos —de hecho yo me gusto cada vez menos— pero no puedo elegir, no puedo ir a un árbitro internacional. El inversor extranjero sí. ...// Como ustedes pueden apreciar los privilegios acordados a los inversores extranjeros son muchos. Quizás demasiados...” (cfr. “El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado”, en: *Actualidad en el Derecho Público*, n° 10, parágrafo IV, ps. 86 y ss., en particular ps. 86 a 88, ps. 83 y ss., Ad Hoc, Buenos Aires, 1999).

<sup>17</sup> Se impone recordar aquí algunos párrafos del dictamen del Procurador General de la Nación, doctor José Nicolás Matienzo, fechado el 30 de abril de 1919, y recaído en la causa: “*Fisco Nacional contra la Compañía Dock Sud de Buenos Aires sobre cobro de pesos*” (*Fallos*: 129:243), sentencia del 23 de mayo de 1919, asesoramiento que no se encuentra incorporado junto con la sentencia en la colección oficial de *Fallos*, y cuyo texto he podido compulsar en el Libro de Registro respectivo de la Procuración General. Allí puede leerse: “La Constitución Nacional coloca entre las atribuciones del Poder Judicial el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte (art. 100 —texto histórico—).// Comentando una disposición análoga de la Constitución de los Estados Unidos dijo Hamilton que cualquier otro plan sería contrario a la razón, a los precedentes y al decoro. //

#### **IV. La ampliación de la competencia del Tribunal dispuesta por la ley n° 404**

**14.** Corresponde, ahora, ingresar al tratamiento de las objeciones que realiza la Asociación por los Derechos Civiles, en punto a la asignación transitoria de las funciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado que la ley n° 404 pone en cabeza de este Tribunal Superior de Justicia (arts. 117, 120 incs. a y b, 153 y 172).

**15.** La atribución transitoria y excepcional de funciones al Tribunal Superior de Justicia que dispone la ley n° 404 no resiente la Constitución local.

La ley n° 404 dictada por la Legislatura de la Ciudad, en uso de las atribuciones que le confiere la Cláusula transitoria decimoctava de la CCABA<sup>18</sup> y la ley n° 24.588 (art. 5°), reemplaza a la ley n° 12.990 que fuera sancionada por el Congreso nacional como órgano legislativo local.

---

No parecen haber entendido lo mismo los Gobiernos Argentinos que han convenido con empresas particulares someter los asuntos de la Nación a la decisión de árbitros o de arbitradores. // Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de la Cámara de Senadores. Sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están así rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles en confianza la solución de sus contiendas con el interés privado. // Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento, y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidad de los jueces permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas con casos y circunstancias diversas, como ocurre con aquellos jueces. // De ahí que, salvo raras excepciones, el arbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra; y de ahí que el tercero en discordia, prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho al que lo tiene. Así, no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no sólo por su origen, sino por su contenido. // Se explica que los particulares poco seguros de su derecho, pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es, en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del poder judicial de la Nación que aparece apartado como inútil o ineficaz. // Estas consideraciones, si no fueran suficientes, para demostrar la inconstitucionalidad de someter a árbitros los asuntos en que la Nación es parte, bastan, por lo menos, para justificar que toda duda sobre la procedencia del arbitraje en los asuntos de la Nación se resuelva en favor de la jurisdicción de los tribunales permanentes. // Como quiera que sea, hay una distinción que me parece indispensable hacer. La Nación puede obrar como persona jurídica o en su calidad de entidad soberana. En el primer caso, pudiera admitirse la discusión acerca de la procedencia del arbitraje: en el segundo caso, no. El soberano abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas”.

<sup>18</sup> *Cláusula transitoria decimoctava: El control de la matrícula y el ejercicio del poder disciplinario de las profesiones liberales, continuará siendo ejercido por los colegios y consejos creados por ley de la Nación hasta que la Ciudad legisle sobre el particular.*

En su art. 117, la ley citada dispone que la disciplina del notariado estará a cargo del Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos.

Por su parte, el art. 118 establece que el Tribunal de Superintendencia, a partir de la incorporación de la justicia ordinaria a la Ciudad, estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia, y por dos vocales titulares de dicha Cámara.

Ahora bien, según el **art. 172** de la Ley Orgánica Notarial (Disposiciones Transitorias, Título VI), se dispone: ***Hasta tanto se organice la justicia ordinaria de la Ciudad, las funciones y atribuciones conferidas por esta ley al Tribunal de Superintendencia están a cargo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.***

16. En anteriores pronunciamientos, el Tribunal expresó que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local y que sólo puede ser aumentada, disminuida o modificada por una reforma constitucional. La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y de los jueces. Tampoco se trata de una “competencia residual” acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico —*in re*: “**Pinedo, Federico y otros c/ Ciudad de Buenos Aires s/ amparo**”, expte. n° 8/99, sentencia del 18 de febrero de 1999 (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. I, 1999, p. 7 y ss.); “*Hilandería Islán S.R.L. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa (art. 322, CPCC)*”, expte. n° 94/99, sentencia del 27 de septiembre de 1999 (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. I, 1999, p. 463 y ss.); “*Álvarez Caffaro, Roberto Enrique y otro c/ Gobierno de la Ciudad s/ acción declarativa (art. 322, CPCCN)*”, expte. n° 139/99, sentencia del 17 de noviembre de 1999 (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. I, 1999, p. 615 y ss.), entre muchos otros—.

A ello no empece que en casos en que el **interés institucional** se encontraba fuertemente involucrado, el **Tribunal Superior de Justicia admitiera, obiter dicta, asumir en instancia originaria la competencia deferida de revisión de pronunciamientos jurisdiccionales** —esto es, no resueltos en tribunales de justicia— como los provenientes del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados e Integrantes del Ministerio Público del Consejo de la Magistratura, con apoyo en lo dispuesto en el art. 29 de la ley n° 54 —doctrina de la causa: “**Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ pedido de inhibitoria en ‘Gallardo, Roberto Andrés c/ Consejo de la Magistratura s/ amparo (art. 14 CCABA)’**”, expte. n° 4312/05, sentencia del 9 de noviembre de 2005—.

Sin perjuicio de lo sostenido *in re*: “*Pinedo*”, y **dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impuso buscar una solución razonable que permitiera a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer las competencias que**

**legítimamente posee** sobre la función notarial, de conformidad con lo expresado en la citada Cláusula transitoria decimoctava de la CCABA.

Tal como lo señala en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, toda interpretación que se formule de la competencia del **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad** debe realizarse de modo armónico con el resto de la **Carta Magna local** y, específicamente, con su **art. 6º** que, en términos ineludibles, predica: ***Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución nacional.***

17. Es bueno recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(l)as normas deben interpretarse siempre teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones” (*Fallos*: 314:107). De la misma manera, es sabido que, según el Alto Tribunal federal, “para interpretar la ley debe rastrearse el espíritu de la misma, en procura de una aplicación racional que averse el riesgo de un formalismo paralizante, como así también el propósito que tuvo el legislador, al que se debe asignar pleno efecto en armonía con la Ley Suprema y el resto del ordenamiento” (*Fallos*: 314:1018, 1445).

Desde esta perspectiva, puede sostenerse que el legislador local, al diseñar **el sistema instaurado por la ley nº 404, tuvo en cuenta** que la Justicia Civil Ordinaria todavía no había sido transferida al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Estas **pautas de excepcionalidad y transitoriedad justifican**, en mi concepto, **la atribución de la competencia cuestionada** y conducen a descartar la declaración de inconstitucionalidad solicitada en esta causa, enfatizando, además, que la apuntada atribución, en modo alguno, ha distorsionado el normal funcionamiento de este Tribunal Superior de Justicia, como ocurriera con la actuación y rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ventilada en la causa: ***“Mabel Itzcovich v. ANSeS”*** (*Fallos*: 328:566), sentencia del 29 de marzo de 2005. Allí se declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley nº 24.463 que, al otorgar la apelación ordinaria ante ese estrado de las sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, operaba una sensible expansión del ámbito de competencia de la Máxima Instancia federal, comprometiendo su cometido y funciones con graves perjuicios, incluso, para los propios justiciables.

Por otra parte, **para la conformación del Tribunal de Superintendencia del Notariado se ha respetado estrictamente el diseño previsto en el art. 118 de la ley nº 404 —un Presidente y dos Vocales—.**

Asimismo, si se tiene en cuenta que, por su magnitud y complejidad, **el proceso de institucionalización de la autonomía local debe desarrollarse**, ineludiblemente, **de manera gradual y ordenada**, tampoco parece ser el Poder Judicial local —o este estrado en particular— el departamento del Estado poseedor del baremo que permita definir con milimétrica exactitud cuándo la mentada transitoriedad puede comenzar a desdibujarse para así poder concluir que los legítimos motivos tenidos en cuenta por la ley n° 404 han perdido el sustento que le brindó respaldo.

En este aspecto, *mutatis mutandi*, no puede pasarse por alto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la dilación temporal de una situación de excepción, sentada en la causa: **“Héctor Enrique Firpo v. Marta Haydee Espeche”** —Fallos: 306:928—, sentencia del 7 de agosto de 1984. En ella, al ponderarse la suspensión *sine die*, por el decreto ley n° 4.070/56, del divorcio vincular instituido por el art. 31 de la ley n° 14.394, se dejó expresado que, **aunque la no vigencia de la norma se prolongue en el tiempo**, tal circunstancia no excede la **facultad del Congreso** que, en materia de derechos subjetivos de índole familiar, puede concederlos, negarlos o suspenderlos, **no siendo tal decisión revisable por los magistrados judiciales**.

Debe destacarse, para concluir este punto, que lo que se encuentra en juego aquí es la pretensión de que se invalide una norma que, aún en el control difuso de constitucionalidad con efecto *inter partes*, constituye una medida de extrema gravedad institucional, *última ratio* del ordenamiento jurídico, lo que adquiere mayor relevancia cuando el alcance de la sentencia produce efectos *erga omnes*.

18. Ahora bien, creo necesario añadir que **el Tribunal de Superintendencia del Notariado**, al menos por ahora, **se encuentra a cargo del propio Tribunal Superior de Justicia. No hay dos órganos, sino, en rigor, un único tribunal** que de forma transitoria ejerce una función de superintendencia con respecto a la actividad notarial (ver el lúcido voto del juez subrogante doctor Horacio G. Corti en: **“Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en ‘Colegio de Escribanos. Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s/ inspección protocolo año 2001’”**, expte n° 4291/05, sentencia del 3 de abril de 2006). Además, **esta competencia provisoria** (función de superintendencia del notariado) **no transforma al Tribunal Superior de Justicia en un tribunal administrativo**, ni provoca, claro está, una suerte de desdoblamiento de sus estrados (judicial para las competencias conferidas por el art. 113 CCABA, administrativo para las atribuidas por ley n° 404).

Como lo **ha establecido** en numerosas ocasiones **el Tribunal de Superintendencia del Notariado cuando era desempeñado por los integrantes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil** (cfr. art. 36, ley n° 12.990), **“(e)l Tribunal de Superintendencia reviste el carácter de**

**órgano judicial**, si se tiene en cuenta que **está integrado por magistrados** de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, **es decir por jueces designados mediante el procedimiento previsto en la Constitución nacional**, por lo que **no resulta discutible su naturaleza ni sus funciones jurisdiccionales**” (Expte. Sup. Not n° 1.277/92, “**Reg. Nac. Prop. Automotor Secc. 67 s/ comunica situación planteada en certif. efectuada por el Escr. H.M.M.**”, del 30 de junio de 1994, entre otros).

En cuanto a la sustancia misma de la actuación del Tribunal de Superintendencia del Notariado, ella no es otra que *juzgar* la conducta de los escribanos para, según el caso, aplicar la sanción pertinente de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento legal. Esta decisión se toma luego de una valoración amplia de las circunstancias de hecho y de derecho, susceptible de adquirir fuerza de cosa juzgada judicial.

Concuerdo plenamente, entonces, con los desarrollos contenidos en el punto III del fundado voto de la doctora Ana María Conde, pues tanto desde el punto de vista subjetivo como material el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce funciones jurisdiccionales.

A su vez, no paso inadvertido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “**Colegio de Escribanos – Elba María Rial y Otros**” (Fallos: 327:3626), sentencia del 7 de septiembre de 2004, y **prevengo, como lo hace agudamente mi colega el doctor Luis F. Lozano, que más allá de los conceptos vertidos por el señor Procurador Fiscal subrogante, el Alto Tribunal federal sólo se ha limitado a desestimar la queja por considerar que el recurso extraordinario que le dio origen no estaba dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal**, en tanto lo que se encontraba en juego en dicha causa era una cuestión de competencia. Ello así, no ha variado, según mi parecer, la doctrina mayoritaria del apuntado Estrado en cuanto a la naturaleza judicial del Tribunal de Superintendencia, que se ve confirmada por un sinnúmero ininterrumpido de decisiones en las cuales conoció por vía del remedio federal sobre el fondo de lo resuelto en materia disciplinaria notarial (v., entre otras causas: “**Colegio de Escribanos**”, Fallos: 315:1370, sentencia del 23 de junio de 1992).

Para finalizar la consideración de este aspecto, **alerto que reputar las sentencias de esta instancia decisoria** actuando como Tribunal de Superintendencia del Notariado **como meras resoluciones administrativas permitiría su revisión por demanda contenciosa, facilitando el tránsito de todas las instancias de mérito con la consiguiente dilación de los procesos, lo que no se compadece con un ejercicio ágil, tempestivo y eficaz del poder disciplinario sobre la función pública notarial, ya que la adecuada dación de la fe pública interesa no solamente al colectivo mayoritario de escribanos honorables sino a la sociedad civil toda**, que, a partir de los códigos de fondo, ha reconocido a los instrumentos de ellos emanados plena fe, tanto respecto de las partes otorgantes como frente a terceros, como un modo de contribuir a la seguridad jurídica en los actos

trascendentes de la vida y en el tráfico de bienes. Así entonces, se impone recordar, a modo de señalamiento decisivo para supuestos como el presente, los conceptos volcados por el Tribunal cimero *in re*: “**Claudia Graciela Saguir y Dib**” (*Fallos*: 302:1284), sentencia del 8 de noviembre de 1980: “**las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notablemente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial**”.

V. **El control judicial suficiente previsto para las sanciones disciplinarias a escribanos y la garantía de la doble instancia (art. 8.2 “h”, CADH)**

19. A partir del razonamiento expuesto en el punto anterior de este voto, es posible concluir que el **control de las sanciones leves, así como el juzgamiento de las faltas graves, a los escribanos es llevado adelante por un órgano judicial independiente integrado por magistrados designados de acuerdo con la Constitución local.**

Esta actuación permite, como se dijo, un **debate amplio y suficiente de las cuestiones de hecho, prueba y derecho** que el notario traiga a consideración. **Tanto cuando el Tribunal de Superintendencia del Notariado conoce en instancia única** (art. 120, inc. a, ley nº 404), **como cuando actúa en su rol de tribunal de apelación** de las resoluciones del Colegio de Escribanos (art. 120, inc. b, ley nº 404), su intervención siempre viene precedida de un sumario realizado ante la institución colegial que garantiza ampliamente la defensa del profesional (v. art. 141, ley nº 404). A continuación, si el interesado tiene reparos respecto de este procedimiento previo, tanto en el caso del inc a) como del inc. b) del art. 120, tales cuestiones pueden ser objeto de un control amplio (comprensivo de la valoración de hechos, pruebas y derechos) ante este Tribunal.

En estas condiciones, difícilmente no pueda este sistema superar el más severo escrutinio de constitucionalidad fijado a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “**Elena Fernández Arias y otros v. José Poggio —sucesión—**”, (*Fallos*: 247:646), sentencia del 19 de septiembre de 1960, ya que está garantizada en plenitud una instancia judicial *independiente, imparcial, amplia y suficiente*.

20. En punto a **la doble instancia judicial**, tal como con claridad lo expresa la doctora Ana María Conde en el punto 4 de su voto, la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** ya ha resuelto que tal garantía “**se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de delito’**” (*in re*: “**Sociedad**”).

***Anónima Organización Coordinadora Argentina***” —Fallos: 323:1787—, sentencia del 27 de junio de 2000).

Asimismo y, puntualmente en un caso que guarda total atinencia con el presente, al ocuparse del **planteo de una notaria que cuestionaba la sanción disciplinaria** de destitución, al incoar una queja por recurso extraordinario federal denegado, **nuestro Tribunal cimero afirmó que:** “en definitiva, en lo que atañe a este aspecto de la controversia **resulta de aplicación la doctrina del Tribunal referente a regímenes de empleo público que guardan analogía con el presente caso, según la cual las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni el poder ordinario de imponer penas y, en consecuencia, no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal**” (*in re: “Colegio de Escribanos de la Capital Federal”*, Fallos: 321:2086, sentencia del 13 de agosto de 1998).

Por las consideraciones expuestas, los fundados argumentos concordantes y complementarios que ilustran los votos de mis colegas Luis F. Lozano y Ana María Conde, como lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar, en todas sus partes, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

**Costas en el orden causado** por imponerlo así lo prescripto por el art. 25 de la ley n° 402 para este tipo de procesos

#### **El juez Julio B. J. Maier dijo:**

La Asociación por los Derechos Civiles promueve acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2, CCBA) y solicita la declaración de inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los arts. 8, inc. a, 117, 120, incs. a y b, 153 y 172, de la ley n° 404, así como del art. 2, inc. a, de su decreto reglamentario n° 1.624/2000 (fs. 21), reglas que reglamentan la actividad profesional de los escribanos. La accionante controvierte la constitucionalidad del art. 8, inc. a, de la ley n° 404 y del art. 2, inc a, de su decreto reglamentario, debido a la exigencia de ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización para la inscripción en la matrícula profesional de los escribanos. La ADC considera que tales normas vulneran los arts. 16 y 20, CN, el art. 11, CCBA, el art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer un recaudo que redunde en una discriminación injustificada entre nacionales argentinos y extranjeros y entre argentinos nativos, argentinos naturalizados con menos de diez años de naturalización y argentinos naturalizados que hayan obtenido esta condición cuando menos diez años antes de intentar su inscripción en la matrícula profesional de escribanos.

Asimismo, la actora impugna los arts. 117, 120 incs. a y b, 153 y 172 de la ley n° 404, que confieren al TSJ una competencia que excede aquello

expresamente dispuesto por la disposición contenida en el art. 113, inc. 3, CCBA, como Tribunal de Superintendencia del Notariado (fs. 40/41).

Ambas impugnaciones serán tratadas separadamente, tanto por razones de orden metodológico como por su naturaleza sustancialmente disímil, al remitir la primera de ellas a los derechos a la igualdad y a trabajar (punto II de mi voto) y la segunda, a la asignación transitoria a este Tribunal de las atribuciones de Superintendencia del Notariado (punto III). También por razones de método responderé previamente a la defensa de legitimación en el actor que desarrolló básicamente el Colegio de Escribanos, tercero admitido en el procedimiento que regula la ley n° 402, arts. 17 y ss., conforme a su art. 21, II (punto I).

### **I. Legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 3 de la CCBA.**

Tal como expresa el Sr. juez Lozano en el punto I de su voto, al que me adhiero, esta defensa meramente formal, a la que no parece adherirse el Gobierno sino por vía del fastidio que le provoca la intervención reiterada de la ADC en procura de declaraciones abstractas de inconstitucionalidad, no puede prosperar. Sintéticamente, resulta claro, a mi juicio, que la ley n° 402, art. 18, concedió una legitimación amplísima para que las personas —de existencia visible o jurídicas— pudieran provocar el control objetivo de la constitucionalidad de normas —de alcance general— vigentes para la Ciudad de Buenos Aires, cualquiera que sea su procedencia, personas entre las cuales están expresamente indicadas las *personas jurídicas* (inc. 2). Tampoco resulta posible conceder, incluso por precedentes del Tribunal que me eximo de nombrar ahora —alguno de los cuales resultará mencionado posteriormente—, que esa actividad resulta claramente extraña al objeto para el cual fue creada la ADC, actora en el caso, pues en la noción de *derechos civiles* está incluido el reclamo por un tratamiento diferente al extranjero respecto del nacional y, también, al mismo nacional respecto de otros nacionales, según sucede en el caso. Por lo tanto, tal defensa formal no impide ingresar a la consideración de fondo del litigio, antes descrita.

### **II. Categorías sospechosas e inversión de la carga de la prueba: el escrutinio estricto de racionalidad y necesidad.**

1. El art. 11 de la CCBA establece, en su segundo párrafo, que: “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* [bastardilla nuestra], caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.

Esta enunciación concreta de factores específicos de discriminación, típica del constitucionalismo contemporáneo, puede explicarse así: si bien, en principio, los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales que importan “calificar” y hasta “clasificar” a las personas en función de ciertos criterios, cuando ello resulta conveniente para conducir a objetivos legales legítimos —rige la presunción de constitucionalidad de las normas—, en algunos casos, el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho —en cuyo caso, es la ilegalidad e inconstitucionalidad de dicha normativa aquello que se presume y resulta necesario destruir argumental y probatoriamente por parte del legislador—.

La cuestión debe encararse, como correctamente lo propone la actora en su demanda (fs. 30/36 vta.) y en la audiencia celebrada el 5/4/2006, desde la perspectiva de las “*categorías sospechosas*” —la “categoría” es el motivo prohibido; la “sospecha” es de ilegitimidad de la norma que la incluye a modo de presunción, con desplazamiento de la carga de la prueba—. Como este Tribunal expresó en diversas causas en que el factor de distinción era etario (cf. expte. n° 482/2000, “Sandez, Carlos Armando”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, ps. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, “Salgado, Graciela Beatriz c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], *cit.*, t. III, 2001, ps. 688 y ss., resolución del 21/11/2001) y, como en todos mis votos, al integrar un pronunciamiento unánime o al decidir en minoría, yo sostuve a fin de impugnar una norma, o una resolución basada en una norma cuyo enunciado incorporase con carácter limitante del ejercicio de un derecho constitucional *cualquiera* de las calificaciones prohibidas por el art. 11 de la CCBA (ver, por ejemplo, mi voto *in re* “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3103/04, resolución del 31 de marzo de 2005), la inclusión de alguna de tales categorías produce dos efectos fundamentales: a) suspende la presunción genérica de constitucionalidad de las normas; b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado el que debe demostrar que la distinción consagrada legislativamente, no obstante ser una de aquellas que la Constitución local ha calificado como *sospechosa*, está justificada. Los dos factores enunciados operan el sometimiento de la justificación estatal a un estándar de examen o *escrutinio judicial estricto*.

Estos efectos redundan en la suspensión de la presunción —fuerte aunque vencible— de constitucionalidad de que gozan las normas y en la necesidad, por parte del Estado, de alegar razones contundentes, “extraordinarias”, representativas de un interés estatal “urgente e insoslayable” al decir de la CSJN (cf. “Repetto, Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, consid. 4°; Fallos: 311:2272, LL 1989-B, p. 351), esto es, razones insuperables, para preservar

el estatus constitucional que, como expresé, ha dejado de presumirse. El escrutinio estricto debe caracterizarse, antes que como un “método” (concepto que sugiere un procedimiento suficientemente pautado y rígido), como una reacción del sistema de pesos y contrapesos que se debe llevar a cabo toda vez que una norma incorpora, como en este caso, una *categoría sospechosa* en su enunciado. Este test, puesto en manos de los jueces, significa que ellos no habrán de deferir la decisión a otros poderes del Estado, sino que deberán ponderar, independientemente, el vínculo que la clasificación mantiene con una finalidad constitucional cuyo carácter extraordinario, urgente e inasequible por medios menos lesivos que aquellos que categorizan a personas, o grupos de personas, el mismo Estado debe demostrar para ofrecer el estándar de justificación que la Constitución de la Ciudad le exige. Nótese que ese estándar, en principio, ya debió ser ofrecido por el autor competente para expresar la norma.

Bajo este examen estricto, el Tribunal no puede aceptar cualquier propósito gubernamental que se pueda reputar —al menos— jurídicamente permisible, como si esa adjetivación fuera suficiente para ser soporte de la utilización de una clasificación sospechosa, sino que, para ello, debe requerir que quien pretende su vigencia demuestre que con ella ha procurado el logro de una finalidad primordial y que no existen vías menos restrictivas o gravosas para obtener, o asegurar, la finalidad perseguida por la norma en crisis. Ello remite no tan sólo a un análisis de racionalidad, sino, antes bien, a uno que, además de contener ese valor, exija la necesidad, esto es, a un resultado cuyo valor sea tan significativo que justifique plenamente (análisis de fines y su adecuación a medios no meramente instrumental) la limitación de derechos y principios constitucionales, también fundamentales en un marco de racionalidad democrático. Es claro, también, que tal *necesidad*, quedará excluida si resulta posible utilizar medios menos gravosos que la limitación a un derecho básico.

2. Aun cuando el test no pueda ostentar un grado de exigencia tal que imponga la *absoluta necesidad* de la exclusión para la consecución del fin que persigue la norma, el Tribunal debe exigir, en principio y como mínimo, que quien persigue la validez de la norma demuestre una relación sumamente estrecha entre el uso limitativo de la calificación sospechada y la promoción del interés (imperativo o primordial) perseguido. Si la clasificación no necesita ser empleada para lograr esa finalidad —esto es, no resiste el comienzo del test—, entonces la ley lesiona, principalmente, el *derecho a la igualdad* (CCABA, 11; CN, 16). Esta opinión es aquella que emití en los votos de los pronunciamientos del TSJ en las tres causas que ya mencioné como antecedentes. Así, la apelación a un “interés estatal urgente e insoslayable”, o a “una justificación extraordinaria y precisa” (y su demostración razonable), constituyen ejemplos de una superación exitosa, en principio, del test del escrutinio elevado al que antes he aludido, por oposición, por ejemplo, a una mera mención de fines, propósitos o intereses.

Empero, como ya lo sostuve en “Salgado”, “[p]ara facilitar la

impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador o por el poder reglamentador, el constituyente porteño ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de esconder motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación”.

“El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera racionalidad. El Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar [o, agrego ahora, argumentar que asiste al Estado la potestad de reglamentar el ejercicio de un derecho de un modo que considere meramente razonable y conveniente], sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación en principio prohibida para cumplir esos fines. No se trata, sin embargo, de una carga imposible de cumplir ... Basta señalar, por ejemplo, que un motivo legítimo de uso de clasificaciones ‘sospechosas’ para efectuar un distingo legal es, justamente, el de remover ‘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’ (cf. art. 11, CCBA, párrafo tercero). Queda plenamente justificado, así, un trato distinto impuesto legalmente para favorecer la inserción social de un grupo considerado vulnerable o históricamente excluido o disminuido en su participación en la vida de la comunidad —v.gr., la imposición de un cupo obligatorio de empleo para personas con necesidades especiales, art. 43, CCBA, la ‘promoción del acceso a los servicios públicos para las (personas) que tienen menos posibilidades’, art. 17, CCBA, o las ‘acciones positivas’ que permitan ‘la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales’, art. 36, CCBA” [considerando 4].

Asimismo, como lo expresó el juez Muñoz en la misma causa (“Salgado”): “En el derecho latinoamericano, una reciente sentencia (la n<sup>o</sup> 371/00, del 29/3/00) de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia sigue un criterio semejante cuando expresa: ‘El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a

menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.’ El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad”. En la sentencia confluyen, pues, la técnica de las “categorías sospechosas” del derecho norteamericano y la de las “cláusulas específicas” de la jurisprudencia española [considerando 4].

En el caso “Repetto”, ya mencionado, la CSJN se aproximó, como nunca antes lo había hecho, a fundar su decisión bajo los términos del escrutinio estricto, aun cuando la Constitución local, merced a la enunciación de factores de distinción *prima facie* prohibidos, contenida en su art. 11, asegura un marco de igualdad aparentemente más amplio que aquél garantizado por la Constitución federal. Como lo destaca la actora, “la CN establece un piso; nunca un techo” (fs. 32). Específicamente en materia de nacionalidad como categoría sospechosa, ese amparo más amplio tiene otra faceta en la circunstancia de que la propia CCBA, tras consagrar el principio general en el art. 11, puntualiza los únicos tres casos excepcionales en que cabe exigir la nacionalidad argentina para el ejercicio de ciertos cargos: diputado (art. 70); jefe de gobierno (art. 97) y juez del TSJ (art. 112) cargos que, desde luego, se suman a los cuatro supuestos que, en idéntico sentido, rigen por imperio de la Constitución nacional: para ser diputado nacional (art. 48); para ser elegido senador (art. 55); para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación (art. 89); y para ser juez de la Corte Suprema (art. 111). Ninguna ley puede extender las excepciones fijadas por el texto constitucional.

**3.** La fuerte presunción de invalidez que genera sobre la norma en crisis la distinción entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de derechos fundamentales, obliga, en primer lugar, a la Legislatura local a identificar y a acreditar la configuración de razones objetivas o de “interés general urgente o insoslayable” que, como fue mencionado, es menester probar para tener por justificada la inclusión de un criterio de distinción sospechoso.

¿Cuál es ese interés en el supuesto de las disposiciones contenidas en el art. 8, inc. a, de la ley n° 404 y en el art. 2, inc. a, del decreto reglamentario n° 1624/2000, normas que establecen como requisito de inscripción en la matrícula profesional de los escribanos ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización? Más precisamente: ¿cuáles son las razones de orden grave e insoslayable que satisfacen los extremos del escrutinio estricto, o examen elevado, al que refieren los apartados 1 y 2? Ante todo, corresponde aclarar que tales razones, si su identificación resulta posible, deben buscarse principalmente en los debates parlamentarios que precedieron la sanción de la norma impugnada, y el mejor resultado de esa búsqueda consistiría en que esa

motivación provenga de la argumentación de los representantes de los ciudadanos de Buenos Aires. Subsidiariamente, cabe atender y ocuparse de aquellos motivos esgrimidos por la demandada en esta acción declarativa, puesto que ellos pueden revestir valor hermenéutico, como enunciados que expliciten la intención del legislador local al sancionar la norma y, así, el sentido de ella y del uso limitativo de una distinción “sospechosa”. Anticipo que ninguna de estas fuentes resulta satisfactoria para nuestro escrutinio: verificar la cancelación de la presunción de ilegitimidad; por lo contrario, se verifica la confirmación de la inconstitucionalidad que recae sobre las normas analizadas.

En cuanto a los debates parlamentarios, los legisladores locales, en lo atinente a la exigencia impuesta por el art. 8, inc. a, de la ley n° 404, se remitieron a los argumentos oportunamente expuestos por los representantes que impusieron un recaudo análogo al sancionar la ley n° 12.990 —considerada como un hito decisivo en la historia del notariado local— en 1947. Curiosamente, en la discusión parlamentaria de esta primera regulación integral en nuestra jurisdicción, nada se argumentó en punto a la exigencia de nacionalidad. En cambio, el único precedente del debate coincide con la sanción de la ley n° 1.144, que data de 1881, cuyo art. 143 dispone: “Para optar por el cargo de escribano público se requiere: ser ciudadano argentino, mayor de edad, haber cursado los estudios y cumplido las demás formalidades que esta ley previene”.

Si examinamos la respuesta que el Senador Del Valle ofreció como contrapunto a las objeciones formuladas por el Senador Argento, quien se oponía a la exigencia de nacionalidad impuesta por la norma transcrita por reputarla incompatible con la única condición establecida por la Constitución nacional para el desempeño de un empleo público, la idoneidad, advertiremos que en ningún debate parlamentario referido a la organización del notariado, algún representante articuló un solo argumento convincente que permitiera esclarecer “la intención del legislador” subyacente a la exigencia que nos ocupa. Como se aprecia claramente a partir de la contestación del GCBA a la acción declarativa bajo análisis, o de las ideas vertidas durante la audiencia de abril en el TSJ, el debate parlamentario en torno al requisito de la nacionalidad en la ley de 1881 —que no tuvo otro sustento que una (por cierto sumamente familiar) enunciación de supuestos motivos que no superaron o cancelaron la presunción de ilegitimidad e irrazonabilidad ínsitas en tal exigencia—, sólo anticipó la mera enumeración de motivaciones tan sólo presuntas que, ciento veinticinco años después, ofrecería el Gobierno de la Ciudad. No obstante ello, cabe reconocer un argumento de excepción que, aunque insatisfactorio, puede valorarse como fundado en una convicción comprensible dentro del horizonte que definía la tradición de aquella época (en la que, por lo demás, eran ignoradas las exigencias del escrutinio estricto). En efecto, como lo pone de manifiesto la accionante, de las transcripciones parciales de estos debates, incorporadas a la demanda (ver fs. 35/36), se desprende que “nuestros legisladores sí

consideraron restringir el ejercicio del notariado a los extranjeros. Pero esta restricción se limitaba a quienes no fueran ciudadanos y sólo por las grandes facilidades ofrecidas a todo aquél que quisiera obtener la ciudadanía; no porque los extranjeros no pudieran dar fe pública ni por ninguna razón fundada en la necesidad de defender valores básicos de la Nación Argentina” (fs. 36).

Ahora bien: la ausencia de fundamentación en las discusiones parlamentarias (en las que *no se debatió* la exigencia de nacionalidad; ver la 14° Sesión Ordinaria del 15 de junio de 2000, ocasión en que tuvo lugar el tratamiento de la ley n° 404), permite concluir que la Legislatura no se ha tan siquiera aproximado a brindar la requerida “justificación fuerte” para la inclusión de una categoría —de modo limitativo— que tiñe a la norma en la que figura de una presunción de ilegitimidad e inconstitucionalidad manifiestas.

4. Si la ausencia de fundamentación en tal sentido es prácticamente total, cabe atender ahora, subsidiariamente y para completar el test, a las razones ofrecidas por el GCBA en su contestación de la demanda y en la audiencia. Como no estimo que la demandada haya ofrecido razones, sino una mera enumeración de fines que, en el mejor de los casos, no justifican y, en el peor de ellos, potencian o “incrustan” aún más la discriminación, considero ilustrativo reproducirlos.

El GCBA responde que la actora: a) “otorga una hipertrofiada atribución de sentido al principio de igualdad” (fs. 92 vta.), sin que en punto alguno de su escrito la demandada explique qué significa en este contexto ese desarrollo excesivo en que consiste la hipertrofia, ni cómo, por vía interpretativa, la accionante puede “aumentar” el sentido del principio de igualdad; b) la distinción que se cuestiona entre nacionales y extranjeros “admite el llamado ‘test de razonabilidad’” para el caso genérico (afirmación que supondría eliminar el test impuesto por el art. 11, CCBA que, parece fundamental remarcarlo, *no es una opción* frente a las más laxas exigencias del tradicional examen de razonabilidad, sino un mandato subyacente a la decisión misma del constituyente local, al incorporar un artículo como el mencionado); c) la demandada da por supuesto o cierto que a la ley que se impugna parcialmente subyacen “distinciones valederas” (93 vta.), pero en momento alguno del escrito sugiere cuál es el sustento de tales distinciones, o por qué “valen” argumentativamente; d) el Gobierno *meramente afirma* que las normas impugnadas no son “persecutorias, hostiles o estigmatizantes” (fs. 94). Como puede apreciarse, la respuesta no es una reformulación selectiva, sino, antes bien, una mera afirmación de los (malos) motivos que son esgrimidos como pretendidas (buenas) razones. De ello se desprende que cada respuesta deja una formulación que, sin ser ininteligible, resulta vacua, dogmática, y asume como probado aquello que debe demostrar.

5. La contestación afirma, también, que la norma impugnada “[n]o discrimina entre distintos tipos de extranjeros, discrimina entre nacionales y extranjeros” (fs. 94). Este aserto es doblemente verdadero: las disposiciones

en crisis discriminan, en primer lugar, entre nacionales y extranjeros y no distinguen ilegítimamente entre clases de extranjeros, pero, además, lo curioso es que también distinguen entre *clases de argentinos* (los nativos, los naturalizados con una antigüedad de 10 años de su expresión de voluntad de ser argentinos y, por fin, los naturalizados con menos de 10 años desde ese momento —argentinos también, al fin y al cabo—). Así, se trata de normas que asignan un mayor valor al azar de haber nacido en suelo argentino que al hecho de haber elegido y abrazado esa nacionalidad (y, además, pretenden inyectar ese supuesto valor agregado a la exigencia de idoneidad), y, dentro de esta última categoría, distinguen nuevamente en razón del tiempo transcurrido desde el momento de la elección de la nacionalidad argentina. El absurdo no sólo de imponer esta exigencia, sino de negar toda hostilidad, prejuicio, sospecha o desconfianza sobre el extranjero y los nacionalizados excluidos por imperio de aquélla es, en verdad, y como desarrollaré más profusamente en los siguientes considerandos de mi voto, insostenible.

En un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el que se resolvió que es inconstitucional la ley que excluye al argentino naturalizado de la posibilidad de ingresar a la policía provincial —pronunciamiento ejemplar— la jueza opinante, Sra. Kemelmajer de Carlucci, dijo que: “La decisión discrimina a un argentino sobre otro sólo por el lugar donde ha nacido y no atiende a su voluntad real, que ha sido abandonar su nacionalidad chilena para tomar la argentina; consagra, de este modo, una discriminación disparatada, absurda, arbitraria y reñida con el más elemental sentido común porque ... [r]esponde a criterios propios de formas de gobiernos autoritarias; el liberalismo ínsito en nuestra Constitución, en cambio, exige que las diferenciaciones sean justas y, en el caso, el hecho de que Sanhueza sea agente de la policía de Mendoza no pone en riesgo alguno ni la soberanía del país ni la seguridad de la república” (SCJMendoza, Sala I, “Sanhueza, Fernando F.”, LL 1996-C, 526, con nota aprobatoria de Carlos E. Colautti —DJ 1996-1, 947).

6. La demandada y el tercero coadyuvante también esgrimieron, como era previsible, el argumento del carácter de la función notarial como función pública: “La distinción legal (...) encuentra su fundamento en la naturaleza y responsabilidad de la función pública que se llama a desempeñar” (fs. 94). Con él creen haber superado las exigencias del escrutinio estricto: “Como se ha visto el requisito de la nacionalidad por origen o por opción, *no resulta una ocurrencia strafalaria [sic]* impuesta en la ley 404” (fs. 95; énfasis suplementado), glosa que no puede ubicarse en el mismo nivel que la cita del Sr. juez Lozano, que la demandada reproduce luego: “En este orden de ideas vale recordar que no declarar inconstitucional una ley no equivale a aplaudir su contenido” (fs. 97 vta.), juicio que, desde luego, comparto.

El carácter de las funciones del notario como “depositario paradigmático de la fe pública” (fs. 95 vta.) y la completa inatención de estas competencias y tareas respecto de la exigencia de nacionalidad argentina (y

su origen o modo de obtención), como supuesta modalidad legítima de reglamentación del ejercicio del derecho a desempeñar un empleo, incluso público, no resisten la crítica. Para desestimar su importancia basta la cita del caso “Vadell” (*Fallos* CSJN: 306:2030) y unos pocos ejemplos atinentes a la cuestión.

Tanto la Sra. jueza de trámite, la doctora Alicia E. C. Ruiz, como la Sra. jueza Ana María Conde, quienes me precedieron en el voto, analizan extensamente el carácter de las funciones del notario a fin de establecer si corresponde considerarlo un funcionario público. Yo acepto, al menos como hipótesis, como la jueza Alicia Ruiz, el criterio sostenido por la CSJN en el precedente de 1984, “Vadell”, ya citado, esto es, una caracterización de las atribuciones del notario que derivan en la dualidad de su estatus, esto es, en la idea de que, no obstante cumplir una función pública como fedatario en virtud de una delegación estatal, el escribano es un profesional liberal que no integra la Administración pública. Sin embargo, más allá de que me conforman los argumentos en uno y otro sentido de las juezas Ruiz y Conde, el carácter de estricto profesional liberal, funcionario público o una caracterización intermedia de las funciones del notario no constituye el fundamento de mi voto. No podría ser de otra manera, desde que yo consideré que no se ajustaba a derecho la incorporación por parte del Consejo de la Magistratura de una restricción basada, precisamente, en la nacionalidad como requisito de inscripción en un concurso para *secretario judicial*. En ese caso, sostuve que “[R]esulta claro que los requisitos constitucionales y legales para ocupar el cargo al que postuló la actora son la mayoría de edad, el título de abogado y la idoneidad, factor éste último para cuya verificación se articula el respectivo concurso.

“El Consejo de la Magistratura no tiene facultades para crear nuevos requisitos no previstos por la Constitución ... Su función al respecto se limita a *“seleccionar mediante concurso público de antecedentes y de oposición a los candidatos a la magistratura y al Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista por esta Constitución”* (art. 116.1, CCBA). Tiene, claro está, atribuciones para reglamentar en forma razonable el llamado a concurso, pero esta atribución jamás puede implicar incorporar nuevos requisitos que signifiquen llanamente la exclusión de postulantes a partir de características tales como la nacionalidad. Aceptar este temperamento implicaría tanto como colocar un reglamento de concursos por sobre la Constitución ..., conclusión desde ya insostenible.

“Por lo demás, la función de *‘dictar los reglamentos internos del Poder Judicial* o la de *‘reglamentar el nombramiento... de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos...’*, no comprende, tampoco, la potestad de crear requisitos *sine qua non*, que no han previsto la Constitución, ni la ley; más aún, cuando se trata de reglamentar un derecho constitucional acordado a los vecinos de esta Ciudad (CCBA, 11, II y III), que ninguna reglamentación *‘puede cercenar’* (CCBA, 10). De tal manera, sólo la misma Constitución puede, propiamente, fijar excepciones a ese derecho —

como lo ha hecho, por ej., con la nacionalidad de los jueces de este Tribunal (CCBA, 112) y con otros funcionarios—. *A lo sumo podría pretenderse que una ley parlamentaria tenga aptitud para reglamentar derechos constitucionales, de manera razonable, sin alterar su ejercicio (CN, 28), actividad que, en el caso (falta de discriminación por nacionalidad o exigencia de la nacionalidad argentina para ocupar ciertos cargos), resulta poco menos que imposible [énfasis agregado] (...).*

“Huelga extenderse en consideraciones acerca del sentido que debe asignarse al art. 11 de la CCBA. Resulta evidente que no se trata de una disposición antojadiza: la Constitución de la Ciudad recoge en ella la tradición fundacional de nuestra historia constitucional, expresada por el pensamiento de Alberdi y Sarmiento, y encarnada en el Preámbulo y en el art. 20 de la Constitución Nacional. Nuestra nación es una nación creada a partir de la promesa de igualdad de trato a los extranjeros, y del fomento de la inmigración sobre la base de esa promesa. Si algo ha caracterizado la formación de una ‘identidad nacional’, es justamente esa política de apertura hacia ‘todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’. En nada se honra esa tradición cuando, al momento de evaluar concretamente la racionalidad del establecimiento de barreras de nacionalidad para aspirar a un cargo ni siquiera remotamente vinculado con materias de soberanía o seguridad nacional, se acude a afirmaciones genéricas que dejan de lado la letra expresa de la Constitución. (...) Por todo ello, corresponde acoger el recurso de queja y anular la resolución del Consejo de la Magistratura que rechaza su postulación al concurso de marras” (“Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja”, expte. n° 361/00, resolución del 20 de junio de 2000).

Pero, además, se trata de un yerro el creer, al menos en nuestra organización social, que el hecho de que alguna materia integre como deber la tarea o la política estatal convierte de por sí al prestador de ella en un funcionario público. Al respecto, ha sido siempre totalmente claro que la función notarial, en especial en la compra-venta de inmuebles y otros actos jurídicos que requieren escritura pública, no ha sido confiada sino por excepción a funcionarios públicos (sistema del folio real, como, por ejemplo, sucede con el registro civil y el estado de las personas, o con el registro de automotores y la trasmisión del dominio sobre ellos), sino que la legislación ha optado por crear una profesión liberal organizada para ello. La salud pública, en el sentido de la prestación médica, es, sin suda, una tarea estatal, en tanto el acceso de toda la población a la medicina hasta un determinado nivel debe ser garantizado, pero esta caracterización no importa, de manera alguna, que todos los médicos sean funcionarios públicos y mucho menos todavía que los médicos —aun aquellos que son funcionarios públicos—, para ejercer su profesión, deban ser necesariamente argentinos nativos o naturalizados con más de 10 años de antigüedad en la opción por alguna razón *estratégica* como supone la

defensa del caso de los escribanos. En una función tan típica estatal como la seguridad común (la policial en el más estricto de los sentidos institucionales) se admite, aun con reservas, su cumplimiento por empresas y prestadores privados, cuyos agentes no son reconocidos como funcionarios públicos por el mero hecho de cumplir una función también estatal. Algo parecido sucede con la garantía del acceso a la justicia, según la cual el Estado brinda auxilio jurídico a quien no puede ocurrir ante un abogado que ejerce esa profesión como liberal. Por ende, como dije, el hecho de que se trate de una función pública, regulada por el Estado y, en ocasiones, desempeñada por sus propios agentes, nada prueba acerca la validez de la discriminación por la nacionalidad y mucho menos entre nacionales nativos o por opción, y menos aún por el tiempo transcurrido desde la opción. Como también lo expresé, ni siquiera es posible sostener legítimamente la discriminación por la categoría completa “funcionario público”. De este modo, aun por suposición de esta calidad en todos los escribanos, no se arriba a la satisfacción del test indicado. No resulta entonces ocioso mencionar que, a mi juicio (causa nº 3103/04, resolución del 31/3/2005, ya mencionada, caso de la exigencia de nacionalidad argentina para la docencia pública, iniciado también por quien aquí es actor), cada vez que el Gobierno o la Legislatura defienden el uso de esta categoría sospechosa para limitar el acceso a una facultad determinada (en el caso la explicación versaba: imposibilidad o dificultad para asumir ciertos valores “argentinos”) contribuyen a ahondar la discriminación de las personas afectadas, esto es, de las pertenecientes a la categoría objeto de la prohibición.

No es, por tanto, explicación alguna de la necesidad discriminatoria absoluta, conforme a los fines de la institución del notariado, como lo veremos al tratar el capítulo de la *idoneidad*, la fuerte carga de emotividad que los demandados depositan en el concepto de *dación de fe*, a partir del cual se estructura toda la enumeración de los motivos aludidos para discriminar. Tampoco lo es la referencia a que la exigencia discutida en esta primera parte de la demanda es una respuesta política, antes que jurídica — “razones de oportunidad y conveniencia” (fs. 96)—, que continúa una larga tradición: la respuesta política carece de razón de ser y constituye un anacronismo del Gobierno de la Ciudad (25 lustros), como antes lo fue del legislador local, la negativa a revisar esta tradición, sobre todo de frente a la realidad de una nueva Constitución, clara y moderna al respecto.

7. Más oscuro se torna el intento de desentrañar la finalidad perseguida por el legislador local al sancionar el texto de esta norma a propósito de la exigencia de ser *argentino naturalizado con no menos de diez años de naturalización*. Me abstengo de imaginar una posible contestación a esta pregunta por parte del Gobierno y de la Legislatura, pues todavía recuerdo la alusión a la acción de “regalar ciertos valores” supuestamente nacionales, “sentimientos *irracionales* (*sic*, énfasis aportado) que tienen que ver con la identidad nacional”, inexigibles para un extranjero

y ahora para un nacional con menos de diez años de opción voluntaria por la nacionalidad argentina, fórmulas que, en el mejor de los casos, considero vacías de contenido y sin relación con el caso (expte. n° 3103/04, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”), que, como se observa, ni siquiera superan un test de racionalidad común. Todas estas aseveraciones tienen en común su carácter contradictorio y hasta absurdo en el intento de ocultar motivaciones discriminatorias presumidas. Ninguna explicación plausible se ha dado acerca los propósitos de *interés superlativo* que, supuestamente, habilitarían la excepción discriminatoria.

Como lo afirma la actora, “¿[e]n qué puede verse modificada la idoneidad de una persona de origen nacional distinto al argentino (que conoce el idioma, las leyes del país y el trato entre sus ciudadanos) por el hecho de estar naturalizado desde hace dos años o diez?” (fs. 36 vuelta). Al profundizar en la idea de la génesis del prejuicio en generalizaciones categóricas sin base en datos adecuados, afirma la doctora Kemelmajer en su voto *in re* “Sanhueza”, ya citado: “¿Por qué debe presumirse, sin admitir prueba en contra, que sólo puede ser buen custodio de la seguridad alguien que nació en el territorio o nació fuera pero de padres nativos y que, en cambio, debe ser excluido aquél que por un acto consciente, fruto de su propia voluntad, deja su nacionalidad de origen para abrazar la Argentina? ¿Qué criterio de razonabilidad sustenta esta distinción? ¿Por qué debe favorecerse la casualidad por sobre el acto de decisión?” (considerando 10.III).

8. La discriminación es la expresión manifiesta del prejuicio, dado que el prejuicio es el término que se aplica a las generalizaciones categóricas basadas en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias individuales. Desde el punto de vista psicológico, se refiere a un tipo de hostilidad en las relaciones entre personas dirigida contra un grupo o contra cada uno de los miembros de un grupo; suele cumplir una función irracional específica para el que la sustenta. El prejuicio puede considerarse, pues, como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación. A propósito de las relaciones entre la discriminación y el prejuicio, la creencia en la flexibilidad de las nociones de *mérito* e *idoneidad* para inyectar en ellas contenidos que, originados en el prejuicio, no resisten ni siquiera la vinculación semántica (o de cualquier tipo) con dichos conceptos, Claudio Marcelo Kiper (*La discriminación*, LL, 1995-B, 1027/1028) explica que, en su acepción popular, “discriminar” significa “establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos; la discriminación es, entonces, el trato diferencial de los individuos pertenecientes a un grupo social determinado”.

### **III. La supuesta vinculación del caso con la exigencia de idoneidad. Jurisprudencia sobre notarios extranjeros.**

1. Ya se señaló que la exigencia de nacionalidad (de origen u obtenida merced al trámite de la naturalización que, además, no puede ser inferior a los diez años) no guarda punto de contacto alguno con el requisito de idoneidad para desempeñarse como notario. Específicamente, fue descartada cualquier pretensión de asociar conceptualmente la capacidad para ser fedatario público del hecho azaroso de ser argentino nativo o del voluntario de ser argentino naturalizado (cualquiera que sea el tiempo durante el cual se haya ostentado esta condición). Aunque el análisis exhaustivo de la idoneidad para ser escribano excede claramente el marco de la acción examinada, parece oportuno explicitar ciertos rasgos que, a mi juicio, están en la base del acto de dar fe y, de este modo, mostrar indirectamente cómo esas notas en nada dependen de, o para nada remiten a la nacionalidad del fedatario. Como lo esclarece en su meditado voto la jueza Ana María Conde, no obstante mi desacuerdo con la solución que ella propone, el progreso y desarrollo de una sociedad requiere de la confianza en los escribanos “que instrumentan los diversos contratos propios de la vida negocial, documentan la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, fiscalizan el cumplimiento de las prescripciones exigidas por las leyes para validar los diversos actos jurídicos, otorgan fe acerca de la identidad de las personas y de sus firmas, etc. Parte de esa confianza se genera a partir de la comprensión, *mediante el sentido común*, de la normativa que regula la actividad” (punto 4, énfasis aportado). A partir de este enunciado, evoco ciertos presupuestos del acto de la dar fe que, según concluye mi colega, son constitutivos de la idoneidad del escribano, recaudo éste que genera la confianza en sus actos profesionales (para lo cual se presume, cuestión que no está en debate en esta acción, el conocimiento y la comprensión de la normativa reguladora de la actividad que desarrolla).

Como se aprecia, no es menester en este caso ponernos xenófobos: la acción de dar fe requiere esencialmente del debido conocimiento de las normas aplicables, conocimiento que se supone y no queda discutido por esta acción, que, al lado de otros factores comunes a una persona normal, sin interdicciones, califican la idoneidad profesional del notario. El punto a resaltar es que ninguna de esas exigencias depende de la nacionalidad: el conocimiento del derecho aplicable es asequible para quien lo desee y pueda adquirirlo y dé prueba suficiente de esa adquisición; el componente epistemológico puede ser, por cierto, más complejo, pero así como se presume de toda persona, incluidos los jueces y los abogados, por ejemplo, que, en principio, ella será capaz de distinguir diversos hechos o elementos reales y su significado común, del mismo modo se presume que, tras su capacitación como notario, una indeterminada serie de símbolos será para el sujeto una escritura de la que, entonces, podrá dar fe. Si de lo primero da fe un comerciante, por ejemplo si nos entrega un periódico y no otra cosa, cuando lo primero es el objeto que requerimos adquirir en su local, se tratará de un comerciante confiable (o simplemente, de un comerciante). Si lo que

requerimos es que el sujeto dé fe de una escritura pública en la que —para simplificar— todos los que allí figuramos somos efectivamente quienes decimos ser, bajo las condiciones adicionales requeridas por tal instrumento, en principio esa persona es un buen fedatario (o simplemente, un notario). No pretendo demostrar que la capacidad para vender un periódico y la capacidad para dar fe de una escritura sean la misma cosa: pretendo mostrar el modo como, en el casi infinito espectro de las habilidades humanas, la correspondencia con una determinada nacionalidad no es significativa. Sólo quisiera agregar que la honradez, la seriedad y la condición moral, virtudes que provoca la confianza necesaria que, al parecer, se exige de un notario en homenaje a la seguridad de sus actos, no sólo no son patrimonio de los argentinos nativos o nacionalizados hace más de diez años, sino que no son patrimonio de nacionalidad alguna. He realizado en el extranjero actos que necesitaban de la fe pública y, aun cuando no pretenda compararlos con los nacionales en estricto sentido, no sólo nada tienen que envidiarle a los realizados en la República —con los cuales alguna vez tuve un problema—, sino que, antes bien, me satisficieron por su contenido.

2. Antecedes a la conclusión a la que arribo diversos precedentes judiciales, por demás valiosos. Catorce años atrás, el Consejo Superior de la Provincia de Mendoza, por aplicación del art. 77, inc. 2° de la ley n° 3058, denegó la solicitud de una escribana para desempeñarse como adscripta a un registro del que era titular su madre hasta tanto justificara ser “ciudadana argentina en ejercicio” (*sic*). La escribana planteó recurso de alzada contra esa resolución y la Sala 3ª de la Suprema Corte de Mendoza, por resolución unánime del 23 de octubre de 1992, hizo lugar al recurso y revocó la resolución del Consejo, al disponer que éste dictara una nueva disposición ajustada a la sentencia (“Linares Carosio, Martha D., recurso”; publicado en *Revista del Notariado*, n° 836, ps. 143/147). El fallo al que aludo se sustentó en el art. 20 de la Constitución nacional y estableció que, si bien todas las garantías constitucionales están sujetas a las leyes que reglamentan su ejercicio, en el caso sometido a decisión de la Suprema Corte provincial, la exigencia de la nacionalidad argentina para desempeñarse como escribano público no logra superar el test de razonabilidad (el precedente importa en el *sub examine*, puesto que la ADC plantea subsidiariamente este argumento, el del examen de razonabilidad, en caso de que el Tribunal no acepte como encuadre analítico-normativo de la acción declarativa de inconstitucionalidad que trae a estos estrados el más estricto test del escrutinio estricto, con base en el art. 11 de la CCBA y su correlato conceptual, referido a las “categorías sospechosas”). En el caso resuelto por el tribunal de Mendoza, los magistrados sostuvieron que resulta imposible, sin incurrir en discriminaciones odiosas, presumir *iure et de iure* que el notario extranjero no será buen depositario de la fe pública delegada en él por el Estado, en concordancia con el dictamen del Procurador General. En su fallo unánime, el tribunal de Mendoza refiere al precedente de la Corte Federal en la causa

“Repetto”, ya citada, y evoca la cita de Joaquín V. González que integra el considerando 4° de ese fallo, correctamente descripto por los jueces que lo hacen suyo como un *leading case* (punto 6°, *b*): “Con respecto al derecho profesional, los llamaremos así, la Constitución Argentina es, como en todas las otras materias, una de las más liberales que se conoce, pues, todos los derechos que consagra en tal sentido son iguales para el nacional y el extranjero (*Obras completas*, t. VII, p. 467)”. En verdad, J.V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, n° 219, fue más amplio: “...esta declaración, que se aparta en mucho del modelo norteamericano, se propone establecer la igualdad civil entre ciudadanos y extranjeros y confirmar expresamente algunos derechos que por razones de conveniencia, de religión o de costumbres, algunas naciones no conceden al extranjero y ratificar al mismo tiempo las estipulaciones del tratado con Inglaterra de 1825”.

Específicamente en punto al test de razonabilidad, la Corte mendocina anticipa que la norma impugnada es inconstitucional, en tanto no representa una mera reglamentación del derecho a trabajar, sino su propia negación (cons. 3°), y reflexiona como sigue: “¿Cuál es el mal que se quiere evitar con la prohibición? Si ese mal es el incorrecto ejercicio de la fe pública, ¿es la prohibición absoluta al extranjero el medio adecuado? ¿Puede la ley, razonablemente, y sin caer en discriminaciones odiosas presumir —*iure et de iure*— que un notario extranjero no será buen depositario de la fe pública delegada por el Estado? La respuesta negativa se impone ... A tal efecto *recuérdese que muchos instrumentos públicos, que no son escrituras públicas, también están dotados de presunción de veracidad y son expedidos por funcionarios a los cuales la ley no exige el requisito de ser argentino*” (punto 6°, *c*, énfasis suplementado). A ello agrego que una buena cantidad de relaciones jurídicas que desembocan en la República Argentina tienen su origen o dependen de actos de fe pública realizados en el extranjero (piénsese en un poder o en la celebración del matrimonio). Finalmente, la Corte provincial refiere múltiples casos en que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha declarado la inconstitucionalidad de leyes discriminatorias de los extranjeros residentes, no obstante el hecho de que el texto constitucional de ese país es notablemente más restrictivo que el de nuestra Constitución. Así, por ejemplo, los jueces citan los casos “Griffiths” (1973), en el que la ley prohibía a los extranjeros el ejercicio de la abogacía; o “Examining Board v. Flores de Otero” (1976), para el ejercicio de la profesión de ingeniero civil, para remitir luego a un examen jurisprudencial más amplio ofrecido por Alberto Garay en *LL*, 1989-B-938, “quien relata las vicisitudes jurisprudenciales respecto de la policía y concluye: ‘Nuestras frecuentes y retóricas apelaciones al nacionalismo, al patriotismo, a la democracia y a tantas otras bien intencionadas ideas, deben ser revisadas’” (considerando 6°, *c*). Del mismo modo, el decisorio al que hago referencia refiere acertadamente que el derecho comunitario europeo también da cuenta permanente de este tipo de

disposiciones rectificatorias del mandato constitucional a la igualdad, y reconoce como la más característica del orden jurídico comunitario la exigencia que prohíbe las discriminaciones fundadas en la nacionalidad (ver Dubouis, Louis, “El Papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y Ámbito de la Protección”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 575).

En un comentario laudatorio del fallo “Carosio”, el recordado Germán Bidart Campos escribió: “[t]odavía a esta altura de los tiempos estamos ante la ridícula exigencia de la nacionalidad argentina para muchas cosas que nada tienen que ver con que se sea nacional o se sea extranjero. Ha hecho muy bien la Corte de Mendoza en puntualizar todo lo que, sobria y razonadamente, dice en este decisorio. El órgano notarial de la provincia denegó la adscripción a un registro notarial a una profesional que no era argentina. El superior tribunal ha revocado la decisión respectiva (...).

“Por más que sea verdad que ningún derecho es absoluto, la reglamentación que, so pretexto de ser relativa, impone tan arbitraria condición como la de ser argentino, pugna frontalmente con la Constitución. / Hoy, a la ya aludida altura histórica del tiempo en que vivimos, cuando el derecho internacional de los derechos humanos los ‘internacionaliza’, es anacrónico que un estado que, como Argentina, ha ratificado tres tratados sobre derechos humanos, utilice un criterio discriminatorio tan inicuo como el que la Corte de Mendoza ha tenido —en buena hora— que descalificar e inaplicar” (ED, t. 150, p. 518).

**3.** Como sostuve en “Salgado”, es necesario subrayar que el cambio del paradigma constitucional referido a la eliminación de la discriminación implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalca el componente subjetivo dañoso (los “fines de ilegítima persecución”), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis —más que en aquel componente subjetivo— en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio. Por supuesto, atento a sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno asaz extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la “sospecha” de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.

En esta inteligencia, y aunque la jurisprudencia de la CSJN en el orden de las clasificaciones sospechosas, específicamente en punto a la categoría de “extranjeros”, haya exhibido, en general, cierto carácter restrictivo en el contralor de desigualdades legislativas y administrativas, graduales desarrollos (que no fueron lineales, ciertamente) permitieron

derivar en el decisivo precedente sentado en la causa “Repetto”, varias veces mencionada en este voto. En dicha causa, la CSJN reconoció la *equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros* en lo que concierne al goce de derechos (civiles o de otra naturaleza). Los magistrados expresaron: “Es de la competencia originaria de la Corte la demanda contra la provincia de Buenos Aires, cuya finalidad es que se declare la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, vigente por resolución N° 2877 (ex Ministerio de Educación) del 17 de julio de 1959 (...) como asimismo del art. 4º, inc. a) del decreto 4 del 4 de enero de 1980 [posteriormente declarados inválidos e inconstitucionales en el mismo pronunciamiento], que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática” (...) “En cuanto al ejercicio de los derechos civiles, y *especialmente al desempeño de sus profesiones*, dentro de la República *los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional* [las bastardillas son propias], de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución”. Y, en relación estrecha con el caso bajo estudio: “Si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio del derecho de enseñar —no sólo en el ámbito de la educación estatal sino también en el de la privada— ese derecho, o el ejercicio de la profesión de maestro, les estará totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente”.

4. Si se traslada aquello hasta aquí expuesto al caso bajo examen, advertimos que:

a) la actora ha demostrado cabalmente el empleo por parte de la legislación local de una de las “clasificaciones sospechosas” señaladas por el art. 11 de la CCBA, en el caso, la nacionalidad;

b) el Estado, a su turno, no ha justificado la necesidad del empleo de esta clasificación para encarar una distinción de trato que, en este caso, excluye a un grupo de personas —los extranjeros o los naturalizados argentinos con menos de diez años de naturalización— de la posibilidad de inscribirse en la matrícula profesional de los escribanos (ley n° 404, art. 8, inc. a, y decreto reglamentario 1624/2000, art. 2, inc. a);

c) las razones alegadas por el Estado, excesivamente genéricas a veces, implausibles otras (“razones” que, reitero, agravan el carácter arbitrariamente discriminatorio de la norma impugnada), no logran demostrar que la distinción resulte necesaria, tan siquiera adecuada, para alcanzar un fin legítimo, que no puede alcanzarse de manera menos lesiva.

5. Finalmente, corresponde detenerse en el mandato del tercer párrafo del art. 11 de la CCBA, de acuerdo con el cual: “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”.

Entre las autoridades de la Ciudad destinadas a cumplir este mandato está el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad. Entre los obstáculos “de cualquier orden” están, vale la pena recordarlo, los obstáculos legales. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada no hace más que remover un obstáculo por demás ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, cultural, económica o social de la comunidad, y evita la demostración concreta de sus capacidades en una profesión de corte *universalista* (“dar fe”), a través de una exclusión genérica e infundada.

Por los fundamentos hasta aquí expuestos, y en lo que concierne a la primera impugnación formulada por la actora, voto por hacer lugar a la acción directa de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los arts. 8, inc. a, de la ley n° 404 y 2, inc. a, del decreto reglamentario n° 1624/2000.

### **III. El TSJ como Tribunal de Superintendencia del Notariado.**

1. La segunda impugnación central de la demanda ataca aquellas disposiciones de la ley n° 404 que suponen ampliar la competencia del Tribunal —específicamente, los límites de su jurisdicción apelada—, expresamente fijada por el art. 113, inc. 3, de la CCBA.

Como lo han explicado aquellos colegas que me precedieron en el voto, cuando se sancionó la ley n° 404, que le asignó al TSJ facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado [TSN], el Tribunal emitió la acordada n° 8/2000, para reglamentar aquella atribución. En ella consideró que la ley n° 404, art. 17, no había concebido sino de modo transitorio al TSJ como controlante del Colegio de Escribanos y del ejercicio de la profesión de escribano, hasta tanto pasaran a formar parte de la Ciudad órganos judiciales con competencia en Derecho privado, en particular, debía presidir ese organismo de control el presidente de la Cámara Civil, una vez que ese fuero se estableciera en la Ciudad de Buenos Aires, órgano judicial con competencia en la materia notarial.

Debido al tantas veces mencionado procedimiento gradual de la creación de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que toman en cuenta no sólo cláusulas transitorias de la Constitución, sino, también, sentencias iniciales del TSJ, el Tribunal señaló siempre —aun cuando aceptó algunas excepciones transitorias como ésta por la que hoy se litiga debido a la transferencia gradual de competencias y órganos de gobierno— que su competencia originaria está expresamente determinada en la Constitución local, en el art. 113, CCABA, y que ella sólo puede ser alterada, disminuida o modificada por una reforma constitucional local: “La configuración de esa competencia trasciende las potestades del legislador y

de los jueces. Tampoco se trata de una ‘competencia residual’ acerca de asuntos sobre los que no se pueda determinar cuál es el tribunal específico (*in re* “Pinedo, Federico y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, expte. n° 8/99 SAO, resolución del 18/2/99; “Hilandería Islán SRL c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa (art. 322 CPCC)”, expte. n°:94/99 SAO, resolución del 27/9/99; “Álvarez Caffaro, Roberto Enrique c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 139/99, resolución del 17/11/99, entre muchos otros precedentes”).

No cabe duda acerca de que la competencia de control sobre el Colegio de Escribanos y sobre la matrícula de esa profesión no está contenida en alguno de los supuestos determinados por el art. 113 de la Constitución local, de modo que no corresponde que el TSJ asuma el poder de policía y la tarea de superintendencia y disciplina que ahora la ley le atribuye de modo tan sólo transitorio. De tal manera, resulta para mí imposible no conceder razón a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, que quien está legitimado a proponerla pone en acto, precisamente, porque no tolera el ejercicio permanente de un poder extraño a la previsión constitucional y desea expulsar ese segmento normativo de la vida jurídica de la Ciudad.

No obstante esa conclusión y dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, lamentablemente, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de conceder efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, la trasmisión del poder de policía sobre la profesión de escribano al ámbito de la ciudad —parte de la autonomía práctica concedida por la CN, 129—, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires. Por esas razones, como Juez del TSJ acordé con mis colegas:

“1º. Disponer que hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumirá, *en forma excepcional*, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia.” (acordada n° 8/2000, del 9 de agosto de 2000, bastardilla mía).

2. Si se toma en cuenta: a) la reserva inequívoca que manifestamos los jueces respecto de la ampliación de la competencia originaria del Tribunal, dispuesta por la ley parcialmente impugnada, reserva inocultable según la mera lectura de la acordada n° 8/2000; y b) el carácter transitorio y excepcional de la asunción de la potestad de superintendencia por el TSJ, justificada hace seis años por circunstancias configurativas de una coyuntura precaria que, estimo yo, ha mutado significativamente, al menos temporalmente, concluyo entonces que el segundo argumento impugnativo de la actora, que recae sobre los arts. 117, 120, incs. a y b, 153 y 172, de la ley n° 404, resulta plenamente justificado, más allá de intereses y conveniencias.

Me parece sí excesivo, dada la inercia omisiva que ha caracterizado hasta ahora nuestro diseño y nuestra vida institucional como Ciudad autónoma, emplear la consecuencia típica de estas acciones sin matices. Si se repara en la importancia que una decisión como ésta tanto para la Legislatura de la Ciudad, como para los escribanos y el Colegio de escribanos, estimo como mejor resultado conceder un plazo —que no estimaré porque mi opinión no trascenderá según el fallo de mis colegas— para que la Legislatura dicte la norma reemplazante, esto es, determine el órgano que tomará a su cargo el control y la disciplina de la profesión notarial, tiempo durante el cual bien haría aquella institución en gestionar esa posibilidad.

Sólo a manera de ejemplo no me parece difícil la creación de un tribunal, incluso ad-hoc o por designación temporal, que cumpla estas funciones, integrado por un profesor de instrumentos públicos de la Universidad de Buenos Aires, algún juez de Cámara de la Ciudad de Buenos Aires, elegido o por sorteo, y, si se quiere, presidido por un juez del TSJ —o su variante con un juez de Cámara u otro profesor de Derecho privado—. Tampoco resulta difícil variar mínimamente el texto de la ley para integrar el Tribunal: las dos cámaras existentes en la Ciudad de Buenos Aires, reunidas en pleno, procederían a designar anualmente al presidente y a los jueces del tribunal de superintendencia para el próximo ejercicio, incluso con jueces unipersonales, si fuera preciso. En fin, existen varias opciones sencillas, para cubrir las cuales la peor de todas ha sido, sin duda, la atribución de competencia al TSJ, no sólo por sus implicaciones jurídicas, sino, antes bien, por sus implicaciones prácticas, que, si bien arribaron con demora, ya han producido efecto en el seno de las deliberaciones del TSJ aun antes de esta acción y con motivo de la interposición de un recurso.

#### **IV. La lesión supuesta del derecho a la doble instancia judicial**

Este argumento es articulado por la actora, claramente, a modo de argumento subsidiario o accesorio —más allá del alcance a otorgar a la jurisdicción establecida por el TSJ en su carácter de TSN—, porque el sistema de “enjuiciamiento” (control) previsto por la ley n° 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia judicial, del art. 8, n° 2, h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sintéticamente expuesto, la actora argumenta que esta garantía no resulta aplicable únicamente a procesos penales y señala que no existen ni son concebibles razones de peso para trazar diferencias entre aquello que concierne a las responsabilidades disciplinarias del escribano y aquello atinente al proceso penal del ciudadano. Por último, afirma que la violación de la garantía de la doble instancia es aún más palmaria en los supuestos en que el TSJ actúa como “tribunal de primera y única instancia” para resolver en aquellos procesos disciplinarios en los que, a juicio del Consejo Directivo, correspondería una pena de suspensión superior a tres meses (art. 120, inc.

a, ley n° 404) puesto que, en tal supuesto, el único recurso de apelación posible sería el recurso extraordinario federal ante la CSJN, de carácter extremadamente limitado.

La convención citada se refiere, textualmente, a la pena estatal — incluso puede discutirse su nivel— y al procedimiento de persecución penal, con lo cual, *no* abarca a los procesos disciplinarios de una profesión. No constituye una cuestión pacífica aquella referida a si la garantía local de la doble instancia, prevista en nuestra CCABA, 13, inc. 2, se proyecta solamente al proceso penal o alcanza, por lo contrario, todo tipo de procesos. Empero, se debe señalar, cualquiera que fuera la posición personal respecto del punto anterior, que el procedimiento previsto para el control de las determinaciones del Colegio de Escribanos no difiere sustancialmente en los supuestos de faltas menores y de faltas graves, y ambos implican, incluso semánticamente, una *segunda instancia*. Aunque en un caso sea menester aludir a una *acusación* para un litigio ante el TSJ y en otro al *recurso contra una sentencia*, lo cierto es que la diferencia entre ambas nociones es, si se quiere extremar la cuestión, tan sólo semántica. En ambos supuestos y casos concurren dos actos volitivos que comportan dos controles; específicamente: el Colegio expresa primero su voluntad, *acusatoria* o en forma de *decisión*, conforme a aquello que previamente ha averiguado, y el Tribunal controla si esa *acusación* o esa *decisión* resultan correctas. Por lo demás, tanto el *recurso* contra la sentencia, como el *litigio* contra la acusación, suponen derechos idénticos a la defensa, dado que el procedimiento es esencialmente registrado o escrito en actas. Por lo tanto, el argumento subsidiario bajo análisis carece de suficiente entidad: en ambos casos considerados (acusación o sentencia), el notario sancionado dispone de dos oportunidades para ser oído y para verificar su inocencia o la justificación de un reproche menor; el papel del Tribunal en uno y otro caso resulta, además, sustancialmente similar.

## V. Decisión

Con estos argumentos voto por:

1. determinar las inconstitucionalidades requeridas por la actora y privar de efectos a los arts. 8, inc. *a* —y, en consecuencia, de su reglamentación prevista en el art. 2, inc. *a*, del decreto reglamentario 1624/2000— y 172, de la ley n° 404, si no opera la acción legislativa prevista en el art. 113, inc. 2 de la CCABA; e

2. imponer las costas en el orden causado (art. 25, ley n° 402).

Por ello, oído lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia  
resuelve:**

**1. Rechazar** la demanda de inconstitucionalidad planteada a fs. 21/47 por la Asociación de Derechos Civiles contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

**2. Mandar** que se registre, se notifique y se archive.  
Fdo.: Ruiz; Conde; Lozano; Casás y Maier.