

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

gran humildad a mi trabajo, y cada vez que tengo algún caso u operación con connotaciones fuera de lo común, lo consulto y lo comento.

Después de todo, creo que la experiencia ha sido provechosa.

Y para que nadie se quede con la intriga, aclaro que no se pudo arrancar a las mellizas la identidad del custodio que acompañó al banco a la "falsa". Nunca se supo si fue cómplice, y desapareció misteriosamente. Curiosamente, tampoco se encontró el dinero.

Jaime H. Molinari

## **JURISPRUDENCIA**

### ***I. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Extranjeros. Ejercicio del notariado. Control de constitucionalidad. Competencia***

DOCTRINA: 1) Los derechos de los extranjeros están consagrados en el art. 20, Constit. Nacional, y los mismos como todas las garantías constitucionales están sometidos a las leyes que reglamentan su ejercicio.

2) No es razonable la exigencia contenida en el art. 77, inc. 2, ley 3058 de la ciudadanía argentina en ejercicio para la adscripción en el registro notarial, porque la función del notario de ningún modo compromete la célebre "seguridad jurídica", ni configura el ejercicio de una función pública estrechamente vinculada a la forma representativa de gobierno.

3) La Suprema Corte de Justicia de Mendoza acepta el principio varias veces reiterado por la Corte Nacional que reivindica para el poder judicial la facultad excluyente de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La solución opuesta que admite que cualquier órgano pueda ejercer con amplitud este control crearía una gran inseguridad jurídica.

4) Es necesario distinguir entre la naturaleza del acto sujeto al control de constitucionalidad y las facultades concedidas al funcionario del cual emana. En el caso de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza esas facultades le son otorgadas por el art. 1442 inc. 3, Constit de Mendoza que no hace distinciones entre sus salas. Por ello, tanto las salas 1ª (civil y comercial), 2ª (penal y laboral) como 3ª (administrativa) pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley local.

5) En doctrina se distingue entre la declaración de inconstitucionalidad de la ley como facultad vedada al Poder Ejecutivo y la abstención de aplicarla por parte de la administración cuando resulte manifiestamente inconstitucional, so pena de transgredir el orden jurídico normativo establecido en la Constit. Nacional, art. 341. Es sabido que el procurador del Tesoro de la Nación ha receptado la última tesis expuesta.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 3ª

Autos: "Linares Carosio, Martha D., recurso"(\*) (49).

Mendoza, octubre 23 de 1992. Considerando: 1. A fs. 1/6 la señorita Martha Daniela Linares Carosio interpone recurso de alzada en contra de la resolución n. 61/91 emanada del Consejo Superior del Colegio Notarial de Mendoza, por la cual se rechazó su pedido de adscripción a un registro notarial hasta tanto acreditara haber cumplido con el art. 77, inc. 2, ley 3058 (ciudadanía argentina en ejercicio).

Afirma que ante el Colegio Notarial invocó la inconstitucionalidad de la referida norma, por ser violatoria del art. 20, Constit. Nacional; a tal efecto

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

citó la jurisprudencia de la Corte Federal, a partir del caso "Repetto" (JA 1988 - IV - 643).

Sostiene que la decisión del Colegio es nula por no haber valorado razonablemente las circunstancias fácticas del caso: es una persona que, aunque de nacionalidad norteamericana, casi toda su existencia y todos sus estudios han ocurrido en Mendoza; obligarla a tomar la ciudadanía argentina para ejercer como adscripta en el registro notarial que titulariza su madre resulta contrario al art. 20, Constit. Nacional; consecuentemente, el acto administrativo adolece de la prohibición del art. 32, ley 3909.

2. A fs. 52/53 la Sala declaró formalmente procedente el recurso y consideró la resolución n. 61/91 como opinión negativa del Consejo Superior del Notariado a la adscripción solicitada por la peticionante.

3. A fs. 54 obra el dictamen del procurador general quien opina que la Sala administrativa de esta Corte está facultada para inaplicar una disposición si de este modo hace prevalecer una norma de rango constitucional; además, que el art. 77, ley 3058 es inconstitucional, en tanto no es una mera reglamentación del derecho a trabajar sino su propia negación.

4. El interés jurídico actual de la recurrente es evidente no obstante estar inscrita actualmente en la matrícula de abogada y haberse sancionado una nueva ley que regula la actividad del notariado.

En efecto, a fs. 1/6,33134 y 56 la señorita Linares ha insistido en que su matriculación como abogada obedeció a la necesidad de trabajar y, de este modo, evitar eventuales juicios de responsabilidad contra el Estado, pero que no desiste de su pretensión de ejercer como escribana. Por lo demás, la nueva ley no ha suprimido el requisito de la nacionalidad.

5. La primera cuestión a decidir es si esta Sala 3ª puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley local.

a) La Sala acepta el principio varias veces reiterado por la Corte Nacional que reivindica para el Poder Judicial la facultad excluyente de declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Fallos 269 - 243; 298 - 511; etc.).

Esta es la razón por la cual muchos organismos que no conforman el Poder Judicial se niegan a sí mismos competencia para declarar la inconstitucionalidad de disposiciones emanadas de otros poderes del Estado (véase entre muchos, decisión del Tribunal de Cuentas de Santiago del Estero, 1318187, Acordada n. 565, ED, 127405 con nota de Bidart Campos. "Una duda que subsiste. ¿Pueden los tribunales administrativos controlar la constitucionalidad de las leyes?"; para la cuestión en otros organismos, por ej. colegios profesionales, juntas electorales, tribunales de enjuiciamiento de magistrados, etc., véase Serra, María M., Procesos y recursos constitucionales, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 423).

La solución opuesta, que admite que cualquier órgano puede ejercer con amplitud este control crearía, a no dudarlo, gran inseguridad jurídica (advierto que algunos autores han llegado a sostener que el "banquero puede examinar la constitucionalidad de normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina de carácter obligatorio y puede inaplicarlas cuando sean manifiestamente irrazonables, en tanto no sea afectado mediante tal incumplimiento, el interés público"). (Véase Romano,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Alberto A., "El Banco Central, los bancos y las cuestiones inconstitucionales", JA 1990 - IV - 737.)

No está en discusión que la resolución que esta Sala dicte en este recurso tiene naturaleza administrativa.

No obstante, no puede negarse que es un acto administrativo que no emana de cualquier órgano administrativo, sino de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza.

De cualquier modo, una es la naturaleza del acto y otra las facultades concedidas al funcionario de quien emana. Afirmar que las mismas personas pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley local cuando actúan suscribiendo sentencias de las salas 1ª y 2ª pero les está vedado hacerlo cuando firman resoluciones de la Sala 3ª, implica aceptar una ficción (el desdoblamiento del mismo sujeto), muy difícil de comprender en una visión realista del derecho.

Las facultades de este Superior Tribunal están establecidas por la Constitución provincial, que en su art. 144, inc. 3 dispone: "Ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada".

La normativa constitucional atribuye el control a la Corte de la provincia, sin distinguir entre sus salas; la interpretación amplia del art. 144, inc. 3 permite, entonces, consagrar la realidad y descartar la ficción.

Quizás estas son las razones por las cuales no se conocen decisiones de la Corte Federal que hayan negado a un Superior Tribunal de provincia la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

b) Aun cuando no se admitiese esta solución, el control sería posible acudiendo a la tesis de la inaplicabilidad por existir decisiones análogas del Superior Tribunal de la Nación.

La Sala no ignora la amplia disputa doctrinal en torno a esta cuestión.

Es sabido que la Procuración del Tesoro de la Nación ha receptado la tesis que consagra la facultad del órgano administrativo de inaplicar, dejar de lado, la norma manifiestamente inconstitucional, sobre todo, cuando existen decisorios en tal sentido de la Corte Federal (véase dictamen del 3019188, suscrito por Héctor Pedro Fassi, en Revista de Derecho Administrativo, año 1, N° 1, 1989, pág. 169 en el que se relata la evolución de esta cuestión en ese organismo). El maestro Marienhoff fue quien, durante su desempeño como procurador del Tesoro, reconoció por primera vez, desde dicho organismo, la atribución del Poder Ejecutivo de no aplicar una ley inconstitucional (Dictámenes 84 - 102).

El prestigioso autor nacional ha distinguido entre la declaración de inconstitucionalidad de la ley (facultad vedada al Poder Ejecutivo) y la abstención de aplicarla, pues si así no lo hace transgrede el orden jurídico normativo establecido en el art. 31, Constit. Nacional (Marienhoff, Miguel, "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", JA 1961 - VI - sec. doct. - 62).

La doctrina de la inaplicabilidad de la ley inconstitucional por la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

administración ha recibido adhesiones (amplias, restrictivas, etc.) y críticas (una reseña de la doctrina nacional sobre el particular puede compulsarse en Comadira, Julio R., "La posición de la administración pública ante la inconstitucionalidad", en Revista Derecho/10 Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989, año 1, N° 1, pág. 156, a cuyos términos cabe remitirse).

Se insiste que, en el caso, el órgano administrativo es la Suprema Corte de Justicia de la provincia, quien retiradamente, en sus salas jurisdiccionales, ha consagrado el principio de la obligatoriedad, al menos moral, de los fallos de la Corte Federal.

Resulta irrazonable, entonces, que la Sala 3ª no se someta a tal acatamiento.

6. Determinada la competencia de la Sala 3ª cabe entrar en el fondo de la cuestión constitucional planteada.

a) Dispone el art. 20, Constit. Nacional: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión;... No están obligados a admitir la ciudadanía...".

b) Como lo sostiene la recurrente, la Corte Federal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de esta norma en el leading case "Repetto, Inés c/ Prov. de Bs. As.", del 8/11/88 (véase ED 132 - 555, con nota de Bidart Campos, "El requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia", LL 1989 - B - 349, con nota de Pueyrredón, Juan Marcos y Rinaldi, José Luis; en pág. 931 del mismo tomo puede compulsarse otro comentario de Garay, Alberto, "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de normas").

En ese precedente, el Superior Tribunal de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las normas dictadas por la provincia de Buenos Aires que imponían, como requisito ineludible para ejercer la docencia en establecimientos de enseñanza públicos o privados, la condición de ser argentino. La actora era norteamericana y se había visto impedida de ejercer su profesión de profesora de educación preescolar en una institución privada.

La Corte recuerda a Joaquín V. González: "En cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la transcrita prescripción constitucional".

c) Es verdad que todas las garantías constitucionales están sometidas a las leyes que reglamentan su ejercicio.

Sin embargo, en este caso, como en el resuelto, la exigencia de la nacionalidad no pasa airoso el llamado "test de la razonabilidad". (Para este método de interpretación de la medida de la constitucionalidad, véase Alonso García, Enrique, La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, págs. 203 y sigtes.)

¿Cuál es el mal que se quiere evitar con la prohibición? Si ese mal es el incorrecto ejercicio de la fe pública ¿es la prohibición absoluta al extranjero el medio adecuado? ¿Puede la ley, razonablemente, y sin caer en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

discriminaciones odiosas presumir - jure et de jure - que un notario extranjero no será buen depositario de la fe pública delegada por el Estado? La respuesta negativa se impone, como bien lo señala el procurador general en su dictamen de fs. 54 y vta. A tal efecto recuérdese que muchos instrumentos públicos, que no son escrituras públicas, también están dotados de presunción de veracidad y son expedidos por funcionarios a los cuales la ley no exige el requisito de ser argentino.

Esta Sala no desconoce el fallo de la Corte Nacional del 22/10/74, muy anterior al caso "Repetto", recaído in re "Radulescu, Alejandro c/Gobierno Nacional" (LL 1975 - A - 101), según el cual "No es violatorio de garantías constitucionales el reglamento de practicaje y pilotaje para ríos, cursos y canales de la República en cuanto exige la nacionalidad argentina natural o por opción a quienes se desempeñen como prácticos, exigencia mantenida en la reglamentación". En ese caso, el Superior Tribunal de la Nación justificó la discriminación en el hecho de que el práctico realiza un servicio público que preserva la navegación estando interesada la seguridad nacional. Sin entrar a discutir el acierto o error de la solución (duramente criticada por la doctrina, véase Garay Alberto, ob. cit., LL 1989 - B - 934),<sup>10</sup> cierto es que la función del notario de ningún modo compromete la tristemente célebre "seguridad nacional", por lo que tal precedente resulta inaplicable; tampoco configura el ejercicio de una función pública estrechamente vinculada a la forma representativa de gobierno.

Un autor menciona interesantes casos de la Corte Federal norteamericana, tribunal que ha declarado la inconstitucionalidad de leyes discriminatorias de los extranjeros residentes en los Estados Unidos, no obstante que el texto constitucional de ese país es mucho más restrictivo que el argentino. Son ejemplos las siguientes sentencias: "Griffiths" (1973), respecto de la ley que prohibía a los extranjeros el ejercicio de la abogacía; "Examining Board v. Flores de Otero" (1976) para el ejercicio de la profesión de ingeniero civil, etc. (Véase Garay, Alberto, ob. cit., LL 1989 - B - 938, quien relata las vicisitudes jurisprudenciales respecto de la policía y los docentes de escuelas públicas y concluye: "Nuestras frecuentes y retóricas apelaciones al nacionalismo, al patriotismo, a la democracia y a tantas otras bien intencionadas ideas, deben ser revisadas".)

El derecho comunitario europeo también da muestras permanentes de este tipo de decisorios. Bien ha podido decirse que la primera exigencia de la igualdad, la más característica del orden jurídico comunitario, prohíbe las discriminaciones fundadas sobre la nacionalidad (Dubouis, Louis, "El papel del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas. Objeto y ámbito de la protección", en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 575).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve:

1. Hacer lugar al recurso interpuesto y en consecuencia, revocar la resolución n. 61/91 del Consejo Superior del Colegio Notarial de Mendoza, disponiendo que dicho órgano dicte oportunamente nueva resolución conforme a lo expresado en los considerandos precedentes.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

2. Remítanse las actuaciones. - Carlos Moyano. - Carlos Aguilar. - Aída Kemelmajer de Carlucci. En relación con el presente fallo, véase el trabajo "En la República Argentina, de acuerdo con la Constitución Nacional, los extranjeros pueden desempeñar la función notarial". de Francisco Ferrari Ceretti, que se publica en la sección Doctrina de este número.

***II. BIEN DE FAMILIA. Desafectación por mudanza temporaria. Recurso extraordinario***

DOCTRINA: 1) Corresponde denegar el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar a la desafectación de un inmueble como bien de familia fundándose en que el beneficiario se había mudado temporariamente de allí sin haber acreditado el acuerdo de la autoridad exigido por el art. 41, ley 14394, pues no parece absurda la interpretación efectuada a ese respecto por la Cámara, más aún cuando para la constitución del beneficio el apelante debió prestar juramento sobre su futura y efectiva habitación en él.

2) El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar al pedido de desafectación de un inmueble como bien de familia con fundamento en que el beneficiario se había mudado temporariamente de allí es inadmisibles (art. 280, Cód. Procesal) - del voto del doctor Barra -.

3) La ausencia de autorización administrativa prevista por el art. 41, ley 14394 no exime al tribunal de analizar si se reúnen los extremos que exceptúan a los ocupantes del bien de familia de habitar el inmueble - del voto en disidencia de los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Petracchi y Moliné O'Connor -.

4) La interpretación del tribunal de grado que exige el previo cumplimiento de la autorización administrativa del art. 41, ley 14394 absteniéndose de ponderar los hechos alegados por el beneficiario del bien de familia para residir temporariamente en otro inmueble, admitidos por el propio tribunal en decisión que posee efectos de cosa juzgada, y de evaluar nuevas probanzas producidas en apoyo de la oposición deducida, importan un exceso ritual manifiesto, que desvirtúa la esencia del bien de familia y neutraliza su fin tuitivo al condicionarlo a un trámite administrativo superado por las actuaciones judiciales cumplidas - del voto en disidencia de los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Petracchi y Moliné O'Connor -.

Corte Suprema de Justicia.

Autos: "Pastrana Gómez, Gustavo E. (quiebra)"(\*) (50)

Buenos Aires, marzo 31 de 1992.

Considerando: 1. Que contra la decisión de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que, al confirmar la de la instancia, hizo lugar al pedido de desafectación de un inmueble como bien de familia efectuado por el síndico, el fallido dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2. Que, a tal fin, la Cámara consideró que el apelante no había acreditado que su mudanza temporaria a otra residencia se hallara dentro de alguna de las excepciones previstas en el art. 41, ley 14394 y que tal situación no era "estimable" por ese tribunal, en razón de lo cual procedía la desafectación