

NOTA DE JURISPRUDENCIA

(Con hipervínculos a la base online)

NACIONALIDAD COMO REQUISITO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

- I. *Los primeros antecedentes*
- II. *Se consolida la doctrina*
- III. *Origen de la nacionalidad*
- IV. *Un precedente diferente*

I. Los primeros antecedentes

En la causa **"Repetto"** la actora -docente norteamericana- cuestionó determinadas normas de la Provincia de Buenos Aires que imponían el requisito de nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en la actividad privada. La Corte señaló que el art. 20 de la Constitución Nacional 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...". Consideró 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 estableciera discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la norma expresada. Agregó que no se podía recurrir a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos ya que la constitución estadounidense se limita a establecer la protección jurídica de los extranjeros pero en modo alguno les asegura los mismos derechos civiles.

Sostuvo el Tribunal que si bien Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, 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. Añadió que el interés vital del Estado en la educación tampoco podía ser invocado

genéricamente para aceptar la validez de las normas reglamentarias impugnadas ya que el Estado Nacional Argentino 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.

Cabe destacar que el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué afirmó, además, que ante los categóricos términos del art. 20 CN, 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 lo que aquél que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un interés estatal urgente para justificar aquella y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable" ("**Repetto**", Fallos: 311:2272 -año 1988). Este aspecto sería retomado ya por la mayoría en fallos posteriores.

Diez años más tarde el planteo era de una psicóloga de nacionalidad española ya que una ley de la Provincia de Córdoba impedía su designación en el hospital psiquiátrico provincial en el que venía colaborando como contratada y en el que había cumplido su formación de posgrado.

La cuestión, según señaló el Tribunal, consistía en esclarecer si mediaba un razonable interés estatal que justificara dicha restricción. Señaló 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 la decisión en este caso pasaba 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". Consideró 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 y que 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. Por lo tanto, lo que había que decidir era si la condición de argentino contenida en la norma cuestionada (art. 15 de la ley 7625) suponía un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, que en ese caso era el desempeño como psicóloga en un hospital público.

Expresó la Corte que correspondía exigir una justificación suficiente de la restricción consagrada y que dicho extremo no había sido satisfecho por la demandada, que se había limitado a una dogmática afirmación de su postura que excluía la acreditación de su

razonabilidad o del interés estatal que la amparara. En consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada (**"Calvo y Pessini", Fallos: 321:194, año 1998**).

II. Se consolida la doctrina

Los casos que recordaremos a continuación están vinculados a la función judicial.

Evelyn Gotschau, abogada alemana que había cumplido con sus estudios secundarios y universitarios en este país, 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 ya que se había establecido como condición ineludible para participar en el mismo, ser de nacionalidad argentina.

Luego de decisiones adversas en las instancias inferiores la demandante interpuso un recurso extraordinario. La Corte comenzó señalando que en tanto la actora pretendía concursar para acceder a un cargo no era el art. 20 de la Constitución Nacional la norma que regía el caso. Efectivamente, no estaba comprometido ningún derecho civil de la actora y tampoco el derecho de ejercer su profesión, y prueba de ello era que estaba matriculada como abogada. Se trataba sí de su derecho a acceder a un empleo público, por lo que resultaba aplicable el art. 16 de la Constitución.

Agregó que 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. Es decir, que el ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra, que es la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la Nación".

Señaló que no puede solo evaluarse la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local ya que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional" corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar. Es decir que ante la inversión de la carga de la prueba que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada aquella 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. Se requiere entonces un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad por tratarse de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad.

Expresó el Tribunal que 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, sino que debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. También destacó como elemento a tener en cuenta, que más allá de la importancia de las funciones del cargo para el que la actora se proponía concursar, éstas no importan el ejercicio de la jurisdicción, en sentido estricto, reservada a los magistrados.

Otro aspecto que valoró fue no se había respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante como podría ser exigencias relativas no a la nacionalidad sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modo de acreditar el arraigo.

La Corte respondió también a algunos argumentos de la sentencia apelada referidos 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. Expresó que los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla y que por ende no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción. Por lo tanto, si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público de acuerdo a la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional no podría acudirse a los tratados para limitar ese derecho (**"Gottschau", Fallos: 329:2986, año 2006**).

La Corte recurrió a los mismos argumentos ante el amparo iniciado por un ciudadano de nacionalidad cubana que cuestionaba la resolución por la cual se había denegado su inscripción en un concurso convocado para cubrir tres cargos de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema y según la cual era necesario reunir el requisito de ser argentino. Declaró por

lo tanto inconstitucionales los arts. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional y 11, punto 1.3, de la resolución 1331/2004* ("[Mantecón Valdés](#)", Fallos: 331:1715, año 2008)¹.

III. Origen de la nacionalidad

Los casos comentados hasta ahora tienen que ver con cuestionamientos relacionados con la distinción entre nacionales y extranjeros pero en el caso que comentaremos seguidamente la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina.

Un juez de primera instancia de la Provincia de Buenos Aires –nacido en Holanda y que había obtenido la nacionalidad argentina– promovió demanda a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 177 de la constitución de dicha provincia al considerar que cercenaba su derecho a ser juez de cámara –o eventualmente de casación– al requerir, para acceder al cargo, "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero".

La Corte manifestó que las consideraciones expresadas en el precedente "[Calvo y Pessini](#)" más arriba comentado y relativas a la presunción de inconstitucionalidad de la norma y la carga probatoria resultaban aplicables al caso, más allá de que en este supuesto se trataba de una distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos. Efectivamente, el actor era argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano.

Expresó el Tribunal que, ante preceptos tan explícitos como los contenidos en los tratados internacionales, una norma como la cuestionada, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos de primera clase (los "nativos" y los "por opción"), y otros de segunda clase (los "naturalizados"), 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.

¹ Cabe agregar que los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, en disidencia parcial, solo declararon la inconstitucionalidad de la resolución de convocatoria al concurso.

También señaló que en la Constitución Nacional la exigencia de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo, en el caso de haber nacido en el país extranjero, sólo aparece para el supuesto del presidente y del vicepresidente, más dicha exigencia no es requerida para los legisladores, ni aún para los jueces de la Corte Suprema y tampoco para los jueces nacionales.

Consideró que la presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto pero ello no había ocurrido ya que la demandada no había justificado la restricción atacada y se había limitado a una dogmática afirmación de su postura.

Resolvió entonces el Tribunal hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ("**Hoof** ", **Fallos: 327:5118, año 2004**).

IV. Un precedente diferente

Sin embargo, no todos los casos en la historia del Tribunal han sido favorables a los reclamos en este tema. En el año 1974 la Corte resolvió la causa "**Radulescu**" (**Fallos: 290:83**) en la cual la Prefectura Naval le había denegado al actor la posibilidad de ejercer la función de práctico de puerto. Recordó que en nuestro sistema constitucional no hay derechos absolutos sino que ellos deben ejercerse conforme con las leyes que los reglamentan, las cuales pueden establecer requisitos acerca de la idoneidad exigible para el desempeño de empleos y funciones y consideró que, dadas las características del servicio de practicante, la exigencia de ser argentino nativo o por opción para obtener el título de práctico oficial de puerto no resultaba arbitraria o irrazonable, aunque su fundamento fuera opinable.

Agregó que el otorgamiento de la nacionalidad argentina a los extranjeros que reúnan las condiciones legales para obtenerla no impide que las normas reglamentarias efectúen distinciones entre argentinos nativos o por opción y naturalizados para el desempeño de funciones vinculadas con la soberanía y seguridad de la Nación, en tanto no infrinjan los límites de la razonabilidad o no se concreten propósitos persecutorios o de hostilidad.

Consideró que el práctico oficial, en el ejercicio de sus funciones, es un delegado de la autoridad marítima, encargado de vigilar y exigir el cumplimiento de las previsiones legales y reglamentarias y que el practicaaje constituye un servicio público que preserva la navegación de daños y riesgos e interesa a la seguridad nacional.

Buenos Aires, octubre de 2022

jurisprudencia@csjn.gov.ar