

Tweet

Uno de los temas que más nos interesan a los constitucionalistas de la libertad es la demolición de las fronteras geográficas en materia de derechos.

La verdad de la naturaleza es que no tenemos separaciones nacionales entre los seres humanos.

Las naciones son un estúpido invento de las mezquindades de los poderosos.

Y estamos seguros que pronto desaparecerán las fronteras entre países.

Pero el caso de agravio constitucional más concreto es cuando un determinado origen nacional implica desmedro en el ejercicio de derechos.

Antes parecía perfectamente legítimo que a quienes no eran argentinos no se les permitiese desempeñar empleos públicos. Era ese fuerte nacionalismo mal entendido lo que nos indignaba a los que creemos que para los derechos no hay fronteras, porque Patria es Humanidad.

El caso Pérez Ortega -que compartimos en esta nota, precedido de un inteligente comentario de la Dra. Picón- es el de una empleada del Congreso Nacional que debía pasar a planta permanente y, por el contrario, la despiden alegando que no podían nombrarla porque no tenía nacionalidad argentina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ratificando su anterior jurisprudencia ('Calvo y Pesini' y 'Gottschau'), y el antiquísimo precedente REPETTO, dice claramente que toda discriminación basada en nacionalidad entra en la categoría de presunción juris tantum de inconstitucionalidad, es decir: es una categoría siempre sospechosa.

Y con ese criterio estamos nosotros de acuerdo.

Compartamos entonces la nota, el fallo Pérez Ortega, y los precedentes citados.

LILIANA NOEMÍ PICÓN(*)

DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD. UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. EL CASO "PÉREZ ORTEGA"

TÍTULO:

Discriminación por nacionalidad. Una categoría sospechosa. El caso "Pérez Ortega"

AUTOR/ES:

Picón, Liliana N.

PUBLICACIÓN:

Erreius on line

TOMO/BOLETÍN:

-

PÁGINA:

-

MES:

Febrero

AÑO:

2014

LILIANA NOEMÍ PICÓN(*)

DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDAD. UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. EL CASO “PÉREZ ORTEGA”

Desde hace varios años, el vocablo “discriminación” se ha instalado no solo en el lenguaje jurídico, sino también en el popular. Sin embargo, consideramos prudente puntualizar el alcance del concepto, dado que no todas las situaciones de trato diferente ingresan en el ámbito de una discriminación peyorativa.

Todos los seres humanos tienen los mismos derechos y la misma dignidad. Aunque sean diferentes entre ellos, en cultura, género, raza, color, idioma u origen nacional, tienen el derecho a la misma protección de la ley y al mismo respeto por parte del Estado y de la comunidad. Cada ser humano es diferente, porque es único, y esta circunstancia que enriquece la diversidad de la humanidad no puede ser razón para excluirlo o negarle el ejercicio de sus derechos humanos. La no discriminación exige aceptar las diferencias, respetarlas y ser tolerantes con las personas que no son iguales a nosotros, porque hablan, piensan, lucen o actúan distinto. La igualdad, desde un aspecto filosófico, es un concepto que denota que los hombres gozan de una misma posición en la sociedad, pero posee, sin embargo, distinto contenido en las diferentes épocas históricas y en las diversas clases. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible cualquier situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos.

El vocablo “discriminar”, en su acepción popular, importa “establecer una distinción en 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”(1). Coincidimos con el destacado autor en el sentido de que revela la expresión manifiesta de un prejuicio hacia un miembro de un grupo por el hecho de integrarlo y por entender que es de un tipo particular.

En este contexto de análisis, se discrimina cuando el trato diferente hacia una persona o grupo de personas se sustenta en circunstancias o razones vinculadas con las características que se les atribuyen a los integrantes de un grupo particular (en el caso, el origen nacional). Reiteramos que en toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista, ya sea consciente o inconsciente, que lleva a quien discrimina arbitrariamente a considerar al otro un ser inferior en relación con el grupo de pertenencia en el que se encuentra, y persiga como objetivo su exclusión. Los prejuicios surgen a partir del desconocimiento o la ignorancia “del otro”, que lleva a que se le adjudiquen determinados rasgos distintivos, generalmente exagerados o erróneos, que al generalizarse, contribuyen a la formación de estereotipos. De hecho, cuando el prejuicio forma parte integrante de la cultura de un pueblo es usual que se transfiera de un grupo a otro.

No existen dudas acerca de que el trato discriminatorio vulnera un derecho humano fundamental -la equidad-, que integra el conjunto de pautas éticas con proyección jurídica que surgen de la necesidad de que todos los individuos sin distinción cuenten con condiciones esenciales para una vida digna y que constituye el patrimonio común e inalienable de la humanidad. Ciertamente, las necesidades del ser humano no han sido siempre las mismas. La evolución histórica demuestra que se han ampliado y que permanecen en constante crecimiento y evolución. Derechos que hoy parecen elementales, como la educación gratuita, el trato carcelario, las condiciones dignas y equitativas de trabajo, la asistencia sanitaria, son recientes y eran casi impensados siglos atrás. Para comprender acabadamente el origen del trato discriminatorio por razones de nacionalidad es necesario incursionar en el concepto de “minoría”.

La Corte Permanente de Justicia Internacional interpretó el concepto de “minoría” en un dictamen consultivo(2) sobre la emigración de las comunidades grecobúlgaras y afirmó: “Según la tradición ... la ‘comunidad’ es un grupo de personas que viven en un país o localidad determinados, tienen una raza, religión, lengua y tradiciones que le son propias y están unidas por la identidad de esa raza, religión, lengua y tradiciones en un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, mantener su culto, asegurar la instrucción y educación de sus hijos de acuerdo con el genio de su raza y ayudarse mutuamente ... La cuestión de si ... una comunidad determinada está o no conforme con la noción anteriormente descrita es una cuestión de hecho ... La existencia de las comunidades es una cuestión de hecho, no de derecho ... La Corte opina por unanimidad que debe responder como sigue a las preguntas que le han sido formuladas: 1) El criterio del concepto de comunidad tal como se emplea en los artículos del Convenio ... es la existencia de una colectividad de personas que habitan en un país o localidad dados, pertenecen a una raza, profesan una religión, hablan un idioma y conservan tradiciones propias y están además unidas por la identidad de esa raza, de esa religión, de ese idioma y de esas tradiciones en un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, mantener su culto, asegurar la instrucción y la educación de sus hijos conforme al genio de su raza y ayudarse

mutuamente”.

Alessandro Pizzorusso sostiene que la noción jurídica del término “minoría” debe contener dos elementos esenciales: a) Quienes pertenecen a la minoría forman siempre un “grupo social” y b) La asunción en el ámbito de la comunidad estatal de una posición de inferioridad(3). Por su parte, Kiper precisa que “los grupos cuya situación es especial o que requieren una protección jurídica específica son, esencialmente, los que constituyen comunidades con características étnicas, religiosas o lingüísticas propias, diferentes de las del resto de la población. Este dato objetivamente reconocible es el punto de partida de toda definición. Sin embargo ... las diferencias subjetivas están rigurosamente vinculadas al factor ‘subjetivo’ (deseo de conservar las características del grupo) desde el momento en que se habla de comunidades con identidad propia ... Por otra parte, el factor numérico (inferioridad numérica frente al resto de la población del Estado) tiene una importancia innegable, pues la necesidad de proteger a las minorías se basa fundamentalmente en la debilidad de su posición...”.

El destacado autor considera que el concepto de “minoría” debe excluir, en principio, a los extranjeros que residen en un país, si bien no ignora la problemática emergente de fenómenos tales como las migraciones de trabajadores. Sostiene que el caso de los extranjeros es distinto al de las personas que poseen la nacionalidad del país en el que viven, ya que mientras el individuo sostiene su condición de extranjero, tiene derecho a la protección que le confiere el derecho internacional consuetudinario a las personas que se encuentran en países distintos, así como los derechos especiales emergentes de tratados o acuerdos especiales. Las personas del mismo origen que tienen características propias diferentes de las del resto de la población de un Estado (como el caso de los inmigrantes) no tienen por qué formar automáticamente parte de un grupo minoritario, pues ello depende de la voluntad del individuo de “contribuir a la formación de un grupo minoritario o a integrarse en el resto de la población”. Sin embargo, en nuestra opinión, la realidad demuestra que, más allá de la integración económica, existe cierta contribución social al grupo minoritario. El estudio del tratamiento peyorativo por motivaciones de nacionalidad ha revelado que se trata de una minoría vulnerable(4) y que existe no solo en los hechos, sino también en la normativa, si bien cada vez con menor intensidad, ante la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y su irrupción en el orden jurídico argentino.

El principio de igualdad formal que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional reconoce antecedentes, como señala Gelli(5), en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 1 sostiene que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden basarse en la utilidad social”. La doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias “con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquella se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros”(6). La sanción de la ley

23592(7) obliga a “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, a pedido del interesado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados”. Coincidimos con la autora en el sentido de que la norma remite a diferencias de trato sin fundamento razonable o legítimo derecho y, por ende, excluiría diferenciaciones que carezcan de fin irrazonable o persecutorio.

En este contexto general de igualdad, la Constitución Nacional aborda en el artículo 20 la cuestión atinente a los extranjeros y les otorga el goce, en todo el territorio de la Nación, de todos los derechos civiles del ciudadano: 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. Se trata de una rígida y absoluta equiparación entre nacionales y extranjeros, que destacados autores como Kemelmajer de Carlucci han considerado plausible, al sostener la generosidad de la Constitución Argentina a la hora de reconocer derechos al no nacional(8). Difiere de la regulación del artículo 16 de ese cuerpo normativo, que impone, como hemos analizado, un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. Ha dicho desde antaño el Máximo Tribunal de la Nación que “la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros)”(9). Esta interpretación permite admitir gradaciones en el balance y en la ponderación, en tanto no se altere la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la Nación”. Repárese en que “en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y especialmente, al desempeño de sus profesiones dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y estos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”(10). Por ende, en la postura del Alto Tribunal debería exigirse una “justificación suficiente de restricción”, dado que el patrón de nacionalidad como criterio normativo de distinción es considerado como merecedor de desconfianza y sujeto al escrutinio judicial más estricto que el que se aplica a otras categorías no mencionadas explícitamente.(11)

Sostiene Gelli(12) que el artículo 20 “inspirado en el del proyecto de Alberdi, tenía como objetivo desarrollar políticas inmigratorias para poblar, estimular el comercio y la industria y acabar con el desierto y engrandecer, de ese modo, el país”. Sin embargo, la destacada autora se pregunta si esta igualdad es absoluta o relativa y si el Estado se encontraría facultado para reglamentarla, limitándola. Para su respuesta acude al análisis que de esta norma constitucional efectuara la CSJN en la causa “Repetto”(13), en el que se debatía la aplicación de una normativa provincial que prohibía a una ciudadana norteamericana con

título de maestra jardinera obtenido en nuestro país ejercer esa profesión en la escuela pública de gestión privada. El Tribunal, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad de aquella disposición y amparó el derecho de la extranjera a enseñar. La mayoría se apoyó en el principio de equiparación total de los extranjeros a los argentinos, en el ejercicio de sus derechos civiles y en el hecho de que no podría utilizarse la categoría de la nacionalidad como criterio de selección para reconocer o negar derechos. Pero además, la CSJN efectuó un control de razonabilidad del medio legal, al sostener que si se prohibiese a los extranjeros enseñar, no solo en el ámbito estatal sino en el privado, la profesión de maestro les estaría totalmente vedada. Resulta relevante la concurrencia integrada por los ministros Petracchi y Bacqué, quienes expresaron que cualquier diferenciación en el ejercicio de los derechos civiles entre nacionales y extranjeros se hallaría afectada por una presunción de inconstitucionalidad -categoría sospechosa-, por lo que no bastaría la mera invocación del interés vital por parte del Estado ni la razonabilidad de la medida. Este criterio fue adoptado en causa análoga, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 30, inciso a), del Estatuto del Personal Docente de la Provincia del Chubut, ley 1820, en cuanto establecía como requisito para el ejercicio de la docencia la ciudadanía argentina, dado que el derecho de todo ciudadano a ejercer su profesión se encuentra reconocido expresamente a los extranjeros, los cuales además no están obligados a admitir la ciudadanía conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Nacional(14). En igual sentido, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley 18575, que imponía el recaudo de 6 años de antigüedad en el ejercicio de la ciudadanía argentina a quien pretendía ejercer la docencia en zonas de frontera, en tanto privaba de la oportunidad de acceder a una ciudadana nacionalizada argentina por plazo menor a un trabajo que se reconocía a un ciudadano argentino nativo en las mismas circunstancias objetivas de aptitud y calificación profesional(15), siguiendo el mismo criterio de análisis de categoría sospechosa de discriminación que había sido sustentado en el precedente "R. A., D."(16) y que se ha mantenido en precedentes más recientes(17).

Coincidimos con esta interpretación en el sentido de que cuando se cuestiona una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional", corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de presunción de inconstitucionalidad, generándose la inversión de la carga probatoria(18). El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad, como serían las expresamente mencionadas en los Tratados Internacionales de Derechos humanos, y que impone un test diferenciado cuando el trato desfavorable afecta determinada categoría de personas(19). Repárese en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, compromete a los Estados parte a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sin discriminación por razones de

origen nacional, entre otras motivaciones(20), previsión reiterada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(21), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(22) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos(23), todas ellas de jerarquía constitucional [conf. art. 75, inc. 22), CN]. No desatendemos que destacada doctrina considera que no sería equiparable el concepto de “origen nacional” -al que aluden los referidos Tratados Internacionales- con el de “nacionalidad”, en tanto el primero parecería denotar el origen étnico o racial del individuo con indiferencia de su nacionalidad(24). Sin embargo, nos enrolamos en la postura de la CSJN que sostiene que la referencia al “origen nacional” también comprende la “nacionalidad”(25) y que la Constitución Nacional, tanto en su texto del año 1853 como en el actual, no distingue entre nacionalidad y ciudadanía, utilizando ambos términos como sinónimos(26).

Por lo general, los factores prohibidos de discriminación se vinculan con motivos inmutables, sobre los cuales el individuo no tiene control y que no puede modificar por su propia voluntad, o bien son factores históricos vinculados con prácticas de segregación (como la religión o el origen nacional).

Dulitzky(27) considera el tratamiento de los motivos incluidos en las “categorías sospechosas” de discriminación. Establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad y exige un “plus” de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

Hemos formulado estas reflexiones iniciales no con afán docente, sino ante la necesidad de delimitar el ámbito jurídico y social de análisis de los fallos “Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Estado Nacional – Cámara de Diputados de la Nación”, emitidos por la CSJN el 21 de febrero de 2013(28) y por la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo Federal el 14 de mayo del mismo año(29).

Una extranjera que desempeñaba tareas administrativas en la Cámara de Diputados de la Nación impugnó la resolución de su Presidente por la que se había revocado su designación para un cargo de planta permanente, porque no cumplía el requisito de ser argentina, exigido por el artículo 7, inciso d), de la ley 22140. En este contexto, había requerido indemnización por cesantía incausada y la sustitución en especie de la estabilidad, por una indemnización con más la reparación de los daños materiales y morales. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, había rechazado la acción, y ello motivó el recurso extraordinario de la actora, que al ser denegado, dio lugar a la queja y a la intervención del Máximo Tribunal. El fallo fue precedido por el dictamen de la señora Procuradora Fiscal ante la CSJN, doctora Laura Monti(30), quien consideró que incumbía a los magistrados ordinarios determinar el alcance de las presentaciones efectuadas, facultad cuyo ejercicio no estaba sujeto a revisión en la instancia extraordinaria salvo manifiesta arbitrariedad (doctrina de Fallos: 323:1699), por lo que consideró que debía rechazarse la queja.

Apartándose de los fundamentos que sustentaron ese dictamen, el Alto Tribunal de la Nación consideró que la resolución que había declarado desierto el recurso ante el Tribunal de Alzada era impugnabile por la vía del artículo 14 de la ley 48, en tanto revelaba un excesivo rigor formal en la manera de apreciar la técnica del recurso, y ello era susceptible de frustrar el derecho federal invocado (Fallos: 298:11; 302:1669; 303:1929; 326:1382). Pero además concluyó que el fallo apelado omitía pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y sobradamente conducentes para la resolución del caso, como era el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7, inciso d), de la ley 22140, que exigía un requisito de nacionalidad que la actora consideraba contrario a los artículos 14, 14 bis, 16, 20 y 75, inciso 22), de la Constitución Nacional. También sostuvo que no resultaba oponible la teoría de los actos propios cuando la interesada se había visto obligada a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). La norma impugnada(31) resultaba violatoria de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no superaba el exigente control de constitucionalidad.

La presencia de un criterio sospechoso, y la presunción de su carácter reprochable, impone desde la interpretación del Alto Tribunal la inversión de la carga de la prueba, recayendo sobre el demandado la prueba acerca de que la diferencia de trato se encuentra justificada, por ser el medio menos restrictivo para cumplir el fin legítimo (Fallos: 332:433, consid. 6 y sus cits.). Este ha sido el marco de análisis de la Corte, que ha establecido, para supuestos vinculados con trato discriminatorio, dos tipos de escrutinio, según que la situación litigiosa recayera en un “motivo sospechoso” o no. En el primer supuesto surge “una presunción o sospecha de ilegitimidad”, con desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte que defiende la validez del acto. La cuidadosa prueba debe recaer sobre los fines que la norma o acto intenta resguardar y sobre los medios utilizados para alcanzar dicho fin. En el segundo, si la situación litigiosa fuera ajena a un “motivo prohibido”, la norma o acto cuestionado gozará de “presunción de legitimidad o constitucionalidad” y el criterio de ponderación será menos exigente(32). Este criterio ha sido adoptado en otros pronunciamientos, ante la presencia de una “categoría sospechosa de inconstitucionalidad” y a fin de disipar toda duda sobre si no existen medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido por la norma de un modo menos gravoso para el interesado(33). Es cierto que no toda desigualdad de trato importa una infracción constitucional, que debería quedar ceñida a aquellos supuestos en los cuales se introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales, y que carece de una justificación objetiva y razonable, porque el principio de igualdad exige que “...a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciados sea arbitraria o carezca de fundamento racional”(34). Por ello, el ámbito de aplicación del analizado precepto constitucional admite las gradaciones, el balance y la ponderación mientras no se altere lo central del principio que

consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, en tanto habitantes de la Nación. El pronunciamiento del Alto Tribunal en la causa "Pérez Ortega" motivó un nuevo fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal(35), con voto de los doctores Luis María Márquez, María Caputi y José Luis Castiñeira, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso d), de la ley 22140, en cuanto establecía el requisito de la nacionalidad para trabajar en la Cámara Baja. Para arribar a esta conclusión se aplicó el criterio de inversión de la carga probatoria, al considerar que la ley debía ser sospechosa de discriminación y portadora, al mismo tiempo, de una presunción de inconstitucionalidad. En su voto, el juez Castiñeira destacó que la prescripción prevista en el artículo 7, inciso d), de la ley 22140, en tanto impone una distinción basada en la nacionalidad, debe ser considerada sospechosa de discriminación, que la demandada debe revertir con una cuidadosa prueba sobre los fines que se intentaron resguardar y los medios utilizados al efecto, disipando toda duda sobre la existencia de medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado. El magistrado recordó que los demandados habían alegado que "se trata de una solución legislativa razonable con base en que si bien el producto final que impone la Constitución Nacional como tarea de las Cámaras Legislativas, ello es las leyes, son públicas, a diferencia de lo que sostiene la actora, la actividad interna previo a la emisión de las mismas no es pública y no debe ser conocida por todos". Sin embargo, también precisó que "no resultan suficientes para acreditar la existencia de fines sustanciales que hagan al ejercicio de funciones básicas del Estado que requieran que el cargo de la actora -de carácter administrativo y técnico- ... solo pudiera ser cubierto por argentinos" y destacó que "teniendo en cuenta el principio general que consagra el artículo 16 de la Carta Magna en favor de todos los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión ... y toda vez que no se ha justificado la razonabilidad o el interés estatal que se intenta resguardar con la restricción prevista en el artículo 7 inciso d), de la ley 22140, corresponde declarar su inconstitucionalidad...".

El nuevo pronunciamiento de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, si bien rechazó el pago de salarios por funciones no desempeñadas(36), condenó a la demandada a abonar a la accionante una indemnización igual a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año, desde el mes de mayo de 1984, fecha de ingreso a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación como personal de planta transitoria, hasta el mes de julio de 2003, fecha en la cual se revocara su designación como personal de planta permanente(37). También condenó el pago de daño moral, al considerar que la situación encuadraba en el artículo 1 de la ley 23592 y, por ende, el acto discriminatorio del que fuera víctima la actora debía repararse.

Coincidimos en el sentido de que la temática analizada se encuentra estrechamente vinculada con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto enuncia y erige con

rango supremo al principio protectorio, al que se suma la indisponibilidad de derechos irrenunciables y la prohibición de renuncia de la aplicación de normas que tutelan el trabajo en sus diversas formas, tanto en el ámbito público como en el privado(38). Pero lo más relevante es que el principio de igualdad y no discriminación que emerge de las disposiciones constitucionales analizadas, y de la normativa internacional que ha sido incorporada con igual jerarquía, integra el jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y constituye un principio fundamental que nutre todo ordenamiento jurídico. Memoramos el voto del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos doctor Cancado Trindade cuando sostuvo que “Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión pública o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general ... Por ello los Estados ... no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes ... y sí otorgar un trato distinto ... cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos”(39).

Notas:

(*) Fiscal Nacional ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia del Trabajo a cargo de la Fiscalía 8. Especialista para la Magistratura. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales UNTREF. Doctora en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derechos Humanos. Docente de grado y posgrado

(1) Conf. “Random House Dictionary of the English Language”, cit. por Kiper, Claudio M.: “Derechos de las minorías ante la discriminación” - Ed. Hammurabi - octubre/1998

(2) Dict. consultivo del 31/7/1930 CPJI - serie B - N° 17 - págs. 19, 21, 22 y 23, cit. en Kiper, Claudio M.: “Derechos de las minorías ante la discriminación” - Ed. Hammurabi - octubre/1998

(3) Pizzorusso: “Le minoranze nel diritto pubblico interno” - pág. 182 y ss., cit. por Kiper, Claudio M.: “Derechos de las minorías ante la discriminación” - Ed. Hammurabi - octubre/1998

(4) Secc. 2ª Beneficiarios de las reglas, pto. 9 en “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana a las que adhirió la CSJN por Ac. 5 del 24/2/2009

(5) Gelli, María A.: “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada” - 2ª ed. ampliada y actualizada - Ed. LL - 2003

(6) Gelli, María A.: “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada” - 2ª ed. ampliada y actualizada - Ed. LL - 2003

(7) L. 23592, BO: 5/5/1988

- (8) "Sanhueza" - SC Mendoza - 25/3/1996, voto de Kemelmajer de Carlucci - LL 1996-C-525, cit. por Kiper, Claudio M.: "Derechos de las minorías ante la discriminación" - Ed. Hammurabi - octubre/1998
- (9) "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" - CSJN - 8/8/2006 - Fallos: 329:2986 (2006)
- (10) Voto de los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué en "Calvo y Pesini, Rocío c/Cba., Prov. de s/amparo", Fallos: 321:194 (1998)
- (11) Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán B.: "La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente" - JA - 2001 - I - pág. 1241, cit. en Buteler, Alfonso: "Nacionalidad, actos propios y permanencia en el empleo público", nota a fallo - LL - 26/3/2013
- (12) Gelli, María A.: "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada" - 2ª ed. ampliada y actualizada - Ed. LL - 2003
- (13) "Repetto, Inés M. c/Prov. de Bs. As." - CSJN - Fallos: 311:2272 (1988)
- (14) "Pérez Aguilar, Tania C. c/Prov. del Chubut" - Capel. Noroeste del Chubut - Sala A - 27/9/2004
- (15) "P. M. M. J. c/Consejo Profesional de Educación" - TSJ de la Prov. de Santa Cruz - 21/6/2012
- (16) Fallos: 330:3853, voto de los jueces Petracchi y Argibay. A la actora de nacionalidad boliviana se le había denegado una pensión por invalidez por no cumplir con el recaudo normativo de residencia continua durante 20 años. El Tribunal consideró que la contradicción directa con las reglas constitucionales que prohíben el trato discriminatorio en razón del origen nacional obliga a considerar a la categorización realizada por el D. 432/1997 como sospechosa de discriminación y a hacer pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad
- (17) Fallos: 331:1715 (2008) caso "Mantecón Valdés". Amparo promovido por una persona que cuestionaba el acto administrativo por medio del cual se había desestimado su solicitud de participación en un concurso convocado para el cargo de bibliotecario de la CSJN por ser de nacionalidad cubana, cuando la reglamentación exigía ser argentino. Se declaró la invalidez del acto administrativo y la inconstitucionalidad del reglamento que lo sustentó
- (18) CSJN, Fallos: 327:5118, consid. 4 y sus cits.
- (19) Gialdino, Rolando E.: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones" - Ed. AbeledoPerrot - 2013
- (20) Pto. 1, art. 1, Cap. 1
- (21) Parte 2, art. 2, pto. 2
- (22) Parte 2, art. 2, pto. 1
- (23) Art. 2, pto. 1
- (24) Gialdino, Rolando E.: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones" - Ed. AbeledoPerrot - 2013 - pág. 229 y ss.
- (25) CSJN, "Gottschau", Fallos: 329:2986 y "Mantecón Valdés", Fallos: 331:1715

- (26) CSJN, "Hoofft", Fallos: 327:5118; 5133; 5129
- (27) Dulitzky, Ariel E.: "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", www.anuariocdhn.uchile.cl
- (28) RUE de la actora en "Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Cámara de Diputados de la Nación - R. 443/1989 s/empleo público" - SCP - 334 - L. XLV
- (29) Sala II, en su nueva integración, con votos de los Dres. José Luis López Castiñeira, Luis María Márquez y María Claudia Caputi
- (30) Dict. del 29/10/2010
- (31) Art. 7, inc. d), L. 22140: "El ingreso a la Administración Pública Nacional se hará previa acreditación de las siguientes condiciones, en la forma que determine la reglamentación. d) ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía. Las excepciones a cualquiera de estos requisitos deberán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en cada caso"
- (32) Gialdino, Rolando E.: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones" - Ed. AbeledoPerrot - 2013
- (33) "P. M. M. J. c/Consejo Provincial de Educación" - TSJ de la Prov. de Santa Cruz - 21/6/2012
- (34) Tribunal Constitucional de España; v. sent. 154/2006 del 22/5/2006 y sent. 5/2007 del 15/1/2007; "Gerez, María Cecilia c/Dirección General de Cultura y Educación Consejo Escolar Quilmes s/amparo" - SCBA - causa B. 65.948 del 19/12/2007, cit. en "P. M. M. J. c/Consejo Provincial de Educación" - TSJ de la Prov. de Santa Cruz - 21/6/2012
- (35) Sala II, en su nueva integración, Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., fallo del 14/5/2013
- (36) Siguiendo el criterio de la CSJN en Fallos: 321:2748 y 324:180
- (37) Conf. criterio CSJN en "Ramos, José Luis c/EN - MD ARA", Fallos: 333:331
- (38) Ver consid. 5, CSJN, "Recurso de hecho deducido en la causa Pérez Ortega"
- (39) CIDH Opinión Consultiva OC 18/2003 del 17/9/2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos

PEREZ ORTEGA FALLO COMPLETO

Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público
CSJN, Fallos, P. 334, XLV., 21/02/13
DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL:
Suprema Corte:

-I-

A fs. 357/358, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda interpuesta por Laura Fernanda Pérez Ortega contra la H. Cámara de Diputados de la Nación, a fin de obtener una indemnización por cesantía encausada.

Para así resolver sostuvo, en primer término, que no se encontraban cumplidos los requisitos previstos en el art. 265 de CPCCN, dado que la apelación bajo examen no se había presentado como una crítica concreta y razonada de la sentencia recurrida, requisito que no era sustituible con una mera discrepancia del criterio juzgador, sino que implicaba el estudio de los razonamientos de aquél, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas.

Sin perjuicio de lo expuesto, destacó seguidamente:

1º que el hecho de que en la resolución atacada se citase una norma cronológicamente posterior a su cese, en nada había afectado el derecho de defensa de la actora, atento a la identidad del objeto regulado y de los sujetos destinatarios entre el art. 7º, inc. d) de la ley 22.140 y el art. 5º, inc. a) de la ley 24.600.

2º que la aseveración de la juez de que no medió una excepción expresa que permitiera su designación válida, no había sido debidamente controvertida por la actora y que, por lo contrario, las afirmaciones que realizó sobre el punto no hicieron más que privar de sustento a su tesis de que la dispensa del requisito de la nacionalidad podía ser tácita.

3º que tampoco se verificó en el caso, lo que la actora denominó “cosa juzgada administrativa”. Refirió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Almagro” (sentencia del 17/02/1998), interpretando los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, sostuvo “que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— eran igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituiría una solución razonable ni valiosa. Agregó que una correcta hermenéutica del pronunciamiento y de las normas citadas, sumada a la expresa previsión del art. 9º) de la ley 22.140 —“Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 7º y 8º, o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualesquiera sea el tiempo transcurrido...” — ciaban por tierra con la argumentación de la recurrente.

4º que la demandante no logró demostrar el error de la juez de grado en cuanto sostuvo que si consideraba inconstitucional la previsión del art. 7º, inc. d) de la ley 22.140 —o art. 5º, inc. a) de la ley 24.600 — debió haberla impugnado al inicio de la relación. Por tal razón, acotó, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal “El sometimiento voluntario sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (Fallos:

328:100; 328:470; 327:290; 326:2675; 326:417 entre otros)— y dado que la actora no había aportado elementos críticos que permitieran variar el criterio pacífico y reiterado de la doctrina judicial citada, su planteo al respecto no podía tener favorable recepción. Concluyó que, en esas condiciones, correspondía declarar desierta la apelación en los términos del art. 266 del Código de rito.

-II-

Disconforme, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 361/379, que —denegado por la Cámara (fs. 394)— dio lugar a la presentación directa que trae el asunto a conocimiento de V.E.

Alegó, básicamente, que la sentencia del tribunal era arbitraria toda vez que: a) afirmó dogmáticamente que la apelación de su parte no constituí una crítica concreta y razonada contra la sentencia de la anterior instancia; b) no tuvo en cuenta que, en el legajo a su ingreso, dejó constancia de su nacionalidad española; c) consideró que por haberse sometido voluntariamente a un régimen durante diecinueve años, no podía ampararse en la presunta inconstitucionalidad del art. 7º, inc. d) de la ley 22.140; d) no entendió verificado en el sub lite un caso de “cosa juzgada administrativa” y e) sostuvo que la errónea invocación de 14 norma que causa su-cesantía no le produjo perjuicio.

-III-

En mi opinión, el recurso deducido no evidencia ningún flechó que pueda revertir el principio reiteradamente admitido por V.E. en cuanto a que las cuestiones de derecho común y procesal no son revisables por el Tribunal.

En efecto la Corte ha establecido reiteradamente que son cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario lo atinente al alcance que corresponde dar al recurso interpuesto por los apelantes y a la expresión de agravios vertida para fundamentar las apelaciones interpuestas; en particular cuando la decisión cuenta con fundamentos suficientes que le confieren base jurídica y descartan la tacha de arbitrariedad (doctrina de Fallos 323:1699 y sus citas).

Ha manifestado V.E. al respecto, que incumbe a los magistrados ordinarios determinar el alcance de las presentaciones efectuadas, facultad cuyo ejercicio no está sujeto a revisión en la instancia extraordinaria salvo manifiesta arbitrariedad (doctrina de Fallos: 323:1699).

-IV-

Así las cosas, considero que V.E. debería rechazar la presente queja. Buenos Aires, 29 de octubre de 2010.

LAURA MERCEDES MONTI.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de febrero de 2013.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pérez Ortega, Laura

Fernanda c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que había rechazado la acción interpuesta que perseguía la declaración de nulidad de la Resolución 544/03 del Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación y la correspondiente indemnización por despido incausado. La resolución impugnada revocó la designación de la peticionaria en un cargo de planta permanente, porque no cumplía el requisito de ser argentina, exigido en el artículo 7°, inc. d, de la ley 22.140 para el ingreso a la Administración Pública Nacional.

Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación origina la presente queja.

2°) Que, para fundar su decisión, la cámara consideró que la apelación contra la sentencia de primera instancia debía ser declarada desierta porque en ella la apelante no se hacía cargo debidamente de los fundamentos del pronunciamiento impugnado. Sostuvo, en lo que interesa, que no habla rebatido en forma adecuada el argumento según el cual, si la actora consideraba inconstitucional el artículo 7°, inc. d, de la ley 22.140, tendría que haberlo impugnado al inicio de la relación de empleo público porque, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación.

3°) Que el Tribunal ha expresado repetidamente que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo cuando lo decidido revela un excesivo rigor formal susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (Fallos: 298:11; 302:1669; 303:1929; 324:176; 326:1382, 2414; 327:3166; entre otros).

A juicio de esta Corte, en las presentes actuaciones concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada. En efecto, el escrito de apelación de la actora —cuya copia obra a fs. 327/345 vta.— constituye una crítica concreta y razonada, en los términos del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De su simple lectura resulta que la apelante no solo refutó todos y cada uno de los fundamentos dados por el juez de primera instancia, sino que presentó argumentos conducentes, concretos y razonados, que no fueron evaluados por el tribunal. En particular, la actora confutó el fundamento relativo al sometimiento voluntario. Al respecto, sostuvo que no era admisible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de actos propios a casos como el presente, porque en una relación laboral resultaría irrazonable y desproporcionado exigir al empleado que, al iniciar el vínculo, analizara toda la normativa relativa al empleo público y la cuestionara. Por otra parte, manifestó que no inició anteriormente la acción simplemente porque antes de su separación del cargo no tenía perjuicio alguno.

En consecuencia, el fallo apelado no solo trasunta un excesivo rigor formal en la manera de

apreciar la técnica del recurso interpuesto, sino que omite pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y sobradamente conducentes para la resolución del caso, como es el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7°, inciso d, de la ley 22.140, que exige un requisito de nacionalidad, que la actora considera contrario a los artículos 14, 14 bis, 16, 20 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 329:997 y 330:3582, entre muchos otros).

Cabe concluir, pues, que el a quo calificó la apelación de la actora como desierta en forma dogmática y arbitraria, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido, por carecer de la indispensable fundamentación conforme a las circunstancias de la causa (Fallos: 324:1301, 2966; 328:3067, entre otros).

4°) Que, sentado ello, cabe señalar que si el pleito involucra cuestiones de naturaleza federal —tal como ocurre en el sub examine— la decisión del a quo que impide, con manifiesto exceso ritual, el tratamiento en la segunda instancia de los agravios que plantea la apelante en tal sentido, importa un pronunciamiento implícito contrario a las pretensiones de aquélla (Fallos: 188:482; 190:50). Por tal motivo, esta Corte queda habilitada para tratar las cuestiones federales debatidas en la causa (doctrina de Fallos: 324:488).

5°) Que, así, cabe pronunciarse sobre el agravio relativo a la aplicación al caso de la doctrina del sometimiento voluntario. Al respecto, asiste razón a la apelante en cuanto alega que los precedentes de esta Corte citados por el a quo en este punto no resultan aplicables a supuestos como el sub examine. Ello es así, pues el Tribunal ha precisado que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). Asimismo, cabe destacar que la litis está entrañablemente ligada al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al principio protectorio que éste enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce necesariamente a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo “en todas sus formas”, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado.

6°) Que, por otra parte, es indudable la procedencia del agravio relativo a que el artículo 7°, inciso d, de la ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos. En este punto, las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes “Calvo y Pesini, Rocío c. Córdoba, Provincia de” y “Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (Fallos: 321:194 y 329:2986), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Así se declara.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con

costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento sobre el pedido de indemnización. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. — RICARDO LUIS LORENZETTI. — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (en disidencia parcial) — CARLOS S. FAYT. — E. RAÚL ZAFFARONI. — ENRIQUE S. PETRACCHI. — JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia parcial) — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA:

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la acción interpuesta con el fin de obtener la declaración de nulidad de la resolución 544/03 del Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación por la que se había revocado la designación de la actora en su cargo de planta permanente con fundamento en que no cumplía con el requisito de nacionalidad previsto en el artículo 7°, inc. d de la ley 22.140 para el ingreso a la Administración Pública Nacional. Conjuntamente la actora petitionó la indemnización por el despido incausado.

Contra tal pronunciamiento, la demandante interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la presente queja.

2°) Que, para fundar su decisión, el a quo consideró que la apelación contra la sentencia de primera instancia debía ser declarada desierta porque en ella la apelante no se hacía debidamente cargo de los fundamentos del pronunciamiento impugnado. En particular, sostuvo que no había rebatido en forma adecuada el argumento según el cual, si la actora consideraba inconstitucional el artículo 7°, inc. d de la ley 22.140, tendría que haberlo impugnado al inicio de la relación de empleo público porque, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación.

3°) Que este Tribunal ha expresado repetidamente que las resoluciones por las que se declara desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo cuando lo decidido revela un excesivo rigor formal susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (Fallos: 298:11; 302:1669; 303:1929; 324:176; 326:1382, 2414; 327:3166; entre otros).

A juicio de esta Corte, en las presentes actuaciones concurren los supuestos de excepción que permiten revisar la sentencia apelada. En efecto, el escrito de apelación de la actora —cuya copia obra a fs. 327/345 vta.— constituye una crítica concreta y razonada, en los términos del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De su simple lectura resulta que la apelante no solo refutó todos y cada uno de los fundamentos dados por el juez de primera instancia, sino que presentó argumentos conducentes, concretos y razonados, que no fueron evaluados por el tribunal. En particular, confutó el fundamento

relativo al sometimiento voluntario. Al respecto, sostuvo que no era admisible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de actos propios a casos como el presente, porque en una relación laboral resultaría irrazonable y desproporcionado exigir al empleado que, al iniciar el vínculo, analizara toda la normativa relativa al empleo público y la cuestionara. Por otra parte, manifestó que no inició anteriormente la acción simplemente porque hasta su separación del cargo carecía de perjuicio.

En consecuencia, la sentencia recurrida trasunta un excesivo rigor formal en la manera de apreciar la técnica del recurso interpuesto, a la vez que omite pronunciarse sobre cuestiones federales oportunamente introducidas y conducentes para la resolución del caso, como es el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7°, inciso d de la ley 22.140, que exige un requisito de nacionalidad, que la actora considera contrario a los artículos 14, 14 bis, 16, 20 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Corresponde concluir pues que el a quo calificó la apelación de la actora como desierta en forma dogmática y arbitraria (Fallos: 324:1301, 2966; 328:3067, entre otros).

4°) Que, sentado ello, cabe señalar que si el pleito involucra cuestiones de naturaleza federal —como ocurre en el caso— la decisión del a quo que impide, con manifiesto exceso ritual, el tratamiento en la segunda instancia de los agravios que plantea la apelante en tal sentido, importa un pronunciamiento implícito contrario a las pretensiones de aquélla (Fallos: 188:482; 190:50),

5°) Que, así, cabe pronunciarse sobre el agravio relativo a la aplicación al caso de la doctrina del sometimiento voluntario. Al respecto, asiste razón a la apelante en cuanto alega que los precedentes de esta Corte citados por el a quo en este punto no resultan aplicables a supuestos como el sub examine. Ello es así, pues el Tribunal ha precisado que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (doctrina de Fallos: 311:1132). Asimismo, cabe destacar que la litis está entrañablemente ligada al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al principio protectorio que éste enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo “en todas sus formas”, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado.

6°) Que, por lo dicho, el a quo debió tratar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 7°, inciso d de la ley 22.140, en el que se dispone que el ingreso a la Administración Pública Nacional se hará previa acreditación en la forma que determine la reglamentación —entre otras condiciones— de la nacionalidad argentina, debiendo los naturalizados tener más de cuatro años de ejercicio de la ciudadanía.

En ese sentido, cabe recordar que una problemática sustancialmente análoga fue resuelta en el caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, sentencia del 8 de agosto de 2006, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda (Fallos: 329:2986).

En aquella oportunidad se tuvo en consideración que la actora se postulaba para acceder a un cargo público (tal como sucede en el presente) y, sobre esa base, se concluyó que el artículo 20 de la Ley Fundamental no era la norma que regía el caso, en tanto en ella se establece que “los 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 (...)”. En el caso no estaba comprometido ninguno de los derechos civiles de la demandante sino que se hallaba en juego el derecho de acceder —en el sub lite sería el de permanecer— en un empleo público.

Resultaba, en cambio, reguladora de la situación —conforme al precedente citado— la garantía consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional en tanto en ella se asegura que “todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Esta norma no establece una equiparación rígida, como la del artículo 20, sino que impone un principio genérico que no impide la existencia de diferencias legítimas. Como esta Corte lo ha dicho desde antaño, la igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). Por lo tanto, el ámbito de aplicación de esta igualdad admite gradaciones, apreciaciones de más o de menos, balance y ponderación, en tanto —claro está— no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la Nación”.

7°) Que, atento a las semejanzas con la causa invocada en el sub lite, la ponderación del requisito de la nacionalidad argentina para el acceso al empleo público nacional conduce al examen del artículo 16 citado en su relación con el principio de idoneidad. Por lo tanto, corresponde determinar si, en el caso concreto y evaluando las funciones que competen al cargo para el que fue designada la actora, la exigencia de ser argentina integraba el concepto de idoneidad y supera, por ello, el test de constitucionalidad.

Es dable poner énfasis en que ese examen remite a la distinción entre nacionales y extranjeros y no, como ha tenido oportunidad de valorar esta Corte en otros casos, entre ciudadanos que han adquirido su nacionalidad por origen o por opción (conf. “Hooft” Fallos: 327:5118). Por lo dicho, si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control, éste no coincide con el efectuado en ese precedente, en el que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad (conf. “Gottschau” Fallos: 329:2986, cit.).

La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción superen el aludido test (conf. en este sentido artículo 23, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1° de la ley 23.592; y Fallos: 329:2986, voto

de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, considerando 6°).

En ese marco, corresponde dirimir si la condición de argentino supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se accedió, con justificación suficiente entre el medio elegido y el fin perseguido por la norma, que debe representar algún interés estatal razonable.

A tal efecto debe atenderse a las circunstancias particulares de cada caso. En el presente, la señora Laura Fernanda Pérez Ortega fue designada como personal de Planta Permanente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación como categoría A 04 (resolución 443/89), y cumplía funciones administrativas y técnicas (ver declaración jurada de cargos y actividades) con diferentes diputados a lo largo de su carrera.

8°) Que en atención a todo lo expuesto se debe dejar sin efecto el decisorio impugnado y remitir los autos con el objeto de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a las pautas que surgen de los considerandos precedentes.

Por lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja intentada, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia en cuanto fue materia de agravios. Las costas se imponen por su orden atento a las particulares circunstancias de la causa. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. —

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO. — JUAN CARLOS MAQUEDA.

CALVO Y PESINI

C. 3. XXXI. ORIGINARIO Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo. Buenos Aires, 24 de febrero de 1998. Vistos los autos: “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, de los que Resulta: I) A fs. 94/114 se presenta Rocío Calvo y Pesini e inicia acción de amparo contra la Provincia de Córdoba a fin de que se abstenga de aplicar a su respecto la disposición contenida en el art. 15 inc. a de la ley provincial 7625 que impide el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integra el Equipo de Salud Humana a quienes no cumplan con el requisito de ser argentinos. Dice que nació en Huesca, España, y que cursó sus estudios superiores en psicología en la Universidad de Salamanca y los concluyó a los fines de la especialidad en la Universidad Complutense de Madrid donde obtuvo el título de licenciada en psicología (especialidad psicología clínica). El 15 de octubre de 1988 -continúa- a escasos meses de su graduación contrajo matrimonio en su ciudad natal con Pablo Martínez Paz, de nacionalidad argentina, y a partir de entonces se radicó en la ciudad de Córdoba, República Argentina, decisión en la que gravitó la existencia y vigencia del convenio cultural argentinoespañol ratificado por ley 19.162. Expresa que, según se le

explicó en su momento, argentinos y extranjeros gozan de idénticos derechos civiles y que ello era así en cualquier punto del país en razón de precisas normas constitucionales. De tal manera, obtuvo su radicación permanente en la República Argentina y el reconocimiento de su título de licenciada en psicología, que validó ante la Universidad Nacional de Córdoba, matriculándose, finalmente, ante el Consejo de Psicólogos de esa provincia. Es decir -agrega- que cumplió con todos los requisitos exigidos para ejercer su profesión. En tales condiciones se presentó y realizó durante el lapso de tres años 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. Posteriormente se desempeñó como psicóloga en ese hospital desde el 1° de mayo de 1989 al 31 de julio de 1992 en tareas no remuneradas y desde el 10 de febrero de ese año hasta el 31 de enero de 1993 como psicóloga suplente y con guardia interdisciplinaria. En esa institución siguió prestando servicios declarados de legítimo abono en el programa de atención primaria de la salud vinculada por un contrato que vencía el 30 de noviembre de 1994. Antes de esa fecha -agrega- supo de la existencia de una suplencia que se cubriría según el régimen que prevé el art. 13 de la ley 7625, situación que la llevó a renunciar al contrato ante la incompatibilidad que surgía entre ambos cargos. La Dirección del Hospital Neuropsiquiátrico inició entonces el expediente con su propuesta y se la puso en posesión del cargo, pero tiempo después se le comunicó que se debía limitar su designación por no cumplirse lo exigido por -//2 C. 3. XXXI. ORIGINARIO Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo. -// el art. 15 de la ley 7625 que impone la condición de argentino. Conforme el decreto reglamentario de ese texto - continúa- la no acreditación de la condición legal importa el cese de funciones, situación que no se ha configurado aún, aunque en los hechos la limitación en razón de la nacionalidad continúa vigente. Plantea la inconstitucionalidad de la ley 7625, por cuanto viola el propio preámbulo de la Constitución, su art. 14 en cuanto impide ejercer su profesión a un extranjero por serlo, el art. 16 en cuanto garantiza el ingreso a los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad y los arts. 20, 25, 28 y 31. Cita en apoyo de su postura y por su marcada similitud con el presente el caso "Repetto, Inés M. c/ Buenos Aires, Provincia de" (Fallos: 311:2272) en el que el Tribunal dictó sentencia el 8 de noviembre de 1988. Reproduce párrafos de ese pronunciamiento y afirma que cuando se interpreta el art. 20 de la Constitución debe tenerse en cuenta que en lo que hace 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, derecho que por vía de la reglamentación legal ha sido suprimido al disponerse que un extranjero que quiera desempeñarse en el ámbito de la salud pública provincial está obligado a tomar la ciudadanía. Por otro lado, considera cumplidos los requisitos de admisibilidad del amparo y reitera finalmente sus impugnaciones de orden constitucional frente a una disposición legal que le impide ejercer una actividad lucrativa en igual - //--dad de condiciones con los nacionales del país. Así se ven conculcados los

derechos a trabajar y a ejercer su profesión, la igualdad ante la ley, la equiparación de nativos y extranjeros a los fines del ejercicio de los derechos civiles, y la supremacía del orden constitucional, toda vez que se produce por vía reglamentaria la alteración de derechos federales. II) A fs. 119 se resuelve imprimir al juicio el trámite sumario. III) A fs. 125/131 se presenta la Provincia de Córdoba por medio del señor Procurador del Tesoro. Plantea en primer lugar la insuficiencia formal de la acción intentada y considera luego los aspectos de fondo. En ese sentido manifiesta que el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución está sujeto a reglamentación legal. Esa reglamentación está subordinada a los principios de legalidad y razonabilidad y la norma impugnada se ajusta a ellos. Cita la opinión de tratadistas para destacar que en lo que hace a la admisión en los empleos públicos debe tenerse en cuenta que el art. 16 proscribía las discriminaciones subjetivas pero no las que establezcan razonables requisitos de carácter objetivo general, entre los cuales está el de la ciudadanía argentina. Reproduce conceptos de esta Corte sobre el principio de la igualdad ante la ley y, finalmente, entiende que la prescripción legal encuadra en las facultades que competen a la autonomía provincial. Considerando: 1°) Que este juicio es de la competencia originaria -//3 C. 3. XXXI. ORIGINARIO Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo. -//ria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional). 2°) Que, en primer término, debe recordarse que el ejercicio de esa competencia en los juicios en que es parte una provincia no está subordinado al cumplimiento de requisitos establecidos en el ámbito local (Fallos: 304:1129, entre otros). Ello basta para desestimar las reservas expuestas por la demandada en el sentido de que la actora debió agotar la vía administrativa como requisito previo a la judicial. 3°) Que en el presente caso, la actora plantea la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley local 7625 en cuanto exige la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana”, lo que en su condición de española le impide desempeñarse en su profesión de psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico de la ciudad de Córdoba. 4°) Que si bien el art. 20 de la Ley Fundamental dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, lo que es objeto ahora de enfática ratificación, la decisión del caso planteado pasa por la consideración del principio establecido en el art. 16 en cuanto dispone que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad” en relación con la reserva que respecto a los extranjeros ofrece el recordado art. 15 de la ley 7625, que reproduce, cabe señalar, pareja exigencia contenida en otras reglamentaciones respecto de los puestos públicos. - //-- 5°) Que resulta oportuno recordar que en el caso publicado en Fallos: 311:2272, esta Corte ha establecido que “en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional” (voto de los jueces Belluscio, Petracchi y

Bacqué); y más adelante, como corolario de tal afirmación, se dijo que “si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan (Fallos: 305:831 y sus citas), esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”. 6°) Que a pesar de las diferencias que ostenta el caso recordado con el sometido a estudio, tales afirmaciones conforman una valiosa pauta hermenéutica al tiempo de considerar si el derecho de todos los habitantes a ser admitidos en los empleos tolera sufrir, por vía de reglamentación -//4 C. 3. XXXI. ORIGINARIO Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo. -// -en el caso el art. 15 de la ley 7625- la exclusión de los extranjeros. Parece ocioso destacar que la cuestión consiste en esclarecer si media un razonable interés estatal que justifique la restricción que sufre Rocío Calvo y Pesini, por su condición de española, de asistir a los pacientes que requieran su apoyo terapéutico como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico. 7°) Que en lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. 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. Es que, como lo sostiene Benjamín Villegas Basavilbaso, “no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos” (Derecho Administrativo, T. III, pág. 367, Edición 1951). En algunos casos, expresas disposiciones constitucionales imponen para ejercer derechos políticos determinadas exigencias, entre ellas la ciudadanía (arts. 48, 55, 89 y 111 de la Constitución); en otros puede provenir del ejercicio de la facultad del Congreso prevista en el inc. 19 del art. 75 o de la intervención acordada al Poder Ejecutivo Nacional (art. 99, incs. 2° y 7°). 8°) Que expuestas las consideraciones precedentes, corresponde decidir si la condición de argentino contenida en el art. 15 de la ley 7625 supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, en este caso, el desempeñarse como psicóloga en un hospital público. Esto es, juzgar de la condición en concreto. No otra cosa ha hecho este Tribunal en Fallos: 290:83 cuando al considerar la exigencia de la ciudadanía para los cargos de prácticos marítimos la justificó como razonable en tanto vinculó la función con la seguridad y soberanía de la República, aunque reconociendo que su fundamento era opinable (considerando 7°). 9°) Que habida cuenta de lo expuesto, en particular del principio general que consagra el art. 16 en favor de todos los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión, rasgo dominante en la vocación igualitaria de la Constitución, parece propio exigir una justificación suficiente de la restricción

consagrada en la ley 7625, extremo que de modo alguno ha satisfecho la demandada, limitada a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampare. 10) Cabe señalar por último que la actora fue propuesta al cargo por recomendación de la Junta de Calificación de Psicología, cuya intervención prevé el art. 32 de la ley 7625, la que consideró, entre otras razones, los servicios prestados con anterioridad en el Hospital Neuropsiquiátrico (ver fs. 41). Por ello, se decide: Hacer lugar a la acción de amparo promovida por Rocío Calvo y Pesini contra la Provincia de Córdoba y, declarar la inconstitucionalidad del art. 15, inc. a, de la ley 7625. Con costas. Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6º, -//-5 C. 3. XXXI. ORIGINARIO Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo. -//- incs. b, c y d; 36 y concs. de la ley 21.839, se regulan los honorarios del doctor Enrique H. Martínez Paz y Gustavo A. Mansilla Martínez Paz, en conjunto, por la dirección letrada de la actora, en la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000). Notifíquese y, oportunamente, archívese. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ. ES COPIA

GOTTSCHAU

G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Procuración General de la Nación -1- S u p r e m a C o r t e: - I - A fs. 237/258 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas), el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, desestimó, en lo que aquí interesa, el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional local -Sala II que rechazó in limine la acción de amparo articulada por Evelyn Patrizia Gottschau, de nacionalidad alemana, contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a que se revoque la resolución n1 214/99 del Consejo de la Magistratura, que rechazó, a su vez, la impugnación formulada al Acta 24/99, mediante la cual le denegaron su solicitud de inscripción en el Concurso para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad, en razón de no cumplir con los recaudos reglamentarios previstos en la resolución 93/99, apartado 10.1.4. RC "si es argentino nativo o naturalizado". Para así decidir, los integrantes de la mayoría, cada uno por su voto, desestimaron el recurso de inconstitucionalidad articulado, sobre la base de los siguientes argumentos: Los doctores Casás y Conde, en similar línea argumental -con apoyo en diversas leyes que regulan situaciones que estimaron análogas al sub lite- negaron que exista desigualdad alguna o trato discriminatorio entre

nacionales y extranjeros cuando se exige la calidad de argentino para ingresar a los cargos públicos, sino antes bien, estimaron que la nacionalidad es un requisito más de la idoneidad que exige el art. 16 de la Ley Fundamental para acceder a ellos. De esta forma, entendieron que una restricción basada en la nacionalidad como requisito de exclusión en un concurso para secretario judicial, no importa frustración de derechos o garantías constitucionales consagrados en la Constitución Federal ni en el Estatuto local. El primero de los nombrados, consideró que la presente causa es distinta a la que tuvo oportunidad de dictaminar -cuando integraba este Ministerio Público- in re "Repetto" el 21 de octubre de 1987, decidida de conformidad por la Corte el 8 de noviembre de 1988 pues, en su concepto, a diferencia de la anterior, aquí está en juego el desempeño de un cargo jerárquico en "el servicio de justicia", que requiere arraigo y compromiso con la Nación para conformar la "idoneidad". Máxime, cuando importa el ejercicio de funciones trascendentes como las enumeradas en el art. 31 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Afirmó, también, que el Consejo de la Magistratura local tiene plenas facultades para establecer los requisitos de ingreso a los cargos de la justicia, -entre ellos el de ser argentino-, toda vez que tal disposición fue emitida por un órgano constitucional en ejercicio de una competencia legítima asignada por el art. 116 inc. 51 del Estatuto Supremo local (ámbito de reserva propio), con iguales atribuciones a las que pueden corresponder a otros poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para dictar su "reglamento interior" y "nombrar a G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Procuración General de la Nación -3- sus empleados" (art. 113 de la Constitución Nacional). El doctor Muñoz, sostuvo, además, que la competencia del Consejo de la Magistratura para reglamentar el nombramiento, la remoción y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados judiciales que no integran el Tribunal Superior local, no proviene de la ley sino de su calidad de órgano constitucional, razón por la cual, al no encontrarse sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, puede, libremente, emitir las disposiciones que los regulen. - II - Contra tal pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 264/279, que fue concedido en cuanto se funda en la interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional (arts. 16 y 20) y denegado acerca de los agravios referidos al derecho público local, a los hechos y a la prueba, sobre los que se deduce la presente queja. - III - A mi modo de ver, el recurso extraordinario ha sido mal concedido con apoyo en los fundamentos expresados por el a quo, pues, en mi concepto, no se trata aquí de examinar la inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento a la luz de los arts. 16 y 20 de la Carta Magna Nacional, en cuanto a la igualdad de los "extranjeros" en el goce en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, sino que el tema debatido pasa por enfrentar los actos administrativos que denegaron la-4- inscripción de la actora en el Concurso con el derecho público local vigente en tal momento. Desde esa perspectiva, si bien lo resuelto conduce al examen de cuestiones que atañen a normas y actos locales,

ajenos como regla general a esta instancia extraordinaria (Fallos: 275:133, entre otros), en mi opinión, ello no es óbice para descalificar lo resuelto cuando, como acontece en el sub lite, se ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, con arreglo a las constancias de la causa y las normas aplicables (Fallos: 310:1882; 311:561, 935, 1171 y 2437; 312:177, 1058 y 1897) y que traduce una comprensión inadecuada de la ley que implica fallar en contra o con prescindencia de sus términos. Estimo que ello es así, pues, más allá de las discrepancias suscitadas sobre la competencia del Consejo de la Magistratura local para establecer los requisitos de ingreso a los cargos de la justicia, según las facultades atribuidas por el art. 116, inc. 51 del Estatuto Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, la mayoría del tribunal a quo prescindió de considerar si el recaudo de ser argentino nativo o naturalizado para acceder a aquellos cargos estaba contemplado en la legislación vigente al tiempo de la inscripción, como también si del texto del Reglamento de Concursos podía inferirse que era un requisito excluyente. En efecto, pienso que asiste razón a la apelante cuando sostiene que el juzgador no consideró el agravio expresado en torno a que el recaudo del reglamento aprobado por la resolución 93/99 del Consejo de la Magistratura de detallar: ...10.1.4 si es argentino nativo o naturalizado” no se refería a acreditar la nacionalidad sino a la de G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Procuración General de la Nación -5- expresar el origen. Desde esa perspectiva, el tribunal omitió analizar un argumento conducente para la solución del caso que, según la apelante, le habría impedido otorgar a las normas que lo regulan (leyes 7 y 31 y el Reglamento antes mencionado) un alcance incompatible con sus términos, al deducir que de ellas el postulante se consideraba en “conocimiento y aceptación de las condiciones fijadas en el reglamento” (art. 91, tercer párrafo de la Resolución del Consejo de la Magistratura n1 93/99) en cuanto al requisito excluyente de ser argentino. En ese orden de ideas, considero ilustrativos los argumentos del voto de la minoría del tribunal a quo, representada por la doctora Ruiz, al expresar que “...la lectura del art. 10 del citado reglamento me lleva a la conclusión de que la inferencia del Consejo no es correcta. Los únicos requisitos que excluyen postulantes son los que están genéricamente mencionados en el art. 9 del mismo Reglamento”. Es decir, que “A Gottschau no se le permitió concursar por un acto particular (...) que le aplicó un impedimento inexistente. Lo relevante en el caso, no es el tipo de impedimento de que se trata, sino la no mención (ausencia o falta) de ese impedimento en el Reglamento de Concursos” (fs. 257). Por ser ello así, la desestimación del amparo por el juzgador, sobre la base de entender que la existencia de la restricción de la nacionalidad argentina no importa frustración de derechos o garantías constitucionales consagrados en la Constitución Federal ni en el Estatuto local, satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir -6- una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación como acto judicial, con arreglo a la conocida jurisprudencia de la Corte en materia de arbitrariedad (Fallos: 311:561, 935, 1171, 1229,

1515 y 2437; 312:177, 1058 y 1897, entre otros). - IV - Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso de queja, dejar sin efecto el pronunciamiento de fs. 237/258 y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar uno nuevo con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 11 de mayo de 2004 LUIS SANTIAGO GONZÁLEZ WARCALDE ES COPIA G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Procuración General de la Nación -7-8- S u p r e m a C o r t e: A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, me remito a lo expresado en el acápite III de mi dictamen, emitido en el día de la fecha en la queja que corre agregada por cuerda. Buenos Aires, 11 de mayo de 2004.- LUIS SANTIAGO GONZÁLEZ WARCALDE ES COPIA G. 841. XXXVI. Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Procuración General de la Nación -9- 10 - Buenos Aires, 8 de agosto de 2006. Vistos los autos: "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo". Considerando: 1º) Que la actora, Evelyn Patrizia Gottschau, promovió acción de amparo contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Poder Judicial - Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires) con el objeto de que se revocara la resolución 214/99, del plenario del mencionado Consejo, que desestimó la impugnación que Gottschau formuló contra el acta 24/99, de la Secretaría de Coordinación Técnica de aquél (fs. 19/32 del expte. 6416). La demandante, de nacionalidad alemana, estuvo radicada en forma permanente en la República Argentina desde el año 1983 y dijo haber cursado sus estudios secundarios y universitarios en nuestro país, donde obtuvo el título de abogada (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.), en 1998, año en el que también se matriculó en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. En el mes de octubre de 1999, se presentó como postulante en el concurso para la Selección de Secretarios de Primera Instancia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pero su solicitud fue denegada, con invocación del art. 10.1.4 del Reglamento de Concursos (acta 24/99). Aquella norma establecía: "Art. 10. En la solicitud los postulantes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el cargo al que aspiren [...] 10.1.4. si es argentino nativo o naturalizado" (fs. G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 11 - 4). Recurrió contra la decisión, pero el plenario del Consejo de la Magistratura la confirmó (resolución 214/99), argumentando que, puesto que la solicitud que debía llenar la postulante requería la indicación mencionada en el art. 10.1.4, ello mostraba que se había establecido como condición ineludible para participar en el concurso, ser de nacionalidad argentina (fs. 12). Contra esta última decisión la actora planteó acción de amparo, en la que sostuvo que la decisión impugnada violaba distintos preceptos constitucionales locales y nacionales que protegen la igualdad de los habitantes, cualquiera fuere su nacionalidad. Invocó también normas pertenecientes al derecho

internacional de los derechos humanos y adujo que el accionar ilegítimo que cuestionaba le impedía participar no sólo en el concurso indicado sino en otros similares que pudieran abrirse, restringiendo la posibilidad de desarrollarse profesionalmente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Finalizó pidiendo que fuera revocada la decisión del Consejo de la Magistratura y que, de ser necesario, se declarara la inconstitucionalidad del ya citado art. 10.1.4 del Reglamento de Concursos. 2º) Que la acción de amparo fue rechazada en primera instancia (fs. 50/51 vta.), decisión que, apelada por la actora, fue confirmada por la alzada (fs. 97/100). Evelyn P. Gottschau interpuso recurso de inconstitucionalidad local que, en definitiva, fue acogido formalmente por el Tribunal Superior de la Ciudad, el que, por mayoría, desestimó el planteo de fondo de la demandante (fs. 237/258 del expte. 361/00). Contra esa sentencia la actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 264/279), que fue concedido parcialmente por el a quo con fundamento en que “[D]esde la demanda ha sido invocado el derecho a la igualdad, fundado de manera directa en la Constitución Nacional (arts. 16 y 20) y la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, por mayoría de votos de sus jueces, fue contraria al recurrente” (fs. 297). El recurso federal fue bien concedido por el a quo, no sólo por la razón señalada en el auto de concesión relativa al art. 14, inc. 3º, de la ley 48C sino por darse, asimismo, la hipótesis contemplada en el inc. 2º del citado precepto. En efecto, ha sido impugnada una norma local que exige el requisito de nacionalidad argentina por contraria a la Constitución Nacional y la decisión ha sido en favor de su validez. El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires denegó, en cambio, el remedio federal intentado en la parte que contenía agravios relativos a hechos, prueba y derecho público local. Este último aspecto, motivó un recurso de hecho de la actora, por apelación extraordinaria parcialmente denegada, que la Corte, en este acto, desestima (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 3º) Que, en consecuencia, el Tribunal debe resolver si el requisito de nacionalidad argentina, que la norma local establece según el a quo para concursar al cargo de secretario de primera instancia, es compatible con la igualdad que aparece tutelada en los arts. 20 y 16 de la Ley Fundamental de la Nación. Debe señalarse, primeramente, que la actora pretendió concursar para acceder a un cargo público G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 13 - (secretario de Primera Instancia en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires) y, sobre esa base, concluir que no es el art. 20 de la Constitución Nacional la norma que rige el caso. En efecto, ésta señala en la parte que interesa 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 [...]”. En estas actuaciones no está comprometido ningún derecho civil de Evelyn P. Gottschau. Tampoco el de ejercer su profesión, tanto es así que aquélla está matriculada, a esos efectos, en el Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires.

El art. 20 de la Constitución Nacional y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros. En lo que hace al goce de los derechos que la norma enumera no está en juego en autos: aquí, de lo que se trata, es del derecho a acceder a un empleo público. 4º) Que sí es aplicable, en casos como el de Gottschau, el art. 16 de la Constitución Nacional que, en lo que interesa, dispone “Todos sus habitantes [de la Nación Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad [...]”. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos - 14 - de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la Nación”. 5º) Que a esta altura podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local. Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” como sucede en el sub lite corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa “Hooft”, Fallos: 327:5118, considerando 4º y sus citas). Después de señalar la inversión del onus probandi que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 15 - alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia in re “Hooft”, considerando 6º). Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado. 6º) Que, por lo dicho, la demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad argentina a un

secretario de primera instancia era razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado Como es, por ejemplo, la jurisdicción que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado. 7º) Que el Tribunal constata que la demandada se ha limitado a señalar Como también lo han hecho los jueces del a quo que formaron la mayoría C diversas normas, de jerarquía infraconstitucional, que exigen la nacionalidad para acceder a distintos empleos públicos. Es del caso subrayar que la - 16 - mera existencia de esas normas nada demuestra sobre su compatibilidad con los preceptos de la Carta Magna, compatibilidad que sólo puede ser juzgada "en concreto" Como se destaca en Fallos: 321:194, considerando 8º cuando se plantea un caso judicial de impugnación de algunas de esas normativas. 8º) Que para efectuar la evaluación "en concreto" en el caso de Gottschau, corresponde partir de la base de que C según el a quo (fs. 248) C el cargo al que aspiraba concursar la actora importaba el ejercicio de las funciones enumeradas en el art. 31 del C.C.A.T. (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ahora bien, según dicha norma, las funciones del secretario de primera instancia, son: "1. Comunicar a las partes y a los terceros las decisiones judiciales, mediante la firma de oficios, mandamientos, cédulas y edictos [...] 2. Extender certificados, testimonios y copias de actas. 3. Conferir vistas y traslados. 4. Firmar [...] las providencias de mero trámite [...] 5. Devolver los escritos presentados fuera de plazo. 6. Dentro del plazo de tres días, las partes pueden requerir al juez/a que deje sin efecto lo dispuesto por el secretario/a [...] La resolución es inapelable". La enunciación transcrita evidencia que, sin perjuicio de la importancia que tienen las funciones indicadas, éstas no importan el ejercicio de la jurisdicción, en sentido estricto, reservada Como es sabido C a los magistrados. O, G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 17 - si la comprometen, es sólo en áreas muy secundarias, sujetas siempre al control de los jueces. Ello permite descartar que el desempeño de la tarea señalada pueda per se poner en juego los fines sustanciales que el test de "Hooft" menciona. 9º) Que, además, y ya con referencia a los medios aludidos en "Hooft" Cy a la necesidad de aplicar alternativas menos gravosas, cuando existieran C se advierte claramente que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad Como hizo C sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parece apuntar. Como nada de esto fue hecho, cabe concluir que tampoco se ha respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante. 10) Que, por fin, algún voto de los que forman la mayoría en el fallo apelado alude a que distintos tratados y convenciones sobre

derechos humanos reconocen el derecho a acceder a los cargos públicos a los ciudadanos de cada país, sin hacerlo extensivo a los extranjeros que en ellos habiten (fs. 253). Esto es así, como surge, por ejemplo, del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y del art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen, en la parte que interesa, el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Debe señalarse, sin embargo, que esas normas deben interpretarse en consonancia con otros preceptos fundamenta- 18 - les. Así, por ejemplo, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que dispone que los tratados de rango constitucional "...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Y el art. 29, inc. b de la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes" (en sentido análogo el art. 5.2 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Resulta de las normas citadas en el párrafo que antecede, que los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla. Es decir, aquéllos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción. Por tanto, si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público Cconforme la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional y con el alcance que se indicó precedentementeC no puede acudirse a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede pretextarse que el tratado no reconoce al derecho o lo hace "en menor medida" (conf. art. 5.2 de aquél). G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 19 - 11) Que, en consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de la apelante y declarar la inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario concedido, dejando sin efecto la sentencia apelada, en los términos indicados precedentemente. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, con arreglo a lo decidido, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese, agregúese la queja al principal y remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY. ES COPIA VO-/- 20 - G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de

la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 21 - -//TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTE DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA Considerando: 1º) Que la actora, Evelyn Patrizia Gottschau, promovió acción de amparo contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Poder Judicial - Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires) con el objeto de que se revocara la resolución 214/99, del plenario del mencionado Consejo, que desestimó la impugnación que Gottschau formuló contra el acta 24/99, de la Secretaría de Coordinación Técnica de aquél (fs. 19/32 del expte. 6416). La demandante, de nacionalidad alemana, estuvo radicada en forma permanente en la República Argentina desde el año 1983 y dijo haber cursado sus estudios secundarios y universitarios en nuestro país, donde obtuvo el título de abogada (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.), en 1998, año en el que también se matriculó en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. En el mes de octubre de 1999, se presentó como postulante en el concurso para la Selección de Secretarios de Primera Instancia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pero su solicitud fue denegada, con invocación del art. 10.1.4 del Reglamento de Concursos (acta 24/99). Aquella norma establecía: “Art. 10. En la solicitud los postulantes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales previstos para el cargo al que aspiren [...] 10.1.4. si es argentino nativo o naturalizado” (fs. 4). Recurrió contra la decisión, pero el plenario del Consejo de la Magistratura la confirmó (resolución 214/99), argumentando que, puesto que la solicitud que debía llenar - 22 - la postulante requería la indicación mencionada en el art. 10.1.4, ello mostraba que se había establecido como condición ineludible para participar en el concurso, ser de nacionalidad argentina (fs. 12). Contra esta última decisión la actora planteó acción de amparo, en la que sostuvo que la decisión impugnada violaba distintos preceptos constitucionales locales y nacionales que protegen la igualdad de los habitantes, cualquiera fuere su nacionalidad. Invocó también normas pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos y adujo que el accionar ilegítimo que cuestionaba le impedía participar no sólo en el concurso indicado sino en otros similares que pudieran abrirse, restringiendo la posibilidad de desarrollarse profesionalmente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Finalizó pidiendo que fuera revocada la decisión del Consejo de la Magistratura y que, de ser necesario, se declarara la inconstitucionalidad del ya citado art. 10.1.4 del Reglamento de Concursos. 2º) Que la acción de amparo fue rechazada en primera instancia (fs. 50/51 vta.), decisión que, apelada por la actora, fue confirmada por la alzada (fs. 97/100). Evelyn P. Gottschau interpuso recurso de inconstitucionalidad local que, en definitiva, fue acogido formalmente por el Tribunal Superior de la Ciudad, el que, por mayoría, desestimó el planteo de fondo de la demandante (fs. 237/258 del expte. 361/00). Contra esa sentencia la actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 264/279), que fue concedido parcialmente por el a quo con fundamento en que “[D]esde la de- G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación – 23 – manda ha sido invocado el derecho a la igualdad, fundado de manera directa en la Constitución Nacional (arts. 16 y 20) y la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, por mayoría de votos de sus jueces, fue contraria al recurrente” (fs. 297). El recurso federal fue bien concedido por el a quo, no sólo por la razón señalada en el auto de concesión Crelativa al art. 14, inc. 3º, de la ley 48C sino por darse, asimismo, la hipótesis contemplada en el inc. 2º del citado precepto. En efecto, ha sido impugnada una norma local Cla que exige el requisito de nacionalidad argentinaC por contraria a la Constitución Nacional y la decisión ha sido en favor de su validez. El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires denegó, en cambio, el remedio federal intentado en la parte que contenía agravios relativos a hechos, prueba y derecho público local. Este último aspecto, motivó un recurso de hecho de la actora, por apelación extraordinaria parcialmente denegada, que la Corte, en este acto, desestima (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 3º) Que, en consecuencia, el Tribunal debe resolver si el requisito de nacionalidad argentina, que la norma local establece Csegún el a quoC para concursar al cargo de secretario de primera instancia, es compatible con la igualdad que aparece tutelada en los arts. 20 y 16 de la Ley Fundamental de la Nación. Debe señalarse, primeramente, que la actora pretendió concursar para acceder a un cargo público (secretario de Primera Instancia en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires) y, sobre esa base, concluir que no es el art. 20 de la Constitución Nacional la norma que rige el – 24 – caso. En efecto, ésta señala Cen la parte que interesaC 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 [...]”. En estas actuaciones no está comprometido ningún derecho civil de Evelyn P. Gottschau . Tampoco el de ejercer su profesión, tanto es así que aquélla está matriculada, a esos efectos, en el Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 20 de la Constitución Nacional y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros Cen lo que hace al goce de los derechos que la norma enumeraC no está en juego en autos: aquí, de lo que se trata, es del derecho a acceder a un empleo público. 4º) Que sí es aplicable, en casos como el de Gottschau, el art. 16 de la Constitución Nacional que, en lo que interesa, dispone “Todos sus habitantes [de la Nación Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad [...]”. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación – 25 – (Fallos: 153:67, entre muchos

otros). El ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la Nación". 5º) Que en el sub lite la ponderación del requisito de la nacionalidad argentina para el acceso a un cargo público conduce, precisamente, al examen del art. 16 de la Constitución Nacional y a la relación entre aquel requisito y el principio de idoneidad que consagra la norma constitucional. Corresponde entonces determinar si, en el caso concreto, y evaluando las funciones que competen al cargo público al que se pretende acceder, la exigencia de contar con la nacionalidad argentina integra el concepto de idoneidad y supera, con ello, el test de constitucionalidad. Tal examen remite a la distinción entre nacionales y extranjeros, cuestión sustancialmente diferente de la que discrimina entre ciudadanos para acceder a un cargo, ya que esta última categoría presupone que se cuenta con la nacionalidad argentina, en condiciones de igualdad a priori. 6º) Que, en consecuencia, si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa "Hooft" (Fallos: 327:5118), en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad. La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla,- 26 - siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción, supere el test de constitucionalidad. Así lo confirma lo dispuesto en el art. 23, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en tanto establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de las oportunidades a que se refiere el inc. 1º entre ellas el acceso a las funciones públicas, por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal. También el art. 1º de la ley 23.592 impone el cese de actos discriminatorios especialmente por causas como raza, nacionalidad, religión, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, aunque sólo se concretará su descalificación y consiguiente reparación, cuando el acto reúna los extremos que hacen a la discriminación vedada por la Constitución Nacional y los pactos de igual jerarquía. En ese marco, corresponde dirimir si la condición de argentino Ciudadanía que no están obligados a admitir los extranjeros, conforme al art. 20 de la Ley Fundamental, supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretende acceder, con justificación suficiente entre el medio elegido y el fin perseguido por la norma, que debe representar algún interés estatal razonable. Cabe recordar que, en el caso "Calvo y Pesini" G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 27 - (Fallos: 321:194) esta Corte ha dicho que la "idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta

naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento”, a la vez que distinguió entre los que configuran exigencias genéricas Captitud física, técnica, moralC de aquéllos específicos como la nacionalidad, considerados para el ejercicio de determinadas funciones. Citando a Villegas Basavilbaso, el Tribunal sostuvo que “no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos”, pauta cuya aplicación se impone en el sub lite, siempre bajo el principio rector que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional en favor del reconocimiento pleno de los derechos de todos los habitantes, incluido el ejercicio de su profesión, como se recuerda en el fallo mencionado. 7º) Que para efectuar la evaluación “en concreto” en el caso de Gottschau, corresponde partir de la base de que Csegún el a quo (fs. 248)C el cargo al que aspiraba concursar la actora importaba el ejercicio de las funciones enumeradas en el art. 31 del C.C.A.T. (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ahora bien, según dicha norma, las funciones del secretario de primera instancia, son: “1. Comunicar a las partes y a los terceros las decisiones judiciales, mediante la firma de oficios, mandamientos, cédulas y edictos [...] 2. Extender certificados, testimonios y copias de actas. 3. Conferir vistas y traslados. 4. Firmar [...] las providencias de mero trámite [...] 5. Devolver los escritos presentados fuera de plazo.- 28 - 6. Dentro del plazo de tres días, las partes pueden requerir al juez/a que deje sin efecto lo dispuesto por el secretario/a [...] La resolución es inapelable”. La enunciación transcrita evidencia que, sin perjuicio de la importancia que tienen las funciones indicadas, éstas no importan el ejercicio de la jurisdicción, en sentido estricto, reservada Ccomo es sabidoC a los magistrados. O, si la comprometen, es sólo en áreas muy secundarias, sujetas siempre al control de los jueces. 8º) Que por lo manifestado, y conforme el escrutinio aplicado, no es suficiente que la demandada alegue que la exigencia de nacionalidad argentina para ejercer el cargo de secretario de primera instancia es razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y que, por esa única apreciación, resulta adecuada al fin perseguido y evidencia una justificación suficiente en el marco del art. 16 de la Constitución Nacional. Por el contrario, debió acreditar las razones por las cuáles era conveniente que el cargo en cuestión fuera desempeñado por argentinos. 9º) Que el Tribunal constata que la demandada se ha limitado a señalar Ccomo también lo han hecho los jueces del a quo que formaron la mayoríaC diversas normas, de jerarquía infraconstitucional, que exigen la nacionalidad para acceder a distintos empleos públicos. Es del caso subrayar que la mera existencia de esas normas nada demuestra sobre su compatibilidad con los preceptos de la Carta Magna, compatibilidad que sólo puede ser juzgada “en concreto” Ccomo se destaca en Fallos: 321:194, considerando 8ºC cuando se plantea un caso judicial de impugnación de algunas de G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación - 29 - esas normativas. 10) Que, en consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de la apelante y declarar la

inconstitucionalidad, en el caso, de la norma local que impone el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de Primera Instancia en los Juzgados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario concedido, dejando sin efecto la sentencia apelada, en los términos indicados precedentemente. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, con arreglo a lo decidido, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese, agregúese la queja al principal y remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA. ES COPIA Recurso de hecho interpuesto por Evelyn Patrizia Gottschau, representada por el Dr. Pedro Aberastury Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

REPETTO INES

Inés Repetto c/ Provincia de Buenos Aires

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

Fecha: 08/11/1988

Partes: Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires

Publicado en: LA LEY 1989-B con nota de Juan Marcos Pueyrredón; José Luis Rinaldi LA LEY 1989-B, 351 DJ1987-2, 105 - DJ1989-2, 105

Cita Online: AR/JUR/1603/1988

Hechos:

La actora, nacida en los Estados Unidos de Norteamérica, ingresada en nuestro país a la edad de 3 años, cuestiona, invocando su nacionalidad, la indebida restricción a los derechos que en su condición de extranjera le acuerda la Constitución, que suponen las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la demanda, declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Texto Completo: Opinión del Procurador General de la Nación Sustituto.

La actora, quien acredita su posibilidad cierta de acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular, plantea la inconstitucionalidad del art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas vigente por res. 2877, que establece el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con 2 años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada, así como del precepto concordante establecido en el art. 4º, inc. a) del dec. 4/80.

Estima que dichas normas están en pugna con los arts. 14, 16, 20, 25 y 28 de la Constitución Nacional.

Al responder la demanda la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, tras aludir al carácter hipotético de la cuestión planteada, expresa, en lo substancial, que la trascendencia de la educación, sobre todo a nivel elemental o de jardín de infantes-primaria, justifica la intervención del Estado (art. 67, inc. 16), el cual con toda razón, al interpretar el requisito de idoneidad, cabe que exija la condición de ser argentino a efectos de salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional. Añade, en consecuencia, que no están aquí violados los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional desde que media una razonable reglamentación de un derecho no absoluto, ni el 16 porque trata de interpretar, también de modo razonable, el requisito de idoneidad, ni el 25 porque la actora no ingresó al país a la edad de 4 años a enseñar "artes o ciencias", sino a aprender y ahora pretende intervenir en la formación elemental de la ciudadanía de la Provincia.

A mi modo de ver, es conveniente partir en el "sub iudicio" de un dato tan cierto como relevante: nuestra Constitución Nacional consagra de manera expresa, en principio, el derecho en el cual la accionante apoya su reclamo, al prescribir en su art. 20 que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación "de todos los derechos civiles del ciudadano", estando facultados a ejercer su profesión sin que se les pueda obligar a admitir la ciudadanía. La norma que la actora tacha de inconstitucional le impide a ésta, o por lo menos se lo limita en grado sumo, el ejercicio de su derecho fundamental de enseñar, por su exclusiva condición de extranjera, o bien le impone lo que el precepto prohíbe, esto es, admitir la ciudadanía.

Desde antiguo se ha dicho que los derechos, principios y garantías reconocidos por la Constitución (arts. 14 y 28) no son absolutos y están sujetos -en tanto no se los altere sustancialmente- a las leyes que reglamentan su ejercicio.

En ese aserto, justamente, pretende la accionada basar la defensa constitucional de la norma que se ataca y tal es, en definitiva, el meollo de la cuestión: decidir si estamos ante una razonable reglamentación de un derecho de modo expreso constitucionalmente reconocido, o bien frente a su alteración sustancial, ante su violación o supresión lisa y llana.

Estimo que acontece lo segundo.

En efecto, comencemos por resaltar que el derecho de enseñar del extranjero que nuestra Constitución consagra está lejano aquí de merecer una reglamentación legal para su ejercicio, desde que lo que viene a padecer es de hecho su desconocimiento casi pleno, pues en las condiciones normativas en análisis, únicamente le quedaría al docente extranjero la más que limitada posibilidad de ejercer su legítimo derecho a través del dictado de clases particulares, situación que, obviamente, dista de ser la del ciudadano nativo o nacionalizado, al que, no obstante, nuestra Constitución lo equipara.

Y esta desproporción no ha ocurrido en virtud de eventuales supuestos que la reglamentación hubiese sumado a la condición de extranjero y que en su caso fueran

razonables, sino que única y exclusivamente dimanó del mero dato de la extranjería, el cual ya obró en la inteligencia del constituyente para, precisamente, tenerlo en consideración a fin de redactar los liberales e igualitarios preceptos que contiene el mentado art. 20. Es decir, que no ha hecho valer por su cuenta el reglamentarista situaciones que, añadidas a dicha condición -como, por ejemplo, a fin de ilustrar un caso, sin pretender que su contenido sea de por sí válido, el tratarse de la enseñanza en zonas de frontera con gran influencia del país limítrofe por parte de maestros de la nacionalidad de ese país- pudieran conformar una reglamentación razonable, sino que, en rigor, ha modificado esencialmente el criterio del constituyente y lo ha venido a suplantarlo por el suyo generando de hecho, por carriles inadmisibles, una reforma constitucional a través de la cual se le niega en autos a una maestra jardinera recibida en el país su derecho constitucional a enseñar sin renunciar a su condición de extranjera, por el prurito de una aparente defensa extrema de la nacionalidad que no se ve como aquélla, en principio, pudiere poner en peligro desde que estaría obligada, como las demás docentes, a enseñar en el marco de los programas educativos oficiales y sujeta a las periódicas inspecciones de rigor. Paradojalmente, creo que aceptar el mecanismo desnaturalizador de la ley sería, en cambio, aunque no querido, el cuestionable efecto atentatorio contra nuestra nacionalidad, ya que ésta ha sido conformada desde nuestras bases por ese generoso y humanista trato que la Constitución Nacional dispensa al extranjero.

La nitidez de tales defectos estimo que me eximen de toda otra consideración acerca del particular, ni hacen indispensable profundizar en detalle, en la doctrina comparada, el contorno de aquel espíritu humanista que inspiró en este tema 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, motivo por el que, sin más, opino que corresponde hacer lugar al reclamo de la actora. - Octubre 21 de 1987. - José O. Casas. Buenos Aires, noviembre 8 de 1988.

Considerando: 1) Que la demanda iniciada por la actora encuadra en las características de otras acciones declarativas, cuya procedencia para surtir su competencia originaria ha reconocido esta Corte a partir del caso publicado en Fallos: t. 307, p. 1379 (Rev. La Ley, t. 1986-C, p. 117). Por ello, corresponde desestimar la defensa basada en que se procura una declaración abstracta de inconstitucionalidad.

2) Que la actora, nacida en los Estados Unidos de Norteamérica el 4 de octubre de 1962 e ingresada en nuestro país a la edad de 3 años, cuestiona, invocando su nacionalidad, la indebida restricción a los derechos que en su condición de extranjera le acuerda la Constitución, que suponen las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires.

3) Que la res. 2877/59, así como la 721 del 23 de marzo de 1977 y el dec. 4/80 imponen, aunque con alguna variante intrascendente para el caso, el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercerla docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática (ver arts. 5º,

1º y 4º, respectivamente). Tal exigencia coincide con la prevista para el ámbito de la enseñanza oficial en la legislación nacional (ley 14.473, art. 13) y la de la propia provincia demandada (ley 10.579, art. 57), aunque extendiendo la prohibición impuesta a los extranjeros a la enseñanza no desempeñada en el ámbito de la educación estatal.

4) Que el art. 20 de la Constitución establece que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión...”.

Al decir de Joaquín V. González, “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” (“Manual de la constitución argentina”, núm. 219). Y añade el mismo autor que “con respecto al derecho profesional, lo 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).

No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional. Por otra parte, para interpretar ésta, mal puede acudir al precedente norteamericano o a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos a su respecto, ya que la Enmienda XIV de la constitución estadounidense se limita a establecerla protección jurídica a los extranjeros (“equal protection”) pero en modo alguno les asegura los mismos derechos civiles, ya que sólo establece que “los Estados no podrán ...negar a nadie, dentro de su territorio, la protección equitativa de las leyes”.

5) Que, si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan (Fallos, t. 305, p. 831 y sus citas), esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás (Fallos, t. 167, p. 121; t. 190, p. 571; t. 194, p. 371; t. 240, p. 311 -Rev. La Ley, t. 29, p. 11; t. 93, p. 188-; t. 296, p. 432).

En efecto, 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 estaría 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.

6) Que el interés vital del Estado en la educación, reconocido en Fallos: t. 306, p. 400, consid. 13 del voto de los jueces Belluscio y Petracchi (Rev. La Ley, t. 1984-C, p. 183), tampoco puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentiarias impugnadas, ya que el Estado Nacional Argentino, de cuyo gobierno es órgano esencial esta Corte, no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución, cuya conveniencia o inconveniencia está vedado a los jueces, valorar.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el Procurador Fiscal, se declaran inválidos por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional, el art. 5º, incs. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por res. 2877 del ex Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959 (t. o. con las res. 3599 y 53/63), y su modificación por res. 721 del 23 de marzo de 1977, y el art. 4º, inc. a) del dec. 4 de la misma provincia del 4 de enero de 1980. Con costas. – José S. Caballero (según su voto). – Augusto C. Belluscio (según su voto). – Carlos S. Fayt (según su voto). – Enrique S. Petracchi (según su voto). – Jorge A. Bacqué (según su voto).

Voto del doctor Fayt:

1) Que la demanda iniciada por la parte actora encuadra en las características de otras acciones declarativas cuya procedencia para surtir su competencia originaria ha reconocido esta Corte a partir del caso publicado en Fallos, t. 307, p. 1379 (Rev. La Ley, t. 1986-C, p. 117). Por ello, cabe desestimar la defensa basada en que se procura una declaración abstracta de inconstitucionalidad.

2) Que la actora, nacida en los Estados Unidos de Norteamérica el 4 de octubre de 1962, de padres argentinos e ingresada a nuestro país a la edad de 3 años, cuestiona invocando aquella nacionalidad, la indebida restricción a los derechos que en su condición de extranjera le acuerda la Constitución, que suponen las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires.

3) Que la res. 2877/59, como la 721 del 23 de marzo de 1977 y el dec. 4/80 imponen, aunque con alguna variante insustancial para el caso, el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercerla docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática (ver arts. 5º, 1º y 4º respectivamente). Tal exigencia coincide con la prevista para el ámbito de la enseñanza oficial en la legislación nacional (ley 14.473, art. 13) y la de la propia provincia demandada (ley 10.579, art. 57, B. O. de la Provincia de Buenos Aires, del 30 y 31 de diciembre pasado).

4) Que de los temas estrechamente vinculados a la Constitución Nacional, como es el derecho de enseñar, sólo cabe una inteligencia como la que esta Corte ha sustentado en las

pautas de hermenéutica constitucional sentadas por ella. Respecto a esta hermenéutica la Corte ha dicho que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponerse, en un plano de abstracción, el concepto medio de épocas en que la sociedad actuaba de manera distinta o se enfrentaba a problemas diferentes. La Constitución Nacional ha sido considerada como un instrumento político previsto de flexibilidad para adaptarse a los tiempos y circunstancias futuras. Ello no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino por el contrario defender a la Constitución en el plano superior que abarca su superioridad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida (Fallos, t. 211, p. 162, ps. 205-206 -Rev. La Ley, t. 51, p. 255-).

Por ello, la interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación, impidiéndole envejecer con el cambio de ideas, el crecimiento o la redistribución de los intereses (Fallos, t. 178, p. 9).

5) Que análogamente, la jurisprudencia en la materia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, utilizable en todos aquellos puntos en que no nos hayamos apartado, adoptando disposiciones peculiares (Fallos, t. 19, p. 231; t. 68, p. 227), ha sostenido que cuando considerarnos las palabras de la Constitución debemos darnos cuenta que ellas dieron vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente ni aún por sus creadores mejor dotados (252 US 416-433).

6) Que es necesario distinguir dentro de las disposiciones de la Constitución Nacional las que se refieren a los habitantes, mentadas en disposiciones como los arts. 14 y 18, de los ciudadanos, a quienes incumbe la obligación de su art. 21, y constituyen el pueblo del Estado al que se refiere el art. 22, al que le está reservado la elección de sus representantes para el gobierno de la Nación. Esto sentado cabe indagar si resulta irrazonable que la idoneidad exigible para determinadas funciones incluyan la pertenencia a aquel pueblo del Estado. Esto es especialmente así en aquellas actividades sometidas al poder de policía del Estado, como es la instrucción general y universitaria, cuyos planes puede dictar el Congreso Nacional (art. 67, inc. 16) y la educación primaria que deben asegurar las provincias, sin que esto signifique erigir vallas entre los campos de acción de los gobiernos nacional y locales por imperativo de normas, como los arts. 67, inc. 16 citado, primera parte, 104 y el espíritu del art. 107.

7) Que la libertad de enseñar y aprender es amplísima por mandato expreso del art. 14 de la Constitución Nacional, interpretado a la luz del espíritu de libertad que anima a la Constitución toda, pero en tanto se trate de sistemas oficiales de enseñanza, la exigencia de la ciudadanía argentina debe juzgarse a la luz de su razonabilidad. Esto no impide al margen de aquéllos la más amplia difusión de las ideas y doctrinas.

8) Que no resuelve la cuestión el art. 20 de la Constitución Nacional en tanto dispone que los

extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. Ello porque lo que aquí está en juego no es el derecho civil -libérrimo- de enseñar y aprender de aquéllos, sino la cuestión de si el requisito de ser ciudadano erigido en el "sub lite", ha surgido o no de un razonable ejercicio de la potestad del Estado, nacional o provincial, de reglamentar los derechos constitucionales, que la propia Constitución Nacional prevé. Esto porque como esta Corte lo ha dicho en numerosas oportunidades, aquélla no concede derechos absolutos, lo que podría conducir a extremos que destruirían la organización del Estado que ella se propuso precisamente organizar.

9) Que tampoco, de por sí, las normas locales cuestionadas afectan promesas aseguradas al extranjero por la Constitución Nacional, pues sólo la indispensable organización de la Nación permitirá que se les ofrezcan con eficacia los beneficios de nuestra libertad (Preámbulo), y el ejercicio de su industria y profesión (art. 20) no puede llegar hasta el acceso incondicionado a actividades sujetas a la reglamentación estatal.

10) Que no escapa a esta Corte que tal reglamentación debe ser razonable. La advertencia que surge del consid. 4º aventa, por otra parte, la pretensión de sentar en la materia criterios perennes.

La adecuación de los principios a la realidad humana debe respetar la índole mutable de ésta, bajo riesgo en caso contrario de no ser en realidad tal adecuación sino acartonada imposición que contradice el espíritu de los tiempos.

Si en el siglo pasado ilustres ejemplos hablan de una inteligencia distinta de los temas aquí tratados sería desconocer la evolución operada en nuestra situación cultural, reiterar aquélla hoy a la letra, sin mayores revisiones.

11) Que esta Corte no ha tenido oportunidad de explicitar el papel de la educación sino en temas puntuales, pero es claro que a través de ella se procura la plenitud del hombre al tiempo que se asegura dentro de límites sensatos su integración a la sociedad en que vive. Como resultado de ella se procura simultáneamente la realización individual y la continuidad social. Esta continuidad no es, como ha quedado sentado una imposición sin flexibilidad, sino integración en un cuerpo que posibilitará cambios en su destino, modo de respetar el principio de libertad querido por los constituyentes (conf. por ejemplo, el art. 19, Constitución Nacional) y la efectiva posibilidad del progreso, el adelanto y el bienestar de la Nación y de las provincias que lo componen (art. 67, inc. 16).

12) Que todo esto lleva a concluir en el caso "sub examine" y a la luz de las condiciones de nuestra realidad actual, que las normas provinciales citadas en los resultados no se adecuan a la Constitución Nacional, interpretada de modo congruente con el respeto de los principios que ella consagra, considerado del modo expuesto.

13) Que la educación, caracterizada en el consid. 11) se ha contado señaladamente en la República Argentina entre los fines del Estado. En lo que al caso interesa, en épocas de inmigración masiva fueron objetivos declarados que la educación se constituyera en un crisol de razas, de modo que pudieran integrarse efectivamente a la Nación aportes étnicos

dispares. En esto la educación sistemática tenía una función importantísima, que llevaba a ver en ella un santuario de la nacionalidad. Es con este espíritu que se dictaron normas como las aquí cuestionadas. La formación del ciudadano, la socialización de la población toda eran finalidades que animaban esta tendencia.

14) Que el cuadro histórico ha sufrido grandes modificaciones entre las últimas décadas del siglo pasado y las primeras de éste, y la actualidad. El país ha dejado de ser un país de inmigración masiva. La función de socialización se cumple hoy en importantísima medida por medio de la educación no sistemática, sino parasistemática, ejercida en buena parte -al margen de que ello sea deseable o no- por los medios masivos de comunicación: la televisión, la radio, la prensa. Por otra parte, el control administrativo sobre la enseñanza sistemática se halla plenamente asentado, de modo que su eficacia no requiere indispensablemente de la nacionalidad de los docentes como requisito de idoneidad, pues cualquiera sea ella, aquel control, detallado y minucioso, podrá ejercerse por igual, incluirá exigencias sobre la formación y cualidades de maestros y profesores, lo mismo que sobre el modo en que desarrollen sus tareas.

15) Que en tales condiciones no parece que las normas aquí atacadas resistan en la actualidad el control de razonabilidad constitucional. Esto es especialmente así en el caso presente, en que se trata de una docente hija de padres argentinos, que pretende ejercer su profesión de maestra jardinera en un establecimiento particular, sometido al control del Estado Provincial de Buenos Aires.

Por ello, se declaran inconstitucionales, para este caso, el art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por res. 1877 del ex Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959 (t. o. con las res. 3599 y 53/63), y su modificación por res. 721 del 23 de marzo de 1977, y el art. 4º, inc. a) del dec. 4 de la misma provincia del 4 de enero de 1980. Con costas. - Carlos S. Fayt.

Voto de los doctores Petracchi y Bacqué:

1) Que la demanda iniciada por la actora encuadra en las características de otras acciones declarativas, cuya procedencia para surtir su competencia originaria ha reconocido esta Corte a partir del caso publicado en Fallos, t. 307, p. 1379 (Rev. La Ley, t. 1986-C, p. 117). Por ello, corresponde desestimar la defensa basada en que se procura una declaración abstracta de inconstitucionalidad.

2) Que la actora, nacida en los Estados Unidos de Norteamérica el 4 de octubre de 1962 e ingresada en nuestro país a la edad de 3 años, cuestiona, invocando su nacionalidad, la indebida restricción a los derechos que en su condición de extranjera le acuerda la Constitución, que suponen las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires.

3) Que la res. 2877/59, así como la 721 del 23 de marzo de 1977 y el dec. 4/80 imponen, aunque con alguna variante intrascendente para el caso, 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 (ver arts. 5º,

1º y 4º, respectivamente). Tal exigencia coincide con la prevista para el ámbito de la enseñanza oficial en la legislación nacional (ley 14.473, art. 13) y la de la propia provincia demandada (ley 10.579, art. 57), aunque extendiendo la prohibición impuesta a los extranjeros a la enseñanza no desempeñada en el ámbito de la educación estatal.

4) Que el art 20 de la Constitución establece que “los extranjeros gozan en territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión...”.

Al decir de Joaquín V. González, “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 de Inglaterra de 1825” (“Manual de la Constitución argentina”, núm. 219). Y añade el mismo autor que “con respecto al derecho profesional, lo 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).

No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional. Por otra parte, para interpretar ésta, mal puede acudirse al precedente norteamericano o a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos a su respecto, ya que la Enmienda XIV de la constitución estadounidense se limita a establecer la protección jurídica a los extranjeros (“equal protection”) pero en modo alguno les asegura los mismos derechos civiles, ya que sólo establece que “los Estados no podrán... negar a nadie, dentro de su territorio, la protección equitativa de las leyes”.

5) Que, si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan (Fallos, t. 305, p. 831 y sus citas), esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada, y no puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás (Fallos, t. 167, p. 121; t. 190, p. 571; t. 194, p. 371; t. 240, p. 311 -Rev. La Ley, t. 29, p. 11; L 93, p. 188-; t. 296, p. 432). En efecto, 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 estaría totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo electo 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.

6) Que el interés vital del Estado en la educación, reconocido en Fallos, t. 306, p. 400, consid. 13 del voto de los jueces Belluscio y Petracchi (Rev. La Ley, t. 1986-C, p. 183), tampoco puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias impugnadas, ya que el Estado Nacional argentino, de cuyo gobierno es órgano esencial esta Corte, no puede tener interés más vital que el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución, cuya conveniencia o inconveniencia está vedado a los jueces valorar.

7) Que, en consecuencia, cabe concluir -ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional- que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad.

Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un "interés estatal urgente" para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable".

La demandada no ha cumplido con el requisito arriba mencionado, toda vez que no ha probado cuál es el "interés estatal insoslayable" que se ha visto protegido en el caso al privársele a la actora, por la sola circunstancia de ser extranjera, la posibilidad de trabajar en un jardín de infantes.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el Procurador Fiscal, se declaran inválidos por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional, el art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por res. 2877 del ex Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959 (t. o. con las res. 3599 y 53/63), y su modificación por res. 721 del 23 de marzo de 1977, y el art. 4º, inc. a) del dec. 4 de la misma provincia del 4 de enero de 1980. Con costas. - Enrique S. Petracchi. - Jorge A. Bacqué.