

Ley Notarial N° 404. Acción de Inconstitucionalidad

Naturaleza de la función notarial; constitucionalidad del requisito de nacionalidad nativa o por naturalización por un lapso no menor de diez años exigida para ser escribano de registro; Tribunal de Superintendencia: carácter de su función; Tribunal Superior de Justicia: facultades transitorias para actuar como Tribunal de Superintendencia del Notariado en la Ciudad de Buenos Aires; garantía de la doble instancia.

1. Corresponde rechazar la demanda de inconstitucionalidad promovida por la Asociación por los Derechos Civiles contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la cual pretendía la declaración de inconstitucionalidad (artículo 113, inc. 2 CCABA) y pérdida de vigencia de los artículos 8, inciso a), 117, 120, inciso a), 120, inciso b), 153 y 172 de la ley n° 404 y artículo 2, inciso a) de su decreto 3 reglamentario n° 1624 (del voto de la mayoría).

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

3. La ley N° 404 ha sido dictada por la Legislatura local en ejercicio de sus atribuciones (artículo 80, párrafo 2º, inc. b) y las limitaciones establecidas tienen relación con la naturaleza de servicio público que caracteriza a la función fedataria que el Estado adjudica a los escribanos, en el entendimiento de que esta restricción promueve el buen desempeño del notariado (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

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

5. La exigencia de nacionalidad argentina nativa o por naturalización por un lapso no menor de diez años, constituye un requisito de idoneidad para el ejercicio del cargo de escribano, incluso puede calificársela de requisito común para el desempeño del cargo de funcionario público en general. En consecuencia, para efectuar un juicio de valor acerca de la razonabilidad de la exigencia de nacionalidad argentina para el otorgamiento de la matrícula profesional a los escribanos, no es posible ni resulta correcto prescindir de las características propias de la función notarial (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

6. Dentro de este contexto, teniendo en cuenta la importancia social y el interés público comprometido en la tarea de dar fe pública a actos y contratos de particulares, así como también el carácter de "función pública" que desempeñan los escribanos, el requisito de la nacionalidad no parece irrazonable ni arbitrario para conformar la idoneidad requerida para el desempeño de la actividad notarial (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

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

8. Quienes integran –transitoriamente– o integrarán el Tribunal de Superintendencia son jueces, designados conforme el procedimiento previsto en la Constitución Nacional o de la Ciudad de Buenos Aires, que gozan de las garantías de inamovilidad funcional e intangibilidad salarial, y que tienen la misión de ejercer la función jurisdiccional. No se trata de empleados o funcionarios administrativos, sino de magistrados que integran –o integrarán– el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

9. Si entendemos a la función jurisdiccional como aquella actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, las facultades que le competen al Tribunal de Superintendencia no resultan materialmente administrativas, sino típicamente jurisdiccionales, ya que el Tribunal entiende en casos en los que se juzga la conducta de los

escribanos y se les aplica –de ser pertinente– la respectiva sanción (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

10. Tanto desde el punto de vista subjetivo –el Tribunal de Superintendencia está integrado por magistrados que pertenecen al Poder Judicial de la Ciudad– como desde el punto de vista material –la naturaleza de la función que realiza dicho tribunal es esencialmente jurisdiccional–, podemos afirmar que el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce una función jurisdiccional (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

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

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

13. La ley N° 404 no establece ningún tipo de limitación al control judicial que le compete realizar al Tribunal de Superintendencia del Notariado, el que debe ser amplio y suficiente, permitiendo –de ser pertinente– el debate de cuestiones de hecho y prueba; tal como lo ha hecho el Tribunal en ejercicio del Tribunal de Superintendencia del Notariado hasta el presente y en gran número de casos. Si algún escribano sancionado por una falta disciplinaria considera que el control judicial efectuado por el Tribunal de Superintendencia del Notariado resultó insuficiente, podrá plantear el pertinente recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

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

15. No resulta exigible –desde el punto de vista constitucional– la consagración de la doble instancia para la revisión judicial de las sanciones impuestas a los escribanos en ejercicio de facultades disciplinarias, supuesto completamente distinto al previsto por las citadas normas de los tratados internacionales que exigen esta garantía para procesos de naturaleza penal (del voto conformando la mayoría de la jueza Conde).

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

17. El escribano ejerce sus funciones obrando bajo su exclusiva responsabilidad, sin recibir instrucciones de autoridad alguna, es decir, sin subordinación a otro órgano en el cual quede depositado el ejercicio de las competencias que le son confiadas. Ello constituye un elemento determinante, por encima de la relativamente escasa discrecionalidad con que opera el escribano (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

18. Lo expuesto, se condice con el hecho de que exista un *numerus clausus* de escribanos bajo el sistema de la Ley N° 404 (conf. artículos 31 y 33). En efecto, si uno realiza un relevamiento de los sistemas notariales imperantes en el resto del mundo, encuentra una clara correlación entre la existencia de *numerus clausus* (o designación discrecional por la autoridad, que, naturalmente, limita el número de escribanos), los efectos sobre terceros de los actos notariales, y la exigencia de ciudadanía local en los escribanos (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

19. No caben dudas de que los escribanos cumplen como fedatarios una función pública, y que la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

20. Que los escribanos sean funcionarios públicos en el sentido de dependientes o agentes de una administración pública no es dato dirimente a los fines propuestos. Ello así, porque las funciones públicas no siempre son ejecutadas por personas sometidas a una relación de dependencia o jerárquica. Ejemplo de ello son las matrículas que llevan los colegios profesionales (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

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

22. Conviene reparar también en el hecho de que la nacionalidad argentina constituye un requisito para matricularse como escribano en 19 de los 24 estados locales de la República Argentina. En algunos instalado de modo expreso en sus leyes de notariado, en otros por remisión a la calidad de funcionario público, que lo exige. Cuando el Congreso era legislatura local de la Ciudad de Buenos Aires, hoy autónoma, dictó la ley N° 12.990 regulatoria del notariado. Su artículo 1 inciso a) requería la ciudadanía nativa o la naturalización obtenida con diez o más años de antelación para aspirar a una designación como escribano de registro. Aun cuando lo hizo como autoridad local, no puede descuidar el intérprete que el mismo cuerpo “[...] puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán” (artículo 7 de la CN). En esas condiciones, poner las exigencias de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en armonía con los criterios del Congreso y las exigencias de las otras provincias, se convierte en un objetivo legítimo para su Legislatura. Ello así, porque se trata precisamente de una función cuyos productos tienen consecuencias allende los confines de la Ciudad (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

23. Asimismo, puesta la competencia a cargo del Tribunal Superior de Justicia como lo establece el artículo 172 de la ley N° 404, no cabe que sus actos sean revisados por

ninguna instancia administrativa ni judicial de la Ciudad. En el primer supuesto –revisión por órganos administrativos–, porque ello infringiría la división de poderes; en el segundo, porque supone poner a otro órgano por sobre el Tribunal Superior de Justicia, medida incompatible con el diseño constitucional, aun cuando ese órgano sea judicial (arg. artículos 107, 109, 113 y conc. de la CCBA). Este sometimiento sería intolerable, aun cuando fuera adoptado con carácter provisorio (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

24. La función ha sido diseñada necesariamente como judicial, puesto que, de lo contrario, habría que suponer que el legislador atribuyó una competencia de naturaleza administrativa a un órgano judicial como lo es el Tribunal Superior de Justicia (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

25. Para juzgar la constitucionalidad de una ley que atribuye al Tribunal Superior de Justicia competencias que no están expresamente contempladas en el artículo 113 de la CCBA hay que tener en consideración las dos premisas que, con todo acierto y elegante nitidez, destaca el punto 2 del voto de la Dra. Ana María Conde, que motiva este agregado. El artículo 113 es parte de una obra integral, la CCBA, y no constituye una acumulación de competencias residuales sino un conjunto de facultades delicadamente articuladas, cuya sumatoria posibilita llenar lo que el apuntado voto identifica como “el sensible rol institucional del Tribunal Superior de Justicia”. Percibida esta función por el legislador, dentro del ámbito amplio de discrecionalidad que le compete por la representación popular que le incumbe, queda aplicada válidamente a la misión que el artículo 6 consagra como propósito compartido de todos los órganos que crea la CCBA. En estas condiciones, lejos de desvirtuar el artículo 113 de la CCBA, el artículo 172 de la ley N° 404, por las razones apuntadas arriba, constituye una solución armónica con el diseño institucional que el constituyente tuvo en mira al redactar los incisos del referido artículo 113 (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

26. El Tribunal Superior de Justicia sentó la doctrina según la cual el principio es el de no extender su jurisdicción por vía legislativa a menos que circunstancias especiales lo justificaren. En el caso que nos ocupa, esas circunstancias están ligadas al carácter provisorio de la solución y a la restitución de competencias y servicios a la Ciudad que impone el cumplimiento del artículo 129 de la CCBA en razón de las facultades jurisdiccionales propias que reconoce al pueblo de Buenos Aires (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

27. El Tribunal de Superintendencia de la ley N° 404 está organizado, al igual que lo estaba en el régimen que lo precedió, depositando la competencia que asigna en jueces con especialización en materia civil. Es decir, el legislador estimó que esta era la más adecuada a la actividad de los escribanos y, por ello, al tipo de situación acerca de la cual tocaría expedirse a dicho cuerpo judicial. Por ahora, la Ciudad carece de esta

especialización en el ámbito de la justicia de mérito. El Tribunal Superior de Justicia, en cambio, tendrá competencia para expedirse en esas materias, por aplicación de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y de su reglamentación contenida en la ley N° 402. De manera que lo que ha dispuesto el legislador es poner directamente la competencia en la sede más cercana *ratione materiae* a la especialización del anunciado órgano judicial en cuya órbita decidió colocarlos con carácter permanente (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

28. Cabe tratar el planteo según el cual el sistema de enjuiciamiento previsto en la ley N° 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia contenido en el artículo 8. h) Pacto de San José de Costa Rica. La disposición internacional invocada por el recurrente carece de relación directa con el agravio esgrimido toda vez que ampara a “toda persona inculpada de delito”, supuesto no contenido en las sanciones previstas en la ley N° 404 (del voto conformando la mayoría del juez Lozano).

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

30. Adviértase, que sólo concibiendo la actividad de los escribanos de registro como una función pública pueden explicarse las estrictas incompatibilidades de que da cuenta el artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado, que se asemejan en mucho a las que se aplican a magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Además, concurren a facilitar la caracterización de función pública respecto del notariado los deberes que la ley prescribe atinentes a los escribanos de registro (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

31. Adquiere significativa trascendencia la definición dada por el Primer Congreso Internacional del Notariado (1948) donde se dejó sentado: Que el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expe-

dir copias que den fe de su contenido. En su función, está comprendida la autenticación de hechos (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

32. Vista ahora la cuestión de la naturaleza jurídica de la función notarial desde el ángulo del derecho judicial más reciente, sin perjuicio de que la nota del artículo 1112 del Código Civil la caracterice como la propia de los funcionarios públicos, un pronunciamiento emblemático lo constituye el dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1984, en la causa "*Jorge Fernando Vadell v. Provincia de Buenos Aires*" (Fallos: 306:2030), en donde se brindan adecuadas precisiones en el sentido de que el escribano de registro, si bien es un profesional del derecho que no integra la administración pública, ejerce una función pública por la investidura que como fedatario le confiere el Estado (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

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

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

35. *El notario* indiscutiblemente es titular de una función pública en mérito de un acto de investidura practicado por el Estado, que lo habilita para conferir autenticidad a los actos que autoriza o a las certificaciones que extiende. Ello así, quien esté capacitado jurídicamente para acceder a la función notarial en virtud de su acreditación universitaria -poseer título de abogado o grado equivalente- no puede invocar un derecho a ser investido en una función pública esencial como es la de ser magistrado judicial o

fedatario, ya que ello dependerá que los demás requisitos que razonablemente establezca la Legislatura para dar satisfacción a la exigencia de idoneidad a que alude el artículo 16 de nuestra Carta Magna se cumplan (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

36. Ante el embate de la actora contra las regulaciones del notariado local que establecen el requisito de la nacionalidad argentina nativa o naturalizada para la inscripción en la matrícula profesional como si se tratara de una caprichosa excentricidad de nuestro ordenamiento, merecedora de ser estudiada por la *teratología jurídica*, vale señalar que estamos en presencia de un *principio común de derecho recibido*, presente en el derecho público argentino a lo largo y a lo ancho de los más diversos ordenamientos provinciales (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

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

38. Debe añadirse que de la compulsas del derecho provincial comparado se comprueba que en distintas jurisdicciones –provincias de Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja y Salta– se reclama, además, domicilio real efectivo y continuo o residencia en la provincia por el término de dos a diez años, la que puede ser suplida en algunas –provincias de Entre Ríos, Jujuy y La Rioja–, en el caso de tratarse de aspirantes nativos de los antedichos estados locales; exigencias estas que sólo se compadecen de ser requeridas para cargos públicos electivos, tratándose de funcionarios públicos o de quienes ejercen funciones públicas (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

39. A su vez, no hay que perder de vista una realidad contemporánea, proyectando nuestra mirada de fronteras afuera, lo que nos enfrenta con el proceso de integración económica. De todos modos, cabe advertir, que el *Tratado de Roma*, suscripto el 25 de marzo de 1957, por el que se da existencia a la Comunidad Económica Europea (CEE), en el título III: "Libre circulación de personas, servicios y capitales", capítulo II: "Derecho de establecimiento", artículo 45, primer párrafo, establece: *Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público*, con lo cual, en razón de ser la notarial una función pública, nada obsta a disponer que para ser notario se deba ser ciudadano del país que lo inviste. Así, "calificada doctrina", da cuenta sobre el punto, que: "La mayoría de los países que se han pronunciado no aceptan en su totalidad la

libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, alegando que el notariado participa de la soberanía del Estado y que, por tanto, los Estados miembros no están obligados a permitir, ni siquiera de forma temporal, el ejercicio de poder público por parte de funcionarios nombrados por otro Estado, si no lo consideran oportuno" (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

40. La *razonabilidad en la selección* para la conformación de los grupos y categorías de aspirantes de quienes se consideren *idóneos* para asumir una función pública, puede pasar por el meridiano de la *nacionalidad*, cuando a esta se la tiene configurada, no solamente para quienes ostentan tal vínculo político por el hecho natural de haber nacido en nuestro suelo, haber ejercido la pertinente opción al ser hijos de argentinos -a pesar de su nacimiento en el exterior-, sino también cuando se la extiende, generosamente, a aquellos que la abracen por adopción. En estos términos, la demanda de la nacionalidad, comprendida la que se adquiere por adopción, para el ejercicio de una función pública -como lo es la notarial-, disipa toda sospecha o presunción de ilegitimidad, no reclamando prueba alguna para justificar la exigencia del recaudo (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

41. Toda vez que la integración de la justicia local aún no ha concluido, se impuso buscar una solución razonable que permitiera a la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercer las competencias que legítimamente posee sobre la función notarial, de conformidad con lo expresado en la Cláusula transitoria decimoctava de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

42. El legislador local, al diseñar el sistema instaurado por la Ley Nº 404, tuvo en cuenta que la Justicia Civil Ordinaria todavía no había sido transferida al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Estas pautas de excepcionalidad y transitoriedad justifican, la atribución de la competencia cuestionada y conducen a descartar la declaración de inconstitucionalidad solicitada en esta causa, enfatizando, además, que la apuntada atribución, en modo alguno, ha distorsionado el normal funcionamiento de este Tribunal Superior de Justicia (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

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

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

Tanto desde el punto de vista subjetivo como material el Tribunal de Superintendencia del Notariado ejerce funciones jurisdiccionales (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

45. No debe pasar inadvertido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "*Colegio de Escribanos - Elba María Rial y Otros*" (Fallos: 327:3626), sentencia del 7 de septiembre de 2004, donde el Alto Tribunal federal sólo se ha limitado a desestimar la queja por considerar que el recurso extraordinario que le dio origen no estaba dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, en tanto lo que se encontraba en juego en dicha causa era una cuestión de competencia. Ello así, no ha variado la doctrina mayoritaria del apuntado Estrado en cuanto a la naturaleza judicial del Tribunal de Superintendencia, que se ve confirmada por un sinnúmero ininterrumpido de decisiones en las cuales conoció por vía del remedio federal sobre el fondo de lo resuelto en materia disciplinaria notarial -v., entre otras causas: "*Colegio de Escribanos*", Fallos: 315:1370, sentencia del 23 de junio de 1992- (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

46. Reputar las sentencias de esta instancia decisoria actuando como Tribunal de Superintendencia del Notariado como meras resoluciones administrativas permitiría su revisión por demanda contenciosa, facilitando el tránsito de todas las instancias de mérito con la consiguiente dilación de los procesos, lo que no se compadece con un ejercicio ágil, tempestivo y eficaz del poder disciplinario sobre la función pública nota-

rial, ya que la adecuada dación de la *fe pública* interesa no solamente al colectivo mayoritario de escribanos honorables sino a la sociedad civil toda, que, a partir de los códigos de fondo, ha reconocido a los instrumentos de ellos emanados plena fe, tanto respecto de las partes otorgantes como frente a terceros, como un modo de contribuir a la seguridad jurídica en los actos trascendentes de la vida y en el tráfico de bienes (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

47. En punto a la doble instancia judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha resuelto que tal garantía "se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona 'inculpada de delito' o 'declarada culpable de delito'" *-in re: "Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina", Fallos: 323:1787*, sentencia del 27 de junio de 2000- (del voto conformando la mayoría del juez Casás).

48. Si bien el escribano cumple en ciertos aspectos una suerte de gestión pública, no es un funcionario público. En efecto, la falta de dependencia orgánica del escribano respecto de los poderes públicos, la ausencia de subordinación jerárquica a una estructura administrativa, y la inexistencia de un vínculo económico a través de remuneración o estipendio, alejan –sin duda– la posibilidad de que los escribanos sean funcionarios públicos, aun cuando el Estado realice o establezca un régimen de concesión de funciones fedatarias. Tampoco parece menor la circunstancia de que los escribanos confeccionen las escrituras públicas y demás actos –protocolares y extraprotocolares– en nombre propio, y no en nombre del Estado (del voto en disidencia de la jueza Ruiz).

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

50. Tal como resulta de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Fallos 327:3626* del 7 de septiembre de 2004 se sigue que el Tribunal de Superintendencia del Notariado es un tribunal de índole administrativa y sus decisiones se encuentran alcanzadas por la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos 247:646* y por las garantías establecidas en los artículos 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo XVIII, Declaración Americana de los Derechos del Hombre; y artículo 12, inciso 6, CCBA. En consecuencia, las resoluciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado son susceptibles de impugnación ante las instancias ordinarias y por las vías y procedimientos que, según la índole y los alcances de la pretensión, posibiliten la mejor y más efectiva tutela jurisdiccional.

Es por similares fundamentos que la Corte en *Fallos* 327:3626 no considera al Tribunal Superintendencia del Notariado como el tribunal superior de la causa, y ni a sus decisiones como sentencias definitivas desde el punto de los requisitos propios del recurso extraordinario federal (del voto en disidencia de la jueza Ruiz).

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

52. Tampoco podría, en principio, el legislador local encomendar funciones “jurisdiccionales” de carácter administrativo al Tribunal, ya que por ese camino se alteraría el ámbito de actuación fijado por el constituyente al Tribunal. Es obvio que la CCBA prefirió que el Tribunal se concentrara en determinadas materias y tipos de conflictos y excluyó otros. Esto importa un juicio del constituyente respecto de la manera de asegurar una labor efectiva del máximo órgano jurisdiccional de la Ciudad (del voto en disidencia de la jueza Ruiz).

53. Las funciones del Tribunal Superior de Justicia deben ser apreciadas, en esta etapa, desde la perspectiva del artículo 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el contexto en que fueron ordenadas (del voto en disidencia de la jueza Ruiz).

54. Parece razonable inferir que la Legislatura para mantener, preservar y desarrollar la autonomía de la Ciudad y materializar el ejercicio del poder de policía local sobre la función notarial, pudo entender adecuado adjudicar transitoriamente la competencia como Tribunal de Superintendencia, al Tribunal Superior de Justicia. De esta forma el legislador no sólo cumplió con el mandato del artículo 6 de la CCBA sino que, además facilitó –al tiempo de entrada en vigor de la ley N° 404– el traspaso de un régimen y su correspondiente poder de policía sin que todas las instituciones creadas en la ley mencionada estuviesen integradas. Es esa nota de transitoriedad y la premisa fundamental de preservar la autonomía la que, a mi juicio, justifican la competencia transitoria del Tribunal Superior de Justicia para ejercer las funciones asignadas por la ley N° 404 (del voto en disidencia de la jueza Ruiz).

55. La ausencia de fundamentación en las discusiones parlamentarias (en las que *no se debatió* la exigencia de nacionalidad; ver la 14° Sesión Ordinaria del 15 de junio de 2000, ocasión en que tuvo lugar el tratamiento de la ley N° 404), permite concluir que la Legislatura no se ha tan siquiera aproximado a brindar la requerida “justificación fuerte” para la inclusión de una categoría –de modo limitativo– que tiñe a la norma en

la que figura de una presunción de ilegitimidad e inconstitucionalidad manifiestas (del voto en disidencia del juez Maier).

56. En cuanto al carácter de las funciones del notario, no obstante cumplir una función pública como fedatario en virtud de una delegación estatal, el escribano es un profesional liberal que no integra la Administración pública. Se trata de un yerro el creer, al menos en nuestra organización social, que el hecho de que alguna materia integre como deber la tarea o la política estatal convierte de por sí al prestador de ella en un funcionario público (del voto en disidencia del juez Maier).

57. Ha sido siempre totalmente claro que la función notarial, en especial en la compraventa de inmuebles y otros actos jurídicos que requieren escritura pública, no ha sido confiada sino por excepción a funcionarios públicos (sistema del folio real, como, por ejemplo, sucede con el registro civil y el estado de las personas, o con el registro de automotores y la trasmisión del dominio sobre ellos), sino que la legislación ha optado por crear una profesión liberal organizada para ello. La salud pública, en el sentido de la prestación médica, es, sin duda, una tarea estatal, en tanto el acceso de toda la población a la medicina hasta un determinado nivel debe ser garantizado, pero esta caracterización no importa, de manera alguna, que todos los médicos sean funcionarios públicos y mucho menos todavía que los médicos –aun aquellos que son funcionarios públicos–, para ejercer su profesión, deban ser necesariamente argentinos nativos o naturalizados con más de 10 años de antigüedad en la opción por alguna razón *estratégica* como supone la defensa del caso de los escribanos (del voto en disidencia del juez Maier).

58. La acción de dar fe requiere esencialmente del debido conocimiento de las normas aplicables, conocimiento que se supone y no queda discutido por esta acción, que, al lado de otros factores comunes a una persona normal, sin interdicciones, califican la idoneidad profesional del notario. El punto a resaltar es que ninguna de esas exigencias depende de la nacionalidad: el conocimiento del derecho aplicable es asequible para quien lo desee y pueda adquirirlo y dé prueba suficiente de esa adquisición; el componente epistemológico puede ser, por cierto, más complejo, pero así como se presume de toda persona, incluidos los jueces y los abogados, por ejemplo, que, en principio, ella será capaz de distinguir diversos hechos o elementos reales y su significado común, del mismo modo se presume que, tras su capacitación como notario, una indeterminada serie de símbolos será para el sujeto una escritura de la que, entonces, podrá dar fe (del voto en disidencia del juez Maier).

59. La honradez, la seriedad y la condición moral, virtudes que provoca la confianza necesaria que, al parecer, se exige de un notario en homenaje a la seguridad de sus actos, no sólo no son patrimonio de los argentinos nativos o nacionalizados hace más

de diez años, sino que no son patrimonio de nacionalidad alguna (del voto en disidencia del juez Maier).

60. Dado que la integración de la justicia local aún no ha concluido, lamentablemente, se impone encontrar una solución que, hasta que aquello ocurra, no desnaturalice la finalidad que ha inspirado la sanción de la norma analizada, de modo de conceder efecto a los fines perseguidos legislativamente. Lo contrario importaría dificultar el propósito que inspiró el dictado de la ley, la trasmisión del poder de policía sobre la profesión de escribano al ámbito de la ciudad –parte de la autonomía práctica concedida por la Constitución Nacional, artículo 129–, con el consiguiente perjuicio para la función notarial en la Ciudad de Buenos Aires. Por esas razones, el Tribunal Superior de Justicia acordó: “1º. Disponer que hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumirá, *en forma excepcional*, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia.” [acordada n° 8/2000, del 9 de agosto de 2000, bastardilla mía] (del voto en disidencia del juez Maier).

61. El sistema de “enjuiciamiento” (control) previsto por la ley N° 404 no resulta compatible con el derecho a la doble instancia judicial, del artículo 8, n° 2, h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La convención citada se refiere, textualmente, a la pena estatal –incluso puede discutirse su nivel– y al procedimiento de persecución penal, con lo cual, *no* abarca a los procesos disciplinarios de una profesión (del voto en disidencia del juez Maier).

62. No constituye una cuestión pacífica aquella referida a si la garantía local de la doble instancia, prevista en nuestra CCABA, artículo 13, inc. 2, se proyecta solamente al proceso penal o alcanza, por lo contrario, todo tipo de procesos. Empero, se debe señalar, que el procedimiento previsto para el control de las determinaciones del Colegio de Escribanos no difiere sustancialmente en los supuestos de faltas menores y de faltas graves, y ambos implican, incluso semánticamente, una *segunda instancia*. Aunque en un caso sea menester aludir a una *acusación* para un litigio ante el Tribunal Superior de Justicia y en otro al *recurso contra una sentencia*, lo cierto es que la diferencia entre ambas nociones es, si se quiere extremar la cuestión, tan sólo semántica. En ambos supuestos y casos concurren dos actos volitivos que comportan dos controles; específicamente: el Colegio expresa primero su voluntad, *acusatoria* o en forma de *decisión*, conforme a aquello que previamente ha averiguado, y el Tribunal controla si esa *acusación* o esa *decisión* resultan correctas. Por lo demás, tanto el *recurso* contra la sentencia, como el *litigio* contra la acusación, suponen derechos idénticos a la defensa, dado que el procedimiento es esencialmente registrado o escrito en actas. En ambos casos considerados (acusación o sentencia), el notario sancionado dispone de dos oportunidades para ser oído y para verificar su inocencia o la justificación de un reproche menor (del voto en disidencia del juez Maier).

TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia de agosto 9-2006. "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (Expte. n° 4172/05).

*La sentencia completa puede ser consultada en la página web del Tribunal:
www.tsjbaires.gov.ar*

Prosecretaria Letrada del Notariado María Cristina Sánchez
Prosecretaria Administrativa Mariana Courty
Prosecretaria Administrativa María Inés Poss