

Control de constitucionalidad *

Art. 177, Constitución de la provincia de Buenos Aires.
Inconstitucional

- 1) *El art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en cuanto exige para poder acceder al cargo de juez de una Cámara de Apelaciones, haber nacido en territorio argentino o bien ser hijo de ciudadano nativo, efectúa una discriminación en razón del origen de la nacionalidad, por lo que encuadra en uno de los motivos de discriminación que prohíben los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional –arts. 1.1, Pacto de San José de Costa Rica; 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107)–, recayendo sobre el mismo una presunción o sospecha de ilegitimidad.*
- 2) *El art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en tanto dispone el recaudo de haber nacido en territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo para poder acceder al cargo de juez de una Cámara de Apelaciones en la provincia de Buenos Aires, establece que existen argentinos de primera clase –“nativos” y “por opción”– y otros de segunda clase –“naturalizados”–, por lo cual se presenta afectado por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría superarse por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique.*
- 3) *El art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en cuanto exige, para ser juez de una Cámara de Apelaciones, haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si se hubiere nacido en el extranje-*

*Publicado en *La Ley* del 6/4/2005.

ro, resulta manifiestamente contrario a la Constitución Nacional por lesionar el principio de igualdad –art. 16–, excediendo las limitaciones prescriptas para idéntico cargo en el orden nacional (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

- 4) *Es irrazonable el requisito de haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo para ser juez de una Cámara de Apelaciones en la provincia de Buenos Aires –art. 177, Constitución local–, si se considera que dicho requisito no está previsto para quienes pretendan acceder a la magistratura de primera instancia, máxime teniendo en cuenta que en ambos casos se juzga sobre la vida, la libertad y la propiedad de las personas y se ejerce el control de constitucionalidad confiado por la Constitución Nacional al Poder Judicial (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).*
- 5) *El voluntario sometimiento de un funcionario judicial al régimen jurídico existente cuando inició su carrera, que ya contenía el requisito de haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo para poder ser juez de una Cámara de Apelaciones en la provincia de Buenos Aires –art. 177, Constitución local–, no le impide cuestionar la constitucionalidad de dicho precepto, pues aquél no pudo impugnarlo válidamente sin que estuvieran reunidos todos los requisitos inherentes a la configuración de un “caso” en los términos de la ley 27 (Adla, 1852-1880, 354), máxime si se considera que las garantías constitucionales sólo son renunciables cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquéllos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).*
- 6) *Ante la lesión de expresas disposiciones constitucionales que hacen a la forma republicana de Gobierno, por parte de una norma de carácter local –en el caso, art. 177, Constitución de la provincia de Buenos Aires, en cuanto exige para ser juez de Cámara haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo–, la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando su inconstitucionalidad no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento y asegura el cumplimiento de la voluntad del constituyente y de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir a su establecimiento (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).*
- 7) *El art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, al exigir para poder acceder al cargo de juez de una Cámara de Apelaciones, haber nacido en el territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, no viola la garantía de igualdad ante la ley en tanto no discrimina, a tal fin, entre la categoría de argentinos naturalizados, máxime teniendo en cuenta que la distinción se realiza entre jueces de distintas instancias, planteándose las mayores exigencias respecto de los de las instancias superiores, por lo que la distinción se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo (del voto en disidencia del doctor Belluscio).*
- 8) *Cada provincia puede determinar, en ejercicio de potestades discrecionales no delegadas a la Nación, los recaudos para el acceso a los cargos públicos –en el*

caso, ciudadanía nativa o por opción para ser juez de Cámara en la provincia de Buenos Aires, según art. 177, Constitución local—, los cuales, mientras no se muestren arbitrarios, ni violen, de manera indudable, derechos o garantías constitucionales, deben ser respetados por el Gobierno central, aun cuando su fundamento resulte opinable (del voto en disidencia del doctor Belluscio).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, noviembre 16 de 2004. Autos: “Hooft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires”.

El análisis Discriminación y nacionalidad para acceso a cargos públicos *

Por **Esteban Rosa Alves**

En el caso “Hooft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la acción que había planteado un juez de primera instancia de la Provincia demandada para que se declarase inconstitucional el art. 177 de la Constitución local, el cual exige, para ser juez de Cámara, ser argentino nativo o por opción, excluyendo del acceso a dicho cargo a los argentinos naturalizados.

Para así resolver, el Alto Tribunal consideró, en lo sustancial, los siguientes argumentos:

a) Estableciendo explícitamente los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que todos los ciudadanos deben gozar, entre otros derechos, del de acceder, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (v. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25), *una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense —que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor)—, se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique.*

En tal sentido, se apoya la aludida presunción en antecedentes de la doctrina europea y la jurisprudencia canadiense, conforme a los cuales, la presencia en la legislación impugnada de un motivo de discriminación prohibido en las normas fundamentales, hace que ese criterio de discriminación sea sospe-

*Publicado en *La Ley* del 6/4/2005.

choso, haciendo pesar sobre la legislación en cuestión una *presunción de inconstitucionalidad* con la consecuente *inversión de la carga de la prueba*.

b) En presencia de un caso como el planteado, donde la norma impugnada se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad, el control constitucional exige pasar la prueba de “una justificación suficiente de la restricción” (en referencia a la doctrina del *escrutinio estricto*, ya aplicada por la Corte en el precedente de Fallos 321:194). Dicha *justificación* implica una cuidadosa prueba sobre los fines que la Provincia demandada intenta resguardar con la norma impugnada y sobre los medios utilizados al efecto. Los fines deben ser sustanciales, no meramente convenientes. Los medios, no basta que sean simplemente adecuados a los fines, sino que debe demostrarse su eficacia y que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada. Como en el caso bajo análisis la Provincia no cumplió las exigencias expuestas –sino que se limitó a presentar, en opinión de la Corte, una exposición dogmática sobre el carácter complejo de la elección de los jueces y sobre la pertinencia de establecer mayores exigencias para el acceso a los cargos judiciales superiores, sosteniendo que tal cuestión se hallaba reservada a las facultades autonómicas de las provincias, a tenor de los arts. 121, 122 y 123, Constitución Nacional–, el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución bonaerense.

Hay que señalar que hubo una disidencia en el fallo de la Corte: la del ministro Belluscio. Éste fundó su voto en una presunción contraria: la de la constitucionalidad de las normas y actos gubernamentales, sosteniendo que *cada provincia puede determinar, en ejercicio de potestades discrecionales no delegadas a la Nación, los recaudos para el acceso a los cargos públicos, los cuales, mientras no se muestren arbitrarios ni violen, de manera indudable, derechos o garantías constitucionales, deben ser respetados por el Gobierno central, aun cuando su fundamento resulte opinable*. Obviamente, este juez entendió que, en el caso, la distinción se basaba en la consideración de una diversidad de circunstancias susceptibles de fundar, razonablemente, el distinto tratamiento legislativo.

El fallo de la Corte precedentemente reseñado conduce a advertir algunas consecuencias importantes en materia de Derecho Constitucional. En primer lugar, en el voto de la mayoría se aprecia la ponderación de los tratados internacionales del art. 75, inc. 22, de la Constitución, como normas complementarias que *explicitan* –el Alto Tribunal habla de “preceptos explícitos”– los derechos y garantías constitucionales, en este caso, la igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional). En segundo y último lugar, se establece que la regla complementaria de interpretación constitucional *in dubio pro constitutio* admite una excepción cuando las normas que se impugnan aplican motivos de discriminación prohibidos en la Ley Fundamental a través de los tratados que poseen su jerarquía. A diferencia de la jurisprudencia norteamericana, no basta con que se trate de la reglamentación restrictiva de una libertad *preferida* –como podría ser el derecho al igual trato ante la ley– para que la norma gubernamental deba ser sometida a un control estricto de constitucionalidad,

con la consecuente inversión del *onus probandi*, a cargo del órgano gubernamental que emitió la norma. No se trata de jerarquizar los derechos entre *preferidos* y *no preferidos*, sino, en definitiva, de jerarquizar la supremacía constitucional en sí misma, institucionalizando una sospecha –que también lo es *iuris tantum*– de inconstitucionalidad para abordar el escrutinio judicial de aquellas normas y actos gubernamentales cuya literalidad sea contraria a expresas prohibiciones del texto constitucional.