

**LA RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL
DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

**¿Vivo o sobreviviente?
¿Existe y subsiste?**

*Comunicación efectuada
por el Académico Titular Dr. Jorge Reinaldo Vanossi
en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
en la sesión plenaria del 24 de septiembre de 2012*

LA RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

**¿Vivo o sobreviviente?
¿Existe y subsiste?**

Dr. JORGE REINALDO VANOSI

I.- ¿Qué es un “Derecho”? Un derecho subjetivo. No es una simple “permisión”. Para que pueda ser considerado tal, no una mera “declamación”, es menester que persiga y obtenga la mayoría de objetivos del siguiente quinteto:

- 1) Cesación de la turbación.
- 2) Reparación del daño.
- 3) Impedir la reiteración del acto o hecho lesivo.
- 4) Invalidar la normativa causante o fundante de la lesión (nulidad o inaplicabilidad o inconstitucionalidad).
- 5) Impulsar la “responsabilidad” por la autoría y la eventual segregación o separación del autor.

Veamos a nivel internacional sobre la propiedad:

¿Qué imponen los Pactos y Convenciones de Derechos Humanos? (Art. 75, inc. 22): Invocan un “interés social”, pero omiten el derecho de “disponer” de la propiedad. A pesar de ello, exigen a los Estados:

- Una tutela real y efectiva.
- Un procedimiento judicial acorde (acciones, recursos, amparos, interdictos, etc.).
- Admiten el control de “convencionalidad” para la defensa del derecho de propiedad (véase el pronunciamiento de la Corte de San José de Costa Rica en el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, del 6 de febrero de 2001).
- El Art. 29 (Pacto de Costa Rica) dispone que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada de modo de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes de cualquiera de los Estados parte”.

Todo esto supone la plena identificación con los “principios” que animan –aunque con distinto origen– a los regímenes reconocidos a partir de la era constitucional, como “democracias constitucionales”, “*rule of law*”, o “estado de derecho”. Aclaremos al respecto: Los ingleses, que permanecieron reacios a la posibilidad de una Constitución escrita y rígida, al no poder invocar la figura del “estado constitucional” apelaron a la idea del *rule of law* como estándar más o menos comprensible de la aspiración a ver protegidos ciertos valores en el marco dinámico de las relaciones entre el Estado y los individuos (los “súbditos”). La idea inglesa del *rule of law* se aproxima mucho más a la noción clásica de la “seguridad jurídica”, o sea, a un dato concreto de las condiciones que se aseguran a través del “Estado de Derecho”: esta idea apunta fundamentalmente a la protección que brinda una magistratura independiente y a la garantía que significa para las personas el conocimiento anticipado de las “reglas del juego”, o sea, de las consecuencias que sus actos habrán de tener ante el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de su comisión. El *rule of law* de los anglosajones es la garantía máxima de esa calculabilidad o predecibilidad acerca de las consecuencias de los comportamientos humanos, de tal manera que la libre acción del individuo sólo esté condicionada por los límites de una prohibición preestablecida. De allí al enunciado del postulado jurídico de la prohibición sólo media un paso: “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”. El *rule of law* es el principio de legalidad en el sentido más vasto de la palabra y se confunde con el mencionado concepto de la seguridad jurídica, que requiere la certidumbre del derecho y la independencia en el juzgar de la aplicación de ese derecho.

Fueron autores alemanes los que acuñaron la expresión “Estado de Derecho”, en la primera mitad del siglo XIX. Pero para esa época ya era una conquista de la cultura política el dato novedoso del sistema constitucional consagrado por los ingleses a partir de su *Gloriosa Revolución* del siglo XVII, como así también era realidad vigorosa la República establecida por la Constitución de Filadelfia de 1787 y, dos años más tarde, las “conquistas” aportadas por la Revolución Francesa a partir de la famosa Declaración de agosto de 1789. Los alemanes aún no constituían un Estado nacional (lo lograrían en 1870) y se regían en la mayoría de sus Estados por formas propias del “despotismo ilustrado”, o sea, de monarquías absolutas o cuasi-absolutas, en las que muy escasos resortes aminoraban la vigencia del principio según el cual el príncipe actuaba de *legibus solutus*. Los alemanes necesitaron, pues, gestar un nuevo concepto, acaso más

modesto en sus pretensiones de contenido, para poder asumir ante el nuevo estado de cosas en el mundo, la posibilidad de competir razonablemente en el ámbito de la aceptación de las formas institucionales. Es decir, que al no poder contar con un Estado “plenamente” constitucional, optaron por otra figura menos comprometida (en ese entonces), a la que imputaron ventajas análogas a las de los franceses y anglosajones.

II.- Los derechos subjetivos y las garantías en el marco del “Estado de Derecho”

Abordar este tema supone la aceptación de que el progreso o evolución del pensamiento jurídico en la materia se revela en la aceptación del postulado según el cual los procedimientos deben ser puestos al servicio de los contenidos, desde el momento en que aquéllos son nada más que medios instrumentales al servicio de ciertas finalidades. Y la falta de procedimientos (o la existencia de procedimientos inadecuados) debe ser suplida por el ejercicio directo de la misión o función constitucional del juez. Cuando hay jueces hay derechos (ver, J. R. Vanossi, *Estado de Derecho*, Ed. Astrea, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, págs. 28 y sigtes.) por lo que el órgano judicial independiente se convierte en la primera garantía general e institucional (como diría Hauriou) de los derechos humanos. Todo esto hace a la esencia del “Estado de derecho”, o sea, que es elemento nuclear de esa idea, por cuanto en el entendimiento general son contenidos mínimos de su noción “material”, las limitaciones de los poderes y los controles que vigilan esas limitaciones.

Pero existen diversos presupuestos de las acciones protectoras de los “derechos subjetivos”, entre los cuales cabe mencionar:

- a) La demarcación y consiguientes relaciones entre la esfera de la **sociedad** y la órbita del **Estado**.
- b) La consideración de la libertad como un *prius* de todo el ordenamiento, o sea, la afirmación de la libertad del hombre como presupuesto de la autoridad; pues lo contrario importaría tanto como fundar el punto de partida en una sociedad de esclavos.
- c) Que todas las normas constitucionales pueden ser entendidas como normas de competencia, ya sea afirmativa o negativamente, según su redacción y el objetivo inmediato al cual se dirigen.

Todas las versiones elaboradas en torno de la idea del “Estado de derecho” y apropiándose de las más variadas denominaciones (Estado constitucional, *rule of law*, etc.) han nacido de un *sustractum* filosófico-político innegable, esto es, que el absolutismo es un desvalor, por cuanto la actuación de gobernantes munidos de poderes *in legibus solutus* es enemiga de la libertad del hombre. La única diferencia entre la concepción antigua y la más moderna en torno al problema, consistía en extender esa enemistad hacia el abuso del poder, con relación al absolutismo, sea de quien sea: directamente del Estado, un gobernante en particular, o los grupos intermedios que el Estado admite y actúan en el seno social, con repercusión sobre los individuos y sobre el Estado mismo.

Por todas estas razones es que estimamos que la denominación “derechos públicos subjetivos” está superada. Desde el momento que cabe una protección *erga omnes*, no tiene sentido separar los derechos públicos subjetivos de los derechos privados subjetivos, sin dejar de atender al hecho de que es difícil demarcar en todos los casos el interés público del interés privado. En el fallo “Buosi”, el doctor Boffi Boggero señaló agudamente al respecto: “Que a ello no obstan las diferencias que se anotan entre los llamados ‘derechos públicos subjetivos’ y los denominados ‘derechos privados subjetivos’” (Fallos 244:68).

Aparte de que estos últimos tendrían una faz pública en cuanto significan un desarrollo de la Constitución Nacional (v.gr., las normas del dominio, crédito, sucesión mortis causa y otras afines del Código Civil constituyen el más extendido desenvolvimiento del desarrollo constitucional de propiedad), es prudente recordar que ambos son amparados con la tutela del Estado (v.gr., en la acción que suscita la actividad jurisdiccional) y ambos pueden ser transgredidos por obra del poder público y de los particulares, ya sea que éstos actúen a modo individual o que lo hagan a manera colectiva.

Actualmente, pues, estamos en el período de la protección *erga omnes* de los derechos, es decir, frente a toda “persona”. La potencia de la protección quedó acentuada a partir del caso *Siri* (Fallos 239:459). En dicha oportunidad se consideró que, teniendo en cuenta el carácter y la jerarquía de los principios de la Constitución relacionados con los derechos individuales, correspondía apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios (administrativos o judiciales) la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus. En este histórico fallo, se destacan dos doctrinas de la Corte

Suprema de innegable valor: a) que basta la comprobación inmediata de que la garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente, y b) que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.

En síntesis, podemos concluir, pues, que son derechos subjetivos los que tienen acción. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se supone que hay jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

III.- Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos garantizados jurisdiccionalmente. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y eventualmente, aplicando sanciones¹.

¹ Al respecto, Kelsen habla del “derecho subjetivo en sentido técnico”, entendiéndolo por tal un derecho consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación (*Teoría pura del derecho*, pp. 147 y 148). Y más adelante, el mismo autor concreta: “La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un “órgano” determinado de la comunidad sino a un individuo designado por la teoría tradicional como “persona de derecho privado”, que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación; es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación” (p. 149).

Para que las “garantías” establecidas directamente en la Constitución asuman de por sí el carácter de derechos subjetivos, Kelsen también entiende que la “acción” conferida al interesado debe tener la virtualidad de descalificar a la norma que vulnera esa garantía. Al respecto, dice: “Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos ‘derechos’, no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo... Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder ju-

Cabe advertir que la doctrina hace mención de los “intereses legítimos” como situaciones de protección “restringida”, es decir, no amplia. Queda en claro que aceptamos la existencia de diversos grados de protección, pero ello no implica que deban separarse las aguas en dos niveles irreductibles, es decir, los derechos subjetivos por un lado y los llamados intereses legítimos por el otro. En realidad, el tema ganaría en profundidad si suprimiéramos esa distinción terminológica y habláramos solamente del grado de protección de los derechos.

Es el derecho positivo —comenzando por la Constitución y continuando por la ley—, y son los jueces, los que dan las diversas medidas de la protección. Como meta, siempre está presente el *desideratum* de una amplia protección, para que el derecho se realice. Así lo ha entendido en un fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmando que:

“La plenitud del Estado de derecho [...] no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicia-bilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos. El verdadero valor del derecho, dice R. Von Ihering, descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica [...] La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no sea realizable, nunca podrá ser ‘derecho’ [...] La falta de ‘realización’ del derecho no es un problema que preocupe por el derecho mismo, si por éste entendiéramos únicamente el derecho objetivo; lo que dramatiza la cuestión es, en definitiva, las carencias o falencias que se consuman en cuanto a la ‘realización’ de los derechos subjetivos, toda vez que son éstos los que realmente constituyen aquel *desideratum* del derecho” (Fallos 300:1282, caso “Pérez de Smith”).

Ahora bien: dado que el concepto de “propiedad” que dimana de la Ley Suprema de la Nación (que es la Constitución y las leyes y

rídico para iniciar, con una queja el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional” (p. 155).

Y concluye afirmando: “Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitarse la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho de libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo” (p. 156). Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un “poder jurídico”, que se traduce en una acción. (Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, traducción de Roberto J. Vernengo; y del mismo autor, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México D.F., 1959; como asimismo, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, traducción de Eduardo García Maynez, 2ª ed.).

tratados que lo amparan como “derecho subjetivo”) es de una amplitud conceptual mucho más amplia, comprensiva y extensiva que la de la legislación civil y comercial, superando a los derechos reales y a los demás bienes materiales e inmateriales de las personas (físicas o jurídicas), **pues entonces es mi tesis sacar la consecuencia de que el progresivo debilitamiento del derecho de propiedad gravita cualitativa y cuantitativamente en el “achicamiento” de la Nación argentina toda y no sólo en su economía.**

¿Qué se entiende por “Propiedad”? la amplitud del concepto es tal, que se puede decir que para la Corte Suprema esa voz es “incluyente”: todo lo que tenga **valor** para la **persona** es propiedad y forma parte del patrimonio. En sentencia señera, reiterada en su jurisprudencia, ha dicho

“que las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’ comprensiva de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’” (Confr. Fallos 145:325, año 1925 caso “*Bourdieu c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”).

Y en el mismo pronunciamiento el Tribunal puntualizó algunos de los alcances comprendidos en la inclusión; y expresó ejemplificativamente:

“Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado a favor de particulares (empresa de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio”.

Lo que antecede es sustancia que emana del Art. 14 de la Constitución, en cuanto consagra para **todos** los habitantes el derecho de “usar” y “disponer” de su propiedad, protección ésta que resulta más abarcativa que la de los textos que se limitan al primer término del

enunciado. Compárese con una de sus fuentes, o sea la “Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano”, sancionada por la Revolución Francesa (Art. 17) en 1789, cuando expresa: “siendo la propiedad un **derecho inviolable y sagrado**, nadie puede ser privado de ella si no lo exige evidentemente una necesidad pública, **legalmente comprobada**, y bajo condición de una justa y **previa indemnización**”. Se observará que la diferencia consiste en el reemplazo del vocablo “necesidad” (Francia) por el término “utilidad” (Argentina), en ambos casos con el aditamento de “pública”, que indica a las claras que no se puede quitar a un particular para entregar a otro particular. Aunque en la Argentina se han comprobado excepciones al respecto. Por lo que hace a la garantía de la “inviolabilidad” que se apoya en el Art. 17 (más específico sobre el derecho de propiedad), la Corte Suprema también se expidió en el mismo caso *Bourdieu* citado:

“Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos, ha dicho esta Corte (tomo 137, página 47), la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley”².

De ese *leading case* y su reiteración en otros pronunciamientos, se extraen las siguientes conclusiones, a saber que:

1. Es doctrina aceptada que la protección a la propiedad como derecho se extiende al capital que conforma una empresa o un emprendimiento (Arts. 14, 17 y 20), ya se trate de bienes nacionales o de capitales foráneos importados (Art. 75, inc. 18 y Art. 125, lo dicen expresamente).
2. Que los bienes que componen el patrimonio personal incluyen todas las modalidades de la propiedad, corporal e incorporal,

² Para rematar la “completitud” concluyó afirmando la misma Corte: “Que para juzgar del alcance de esta limitación impuesta a las Legislaturas, de dictar leyes alterando las obligaciones nacidas de los contratos, ha de tenerse presente; a) que asumen el carácter de ‘leyes’ no sólo las sancionadas por el Congreso, sino también las constituciones de Estado o una ordenanza municipal con tal que el Estado le dé la fuerza de una ley; b) que reviste calidad de contrato todo convenio o concierto entre dos o más partes, sea que las obligaciones emergentes del mismo se hallen incumplidas o hayan sido ejecutadas”.

materiales o inmateriales, derechos reales o personales, derechos intelectuales, derechos adquiridos e incorporados a su haber, derechos de autor o inventor (*royalty*) de una obra, invento o descubrimiento, y demás bienes en general.

Doctrina y jurisprudencia son coincidentes en admitir que los “**derechos adquiridos**”, en cuanto a derechos o títulos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona, pasan a formar parte del contenido de éste y son protegidos como toda propiedad. Al cuadro compositivo se suman pues: a) el dominio en sus diversas formas; b) los contratos; c) las sentencias judiciales pasadas en autoridad de “cosa juzgada”; d) las concesiones; e) los derechos previsionales adquiridos; f) la propiedad intelectual; g) la propiedad industrial (patentes y marcas) (Conf. Fallos 312:122). Diferente es el caso de la “expectativa” de un derecho, o sea, del que no se ha consolidado por su incorporación.

Con lo dicho precedentemente basta para verificar que los constituyentes argentinos de 1853/1860 se colocaron en las antípodas de las doctrinas anticapitalistas que se difundían en algunos ámbitos europeos, donde una década antes, en 1840, el francés Pierre Joseph Proudhon había proclamado en su obra *¿Qué es la propiedad?* que la propiedad era un robo (sic).

IV.- ¿Qué prohíbe y qué proscribela Ley Suprema?; ya que no hay derechos “absolutos”.

- La **confiscatoriedad** (Art. 17) *¿quantum?* Por ejemplo, en materia impositiva, cuando el gravamen sobrepasa el 33% del capital o de la renta se considera afectada su intangibilidad, pues ya no se trataría de un impuesto “sino de un despojo” (Corte Suprema, a partir de Fallos 98:52, Considerando 16; Fallos 115:111 y otros); límite éste que también vale para la “progresividad” (Fallos 151:359, caso *Díaz Vélez*).
- La **alteración de la sustancia** (Art. 28) “inalterabilidad”. Véase el rotundo voto del Juez de la Corte Suprema, doctor Luis María Boffi Boggero, en el caso Cine Callao (Fallos 247:121, año 1960, en disidencia).
- Los decretos reglamentarios: potestad que debe ser ejercida en forma **no** abusiva (Art. 99, inc. 2º). En Fallos 250:491 la Corte Suprema señaló que cualquiera sea la extensión de la facultad de ejecución de las leyes que la Constitución Nacional encomienda a la administración, no autoriza la alteración de su letra y de su espíritu, en los términos del Art. 86, inc. 2º de la Constitución (hoy Art. 99, inc. 2º).

Que la Constitución adjudica a la propiedad la seguridad de su inviolabilidad es un dato portante del significado propio de ese derecho, por cuanto desde que el mundo es mundo el valor y el interés en la propiedad dependen de que su goce y disposición cuenten con esa protección, tanto de hecho cuanto de derecho. Y esto es así, además, por una razón anímica e inmaterial, que coadyuva a tal entendimiento: que es cierta la afirmación en la creencia de la propiedad como una proyección del trabajo del hombre, o sea, de su actividad libre y personal, ya sea que actúe solo o asociado con otros y con los límites propios del hecho de la coexistencia social.

Las personas como sujetos quedan tronchadas o truncadas e impedidas de alcanzar su plena realización, cuando quedan vulneradas en el ejercicio de su libertad o privadas de su propiedad (ya sea material o inmaterial), por lo que así sufre un menoscabo en su eminente dignidad de ser humano, con desconocimiento de su personalidad: todo ello equivale —en definitiva— a detener su expansión creadora, frenando su energía propulsora.

No es ese el caso de las limitaciones en el “ejercicio”, en especial cuando se trata de bienes patrimoniales materiales, en que el concepto —más circunscrito— del Código Civil de Vélez Sarsfield, con las reformas de la llamada Ley 17.711, cuando alude a las “cosas” añade la sujeción a “un **ejercicio regular**” de un uso y goce (Art. 2513); y a reglón seguido señala que “el ejercicio de estas facultades (uso, goce, disposición) no puede ser restringido **en tanto no fuere abusivo**, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades” (Art. 2514). El Código Civil también contempla una limitación al derecho de “disponer” la propiedad (el patrimonio), que demuestra que ese derecho no es absoluto: se trata de la “legítima”, que es una porción de los bienes que resultan **indisponibles** pues corresponden —por fallecimiento del titular— a sus parientes próximos, los que pasan a ser herederos forzosos (cónyuge, ascendientes, descendientes); salvo que medie causa grave. Es opinable la fuerza argumental que sostiene a esta restricción, que tampoco forma parte de un criterio universalmente aceptado, toda vez que en la mayoría de Estados de U.S.A., Inglaterra, Canadá y otros se respeta el principio de la libre disponibilidad sucesoria. La “legítima” es de dudosa constitucionalidad a tenor del Art. 14 de la C.N.; y se encuentra reglamentado a partir del Art. 3591 y siguientes del Código de Vélez Sarsfield.

Es grave que la Constitución no incluye las **expropiaciones** entre las prohibiciones de disponerlas por “decretos de necesidad y urgencia” DNU (Art. 99, inc. 3); pero ante ello entra en acción el con-

trol judicial (“*judicial review*”) que aplicando el control de constitucionalidad debe fulminar toda arbitrariedad, discriminación o irrazonabilidad que se produzcan **en casos concretos**. Bien afirman Bidart Campos y Badeni que “lo que no es revisable judicialmente es el contenido político de la declaración de utilidad pública, pero sí la razonabilidad en la determinación de los bienes a expropiar y su relación de causalidad con la necesidad o conveniencia de la expropiación” (Confr. Badeni, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006).

La Corte Suprema llegó a prescindir de una norma **de facto** (el decreto-ley N° 19.986, Art. 2, inc. d) aún subsistente) que impedía ejercer el control de constitucionalidad por la vía del amparo, y sentenció que “la prohibición de cosechar yerba mate establecida por decreto era una medida arbitraria e irrazonable, que excedía las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo y vulneraba los derechos de trabajar y comerciar libremente... y de **gozar de la propiedad**, protegido por la Constitución Nacional” (caso S.A. Mate Larangeira Mendes y otros, Fallos 269:393, año 1967).

También cabe recordar que la Corte Suprema “en tiempos de la República” extendía el control de la inconstitucionalidad a los casos de “**desviación de poder**” (*détourner de pouvoir ó détournement de pouvoir*) cuando observaba que un acto se desviaba del fin previsto en el ordenamiento jurídico hacia otro destino, no obstante la competencia del órgano infractor.

Hay casos célebres, en distintas épocas, como el suscitado en Mendoza cuando se dispuso el traslado de los sanatorios fuera del ejido céntrico, diferenciando tan solo entre los oficiales y los particulares, y prescindiendo de la diferencia entre contagiosos y no contagiosos, por lo que la Corte estimó que era irrazonable –ya que discriminaba en perjuicio de un solo caso– que era el del hospital privado prohibido por pertenecer a un “opositor” (Fallos 118:278); o el caso “*Ferrario*”, que se trataba de un auto expropiado sin utilidad pública puesto que se le entregaba a otro particular adicto al gobierno de turno (Fallos 251:246) (véase: J. R. Vanossi, “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 22 de agosto de 2002, publicada en *Anales*, año 2002, Ed. La Ley).

Por otra parte, **la potestad tributaria** se apoya en el principio de “legalidad” (“*no taxation without representation*”, año 1309, documento titulado “*tallagio non concedendo*”), que está prevista en los

Arts. 4 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional; como así también la pauta de “lo justo y razonable” (tasas) se nutre en el Preámbulo mismo de la Constitución. Para que los tributos sean legítimos deben emanar de la legalidad que prevé la Constitución (a nivel nacional, provincial y municipal), lo que abarca no sólo el establecimiento del gravamen sino que también quedan comprendidas las valuaciones, las alícuotas, la base imponible, el sujeto obligado y **todos** los elementos del tributo; no pudiendo ser materia de decretos ni DNU (Art. 99, inc. 3º) ni de delegación legislativa (Art. 76, que sólo admite “materias determinadas de administración o de emergencia pública”).

A pesar de ello, en el caso de las exportaciones mineras, se procedió por teléfono para gravarlas con derechos de exportación que estaban eximidos; y en el caso de las “retenciones” el ministro que dictó la Resolución 125 se olvidó del Art. 103 que dispone: “Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos”.

Hasta el denominado “derecho emergencial” está sujeto a límites y controles. Los límites **temporales** los apuntó la Corte Suprema en el caso “Mango c/ Traba” (Fallos 144:220, año 1925). Y en cuanto a los controles inherentes a los límites **sustanciales** fijó el principio de la “razonabilidad” (reglas de la proporcionalidad y de la adecuación).

Todo esto reconoce antecedentes y no es en manera alguna la improvisación ante el “vaivén” de las circunstancias. La Corte Suprema establece criterios y pautas de estimación, cuya mensurabilidad depende de cada caso: por ejemplo, la proporcionalidad por la ecuación costo-beneficio más el grado del sacrificio exigido (casos *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw* (Fallos 136:170) y caso *Inchauspe* (Fallos 199:483, año 1944)). El Tribunal exige una armonización entre el ejercicio del poder de policía emergencial o el normal, y el principio de “razonabilidad”, para lo cual el legislador debe procurar un grado de adecuación entre las obligaciones que la norma legal impone y los fines cuya realización persigue alcanzar (doctrina de Fallos 98:20; 171:348; 199:483; y otros anteriores y posteriores).

Es cierto que la Corte Suprema tiene dicho, por ejemplo en Fallos 263:83 “Suipan S.R.L. s/ R.H.” del 20 de octubre de 1965:

“3º) que la validez constitucional genérica de la Ley 16.454 debe declararse de conformidad con la doctrina de los precedentes de esta Corte atinentes a normas anteriores de carácter similar. Pues el Tribunal ha reconocido a partir de Fallos 72:211 que la legislación nacio-

nal de emergencia, con base en el poder estatal de policía, no puede descalificarse constitucionalmente, en la medida en que la situación de penuria transitoria a que obedece no sea de creación arbitraria y la restricción que se impone a los derechos individuales no resulte caprichosa ni inicua” (doctrina de Fallos 258:322, considerandos 7º y 8º y sus citas).

Y también en Fallos 263:309, Caso “INTI SAIC s/ apelación del art. 11 Ley 16.454” del 19 de noviembre de 1965, señaló:

“8º) Que, [...] en la medida en que la situación de penuria transitoria a que tal legislación responde no sea de creación arbitraria, la restricción razonable que significa para los derechos individuales, no autoriza su impugnación constitucional. Así lo tiene decidido esta Corte a partir de ‘Avico c/ De la Pesa’ (Fallos 172:21). Por lo demás, en cuanto incumbe al Congreso Nacional proveer lo conducente a la prosperidad del país, a su adelanto, bienestar y progreso (argumento del art. 67, inc. 16, de la C.N.) no falta a la doctrina señalada, base normativa suficiente”.

En síntesis, el **control judicial** o control de la “razonabilidad” –v.gr.: en el estado de sitio– recae sobre la “proporcionalidad” entre los medios y los fines (art. 28). Nos preguntamos: ¿qué alcance tiene ese control? No incluye la eficacia de las medidas ni los motivos concretos tenidos en cuenta por el legislador. Sí, entonces, abarca dicho control la verificación del cumplimiento de los requisitos, a saber: 1) el fin público; 2) el medio adecuado; 3) las circunstancias justificantes y 4) la no iniquidad manifiesta (Oyhanarte *dixit*).

Cabe recordar que la propia Corte argentina, en los primeros años de la década del 30, a raíz de la crisis de 1929, en el caso “Avico c/ De la Pesa” (año 1934), justificó las moratorias y otras normas que suspendían derechos, desalojos, precios libres, etcétera, a efectos de superar la crisis. Pero, obviamente, todo tenía un límite (Fallos 172: 29, año 1934).

Por eso, abrigamos el temor de que las prórrogas de las prórrogas sean interpretadas de una manera equívoca, porque en realidad no se puede justificar la autorización para una larga “siesta” de duración indefinida, con la intención de prolongar las condiciones que son producto del error o de la inactividad gubernamental para tomar el toro por las astas y decir: “ha llegado la hora de restablecer la seguridad jurídica, declarar la normalidad y poner los derechos en su quicio toda vez que ya se acabó el desquicio”.

Eso es lo que hizo la Corte argentina en 1925, cuando tomando en cuenta la extensión temporal de una ley de emergencia que había sido producto de la crisis habitacional provocada por la Primera

Guerra Mundial, dijo: ¡Basta! Primero había dicho que la emergencia estaba justificada y que aceptaba el congelamiento aunque los contratos no se cumplieran. Pero en 1925, finalizada la guerra, en el caso *Leonardo Mango* contra *Ernesto Traba* –parece un chiste, pero en realidad había “mangos” de por medio, porque *Mango* era el acreedor, y también había “trabas” para no pagar, porque *Traba* era el deudor; y pido perdón por esta humorada–, la Corte señaló que cesado el tiempo de la extrema opresión económica (*freedom off oppression*) ha llegado el momento de restablecer todas las otras libertades, porque ya no existe esa opresión económica de por medio; y el Estado, por su parte, que congela los créditos, no vacila en actualizar constantemente las tasas de los impuestos y el arancel de los servicios públicos, a las que están sujetos –naturalmente– los acreedores comprendidos en el régimen de congelamiento (Fallos 144:220).

En el caso citado, “*Mango vs. Traba*”, dijo la Corte:

“Que este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema ‘opresión económica’ de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración (Fallos 136:161). Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificación cuando se lo convierte de hecho en norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos, y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquel que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes.

“Que en las condiciones expresadas no es posible considerar razonable la restricción extraordinaria al derecho de usar y disponer de la propiedad que mantiene en vigor la ley 11.318 y que en su origen fue sancionada como una medida excepcional destinada a salvar una grave emergencia. Por consiguiente, la aplicación que de dicha ley se ha hecho en el caso *sub judice* resulta incompatible con las garantías consagradas en los arts. 14 y 28 de la Constitución. Así se ha pronunciado también, en condiciones análogas, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional el mantenimiento de la ley de alquileres del distrito de Columbia, después de haber desaparecido la emergencia que determinó su sanción (sentencia del 21 de abril de 1924; 264 U.S. 543)”.

En coincidencia con ese sabio pronunciamiento de nuestra Corte Suprema, nosotros repetimos una vez más, la firme certeza, en el

sentido de que la declaración de emergencia no significa la autorización de una “siesta” de duración indefinida para que se prolonguen las condiciones merced al error o a la inactividad gubernamental. Si hacemos la radiografía de todo este proceso, descubriremos que la realidad del hecho consumado a través de estas leyes es, sin más, una expropiación, en la que falta –por cierto– la justa indemnización previa. Esto, que puede llegar a ser la confiscación que prohíbe el art. 17 de la C.N.; es –sin duda– la situación prevista y condenada por el art. 29: el despojo del patrimonio de los habitantes puesto a merced de los mandatarios de esos mismos habitantes, a causa del otorgamiento de facultades extraordinarias, o la suma del poder público, o sumisiones o supremacías (sic).

El “sexteto” para sobrevivir ante el diluvio en el “Arca de Noé” constitucional y que permitan preservarse del peligro inánime, se encuentra en los siguientes preceptos:

- Arts. 14 y 16: libertades e igualdad ante la ley.
- Art. 17: “es inviolable” la propiedad y su disponibilidad.
- Art. 18: “debido proceso legal”, adjetivo y sustantivo.
- Art. 19: principio de “legalidad” y las acciones privadas.
- Art. 32: prensa y expresión.
- Art. 33: derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Todo lo demás es también importantísimo, empezando por la vida, pero cuando vienen saqueando los Hunos hay que salvar lo fundamental.

V.- Sería reconfortante que un día nos anoticiáramos que hemos decidido cambiar el rumbo, tomando en cuenta el aviso dado por el más alto Tribunal, hace menos de dos décadas, cuando expresó: “Que resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos 311:2082, consid. 7º *in fine*), y destacó la ‘especial prudencia’ que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos 308:552)”³. Convendría que todos los gobernantes siguieran estos lineamientos, pues resulta obvio que las “**re-**

³ *Orbiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “I.B.M. Argentina S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, sentencia del 7/V/1998, publicada en *La Ley* 1998-D, 695.

glas claras de juego” y la **“especial prudencia”** en sus cambios, hacen al valor de la seguridad jurídica.

Aunque es penoso advertir que se producen actos y actitudes que significan transgresiones graves que nos sumergen en el tembladeral de:

- La **inseguridad jurídica**: concesiones rescindidas, marcos regulatorios cambiados, por lo que si nos remitimos al pensamiento de Max Weber o a la jurisprudencia del Caso *Abal* (Fallos 242:501), podemos deducir que no hay ni calculabilidad, ni predictibilidad, puesto que se requiere “contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones” (Fallos 316:1609, caso *Luna*). En las mediciones del año 2012, el *ranking* indica que los países con mayor seguridad jurídica de América Latina que atraen a las inversiones son Brasil, México y Colombia, mientras que peores receptores de capitales por las “primas de riesgo” son Venezuela y la Argentina, según la CEPAL (*El País* de Madrid, 21/05/2012).
- El listado interminable de restricciones al derecho de: **usar** y **disponer** de “**mi**” propiedad. Los casos son numerosos y de índole variada, con múltiples procedencias y que van en desmedro de ambas facetas del derecho. Esto es lo que explica las razones por las cuales en el “Índice Internacional de Derecho de Propiedad 2012”, elaborado por la *Property Rights Alliance*, la República Argentina aparece recién en el puesto 87° sobre un total de ciento treinta países, o sea, en el último tercio, que es el que ocupan los países más rezagados (el Índice fue presentado por la Fundación Libertad y Progreso: véase *La Nación*, 4 abril 2012, editorial cabecera).
- La inflación y la “patente de corso” para el emisionismo discrecional. La Constitución postula el cuidado del valor de la moneda que es una vía para la defensa del nivel y calidad de vida (Art. 75, inc. 19). Produce impacto en el impuesto a las ganancias al no adecuarse los tramos de la escala para su determinación o deducciones contempladas en la ley.
- La percepción de gravámenes con efecto retroactivo (ver Fallos 137:47, caso “*Horta c/ Harguindeguy*”, año 1922), en que la Corte Suprema sostiene que cuando media un “derecho adquirido” la no retroactividad deja de ser una norma legal para integrarse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad.

- A.F.J.P.: doble confiscación o incautación: de las organizaciones privadas y de los aportantes del sistema privado de jubilaciones.
- La sustracción de los recursos de ANSES, desviados para solventar otros gastos, sustrayéndolos del pago a los jubilados por el sistema estatal.
- El desvío de los fondos y reservas del Banco Central, mediante la Ley 26.739, para el salvataje del déficit de la Administración⁴.
- La “cosa juzgada”, desplazada por el incumplimiento *sine die* de las sentencias desfavorables al Estado, que no se pagan.
- Insuficiente resguardo de la “propiedad industrial” en patentes y marcas; con desconocimiento del Art. 17, según el cual todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley; con lo que se estimula la impunidad para la “piratería” de los que no invierten en investigaciones.
- La ley de “medios” (desapoderamiento de concesiones otorgadas y en vigor), con otras limitaciones irrazonables para su desenvolvimiento.
- La dejación del Estado ante las usurpaciones por los “okupas” (tierras y viviendas).
- El desconocimiento de la igualdad en los derechos civiles de ciudadanos y los extranjeros (Art. 20 de la Constitución Nacional), cuando la República Argentina fue la primera Nación en constitucionalizar la equiparación civil de todos sus habitantes. Advertimos que a nivel del “control de convencionalidad” existen normas que proscriben la discriminación por motivos de “origen nacional” (Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por el Art. 75, inc. 22 de la C.N. tiene “jerarquía constitucional”). Bastaría pues con el Art. 20 de nuestra Constitución que además de incluir a los extranjeros del goce en el territorio nacional de todos los derechos (civiles) del ciudadano, puntualiza el de “poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos”. Es obvio que quedan incluidos los inmuebles en esa protección, por lo que no parecen razonables los límites extremos que fija la Ley 26.737,

⁴ A mediados del mes de mayo del corriente año (2012) sumaban treinta y seis mil quinientos millones de dólares (sic) el monto adeudado al Banco Central por el uso de reservas transferidas a gastos del Poder Ejecutivo.

mientras no exista un “interés estatal urgente” (por ejemplo, en caso de guerra o invasión). Con ser “habitante” basta (Fallos 186:421, caso *Bunge*, con disidencia de *Sagarna*); aunque con respecto a las “personas jurídicas” hay jurisprudencia para todos los gustos (y ello depende de las diversas composiciones que la Corte Suprema ha tenido) pues las variaciones giran en torno a si la igualdad sólo vale para los que residen en el país: manifestamos nuestra preferencia por el criterio seguido en Fallos 150:89 (año 1927) en el caso “Guardian Assurance Company Limited”, que con las firmas de Bermejo, Figueroa Alcorta, Repetto, Laurencena y Guido Lavalle (los tres primeros fueron sucesivamente Presidentes del Tribunal) se dispuso que:

- La protección que ofrece la Constitución al extranjero y al capital extranjero, igualándolos al argentino en sus derechos, se refiere a los elementos que habitan en el país o **que se incorporan realmente a su vida económica**.
- La distinción entre compañías de seguros con capital y dirección radicados o no en el país, **no vulnera la igualdad** de la Constitución respecto de impuestos, toda vez que la residencia, la radicación y sus consecuencias directas, son suficientes para marcar diferencias del carácter económico cuya apreciación y adopción corresponde al Congreso exclusivamente, en virtud de sus altas facultades; y este criterio fue retomado en el caso “*Carlos V. Ocampo*” (Fallos 234:129 cuando el Tribunal sostuvo que es inconstitucional el recargo que eleva a más del 33% el gravamen sucesorio aplicable a un heredero no domiciliado en el país. Se excede en la finalidad de orden social de combatir el absentismo; y significa hacer ilusorio el derecho hereditario que la ley común asegura por igual a nacionales y extranjeros, habitantes y no habitantes.
- El proyecto legislativo para restringir las medidas cautelares contra el avance del sector público en el curso de las actuaciones judiciales, que pretende quitarle al Poder Judicial un elemento de control constitucional sin el cual se diluye la “tutela judicial efectiva” que aseguran los Pactos internacionales de derechos humanos y la garantía de “la defensa en juicio” (Art. 18, C.N.) con lo que la reparación de un derecho lesionado se remite a un juicio ordinario cuya sentencia final puede recaer después de una década (o más), con perjuicios que resultan irreparables.

- Las relaciones de paz y “comercio”, que con la prohibición de importaciones y restricción de exportaciones se viene a lesionar un régimen de intercambio que propicia como “obligación” del Gobierno Federal el Art. 27 de la C.N. En el año 2012 la Unión Europea presentó su queja ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) por las restricciones a las importaciones, lo que abre un largo proceso.
- CIADI, o sea, “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial” (Ley 24.353 de incorporación) y Tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Hay un prejuicio contra el arbitraje y poca confiabilidad en el Poder Judicial. Se esquivan los pronunciamientos de órganos aceptados por leyes de la Nación y acuerdos o tratados que están en vigor y no han sido objeto de “denuncia” para dejarlos sin efectos a futuro: o sea, una rotura y ruptura de las “reglas del juego” (*nemo allegan propriam turpitudinem*). El tratado con España, data del año 1991 y se encuentra en vigor.

¿Y el “cepo” cambiario en materia monetaria? ¿Qué suerte correrán las “cautelares”?

Todo depende de las “invocaciones” que se esgriman para justificar y legitimar a las normas de excepción que se pretendan aplicar ante una perpetua e indefinida crisis. No hay que perder de vista que siempre se recogen precedentes que sirven para toda ocurrencia. Después que la Corte Suprema proclamara reiteradamente que la aplicación de la Constitución como “ley suprema” correspondía tanto en tiempo de paz como en caso de guerra, aconteció que con motivo de nuestra entrada al conflicto bélico en el ocaso de la Segunda Guerra Mundial (1945, más precisamente) el Tribunal –con su nueva composición– expresara en el caso “Merck c/ Gobierno Nacional” que el derecho de guerra confiere al Estado poderes **anteriores** y **superiores** a la Constitución (Fallos 211:162), con lo que justificó la confiscación de la propiedad enemiga (cuando la guerra había concluido y ya no había “enemigos”...).

No es casualidad ni es el producto de una conjura internacional el que esté la Argentina en niveles tan bajos en el “ranking” mundial con que se califica anualmente a las Naciones tomando en cuenta diversos índices de medición; tarea que corre por cuenta de distintas ONG que evalúan una serie de rubros, tales como:

- Transparencia
- Competitividad
- Innovación
- Inversiones
- Universidades
- Seguridad
- Confiabilidad
- Seguridad jurídica
- Riesgo país
- Capacitación
- Investigación
- Desarrollo humano (esta medición se inspira en la requisitoria de Paulo VI cuando reclamaba procurar no sólo el desarrollo de todos los hombres, sino también el desarrollo de **todo** el hombre).

VI.- ¿Y la llamada “función social” de la propiedad? Mi **tesis**: que es una obviedad, habida cuenta que **todos** los derechos tienen y cumplen esa función social, ya que se ejercen en concomitancia y coexistencia con los de las demás personas.

Es doctrina uniforme que los derechos no son absolutos en cuanto a su ejercicio se refiere: son relativos por cuanto se gozan conforme a las leyes que reglamenten su uso (Art. 14, C.N.) Esas leyes no pueden “alterar” la sustancia del derecho en cuestión, de donde se desprende el principio de “razonabilidad” (Art. 28, *ídem*). Estas pautas son verdaderos parámetros de la legalidad, que se sostiene a partir de la libertad como “*prius*” y la prohibición como excepción –con base normativa– para la libertad de las personas (Art. 19, *ídem*)⁵.

La concepción de derechos y libertades **absolutas** es considerada anti-social. El propio Código Civil incorporó institutos destinados a poner coto a las situaciones de pretendida **absolutidad** (sic) en el ejercicio de los derechos: tales son los casos previstos por la reforma del 1968 (Ley 17.711) como el “abuso del derecho” (Art. 1071), el vicio de “lesión” (Art. 954) y la doctrina de la “imprevisión” (Art. 1198). Que los derechos de uno tienen límite con el comienzo de los derechos ajenos, es una obviedad o, más aún, una doble verdad, tanto dogmática cuanto axiomáticamente. Pretender el ejercicio absoluto o ilimitado de un derecho es atentar contra la convivencia; ya que las personas coexisten y conviven en la comunidad.

⁵ Cfr. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, Tomo I, pág. 327.

En rigor de verdad, la apelación a la “función social” es algo semejante a un pleonasma, si tenemos en cuenta que todo el comportamiento humano transcurre en el ámbito de una sociedad y, por lo tanto, el prójimo está inmerso con el sujeto como el más próximo. Llevado al extremo, podríamos acordar con lo dicho por Miguel de Unamuno, en el sentido de “que pensar para sí mismo, no es en rigor pensar, es perderse en vagas ensoñaciones; pensar es pensar para los demás, **pensar es una función social**”.

De los pactos, declaraciones, convenciones y tratados de derechos que jerarquiza el Art. 75, inc. 22 de la Constitución, se desprende que en el plano general del derecho aplicable es un valor entendido que no son admisibles los derechos absolutos: v.gr., la Convención de San José de Costa Rica (Art. 32); la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 29); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Arts. 4 y 5); y, en especial, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, del año 1948, cuyo Art. XXIX establece el **deber de convivencia** para que todos y cada uno puedan “formar y desenvolver integralmente su personalidad”.

Esa concepción del ejercicio relativizado de los derechos y libertades forma parte de la técnica de “armonización” y de “compatibilización” de derechos y deberes de las personas por el hecho de vivir todos en el seno de una comunidad humana. Así lo entendieron los artífices de nuestro espíritu constitucional; y tal es el caso de Alberdi cuando expresaba: “No hay más que un sistema de reglamentar la libertad; y **es el de que la libertad de unos no perjudique la libertad de los otros**; salir de ahí no es reglamentar la libertad, es oprimirla” (citado por el Procurador General de la Nación doctor Sebastián Soler, en su dictamen del caso “Cine Callao” (Fallos 247: 121, año 1960)).

De ninguna manera puede confundirse la limitación razonable que todo legislador incluye en normas comunes de los Códigos que rigen la vida habitual de las personas. Por ello, es así que al verificar el establecimiento de “servidumbres”, de “restricciones por vecindad” o de casos de “expropiación”, se está en presencia de limitaciones y no de expoliaciones o confiscaciones. Algunas son temporarias, otras, disminuyen la intensidad en el usufructo o goce del bien; pero siempre dejando en pie la sustancia del derecho en sí (Art. 28). Al principio de la “inalterabilidad” del derecho va unida la regla de la “razonabilidad” en la cuantía de las limitaciones; y teniendo a la vista que el control o revisión judicial está presente en la primera parte del

Art. 17 –el de la “inviolabilidad”– cuando dispone que “ningún **habitante** de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de **sentencia** fundada en ley”. Y por “ley” se entiende también la Ley Suprema que es la Constitución Nacional, a cuyo tenor “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” (Art. 18).

Un ejemplo de previsión legal en cuanto a la privación de la propiedad, lo ofrece en el capítulo “De la extinción del dominio” el Código Civil de Vélez Sarsfield, que con ajustada y cuidada redacción expresa al respecto:

“Art. 2.610. Se pierde también por la transmisión judicial del dominio, cualquiera que sea su causa, ejecución de sentencia, expropiación por necesidad o utilidad pública; o por el efecto de los juicios que ordenasen la restitución de una cosa, cuya propiedad no hubiese sido transmitida sino en virtud de un título vicioso”.

En los demás casos, bien señala Linares Quintana que la ley puede establecer restricciones que conformen el derecho de propiedad, pero que cuando se impone un derecho real que **desintegra** la “*plena in re potestas*” o se causa un daño que disminuye el valor de la propiedad, entonces se debe indemnizar (ídem, Marienhoff); criterios que guardan coherencia con la integridad del derecho de propiedad.

Otro tanto ocurre con el caso de los monopolios legales; y así en el supuesto que contempla el Art. 75, inc. 18 de la Constitución (la cláusula alberdiana del “progreso”), en cuanto a la promoción económica “por concesiones temporales de **privilegios**”, la Corte Suprema ha remarcado la temporalidad de esos monopolios de creación legal; y, asimismo, fijando que **su interpretación debe ser restrictiva**, en el sentido de no estorbar el derecho de terceros emanado del Art. 14 de la C.N. a ejercer esa misma industria, como también de no privar a los poderes públicos de sus facultades de hacer nuevas concesiones administrativas o de legislar con fines análogos (Fallos 105:27; con precedentes en Fallos 10:438 y Fallos 75:392).

VII.- ¿Qué queda en pie del “Estado de Derecho”? “*brick by brick by the bricker*” (“ladrillo, por ladrillo, por el ladrillero”), expresión utilizada por un estadista norteamericano para denunciar violaciones seriales de la Constitución. Si “la única verdad es la realidad” (griegos *dixit*), entonces lo más evidente es el imparable acrecentamiento de la **ANOMIA** en grado de peligrosidad a causa del debilitamiento de la confiabilidad en el juego de las instituciones.

Todo ello es consecuencia de un doble proceso de **desculturización**:

- a) institucional (bajísima calidad institucional)
- b) de la “trinidad” trabajo más ahorro más inversión (a mayor inversión hay mejor ocupación).

Uno de los protagonistas de la Revolución de la Independencia de las colonias que pasaron a constituir los Estados Unidos, señalaba con acierto: “El camino hacia la riqueza depende fundamentalmente de dos palabras: trabajo y ahorro” (Benjamín Franklin).

Ya en la Declaración de la Independencia (1776), redactada por Thomas Jefferson, se incluía entre los derechos y libertades fundamentales del hombre a “la búsqueda de la felicidad”; y en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional –al citar los fines y valores que procura alcanzar y realizar– añade el concepto amplio de “promover el bienestar general” junto con el de “asegurar los beneficios de la libertad”. Queda así en claro que para esa meta de derechos y garantías, la protección cubre y debe actuar en defensa de los bienes materiales y espirituales que hacen a la dignidad de la persona.

Sin embargo, seguimos “afiatados” a los grandes “inventos criollos”:

- ni premios ni castigos (la falacia de los abolicionistas).
- “*comodum*” sí y “*periculum*” no (el oportunismo de los desvergonzados).
- producir poco y repartir “*ad infinitum*” (el virus del populismo).

Sobre esta “guía de grandes inventos criollos” expresábamos en 1988:

- “podemos aseverar y comprobar fehacientemente que nuestro subdesarrollo tan mentado no es un fenómeno unidimensionalmente económico, sino que más bien esta faz de nuestra invertebración es una secuela directa del subdesarrollo político, el que a su vez deviene como consecuencia inmediata e inexorable de nuestro subdesarrollo mental”.
- “la avanzada propuesta según la cual se puede distribuir ‘*ad infinitum*’ sin preocuparse por la simultánea creación de la riqueza, base del bienestar junto con el trabajo digno y fecundo”.
- “el verdadero desafío para la renovación de la lógica universal, es la descomposición de la doctrina milenaria de la correlatividad entre los procesos de riesgo y beneficio. La humanidad a través de los siglos, ha seguido las pautas del ‘*commodum*’

y el *'periculum'* de manera tal que el que se anota en la primera no puede evadirse del segundo, o sea, que la inserción en un proceso de vida y de trabajo –cualquiera que sea su especie– implica soportar riesgos como contrapartida de la eventual obtención de beneficios, y recíprocamente”.

- “la idea del posible funcionamiento social sobre la base de una regla distinta a la motivadora de la conducta a tenor de los premios y los castigos, como forma de alentar comportamientos y de segregar actitudes disvaliosas para la sociedad”.
- “hemos acuñado un pensamiento irracional basado en la suposición de que metas y productos surgen del espontaneísmo de un acto único y solitario de inspiración genial: bastaría con el *fiat lux* de la inspiración demiúrgica, sin que contaran las pesadas horas del esfuerzo, la constancia, la perseverancia” (Abril, 1988 - *Redacción*, N° 181 - 29).

Pero hay que tener en cuenta que es malo pretender ser “más papista que el Papa”, pues hasta Laclau (pontífice del neopopulismo) reconoce la necesidad de contar con un piso o un mínimo de “institucionalidad” subyacente.

Juan Agustín García en *La Ciudad Indiana* advertía sobre el incremento de la tendencia “a rendir culto al coraje y desprecio a la ley”; que es una sentencia genérica que envuelve también la tentación por la bravuconada y el menosprecio o desparpajo por el valor de las instituciones (véase nuestra comunicación sobre “Algunos *ismos* políticos y culturales contemporáneos”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, *Anales*, 2006).

En el campo económico ocurre otro tanto, a partir del cambio de concepción en torno al “poder de policía” del Estado, especialmente en casos de necesidad o de crisis. Veamos: la noción de un Estado intervencionista, aunque no avance más allá de la *faz jurídica*, tiene implicancias en cuanto al significado y extensión de ciertos conceptos, como v.gr. el de “orden público”, que sirve de instrumento de penetración de la esfera pública sobre el ámbito de la voluntad individual, contractualmente expresada.

También la transformación del Estado ha operado reflejos en el instituto del poder de policía; operándose su entrada en el ámbito económico-social, con el amparo de la misma imprecisión que le es propia, y su consiguiente derivación en el régimen federal de gobierno. Ese cambio va acompañado de un doble criterio en torno al concepto mismo de “policía”. Efectivamente, puede hablarse de un

criterio restringido, de filiación europea, denominado “*narrow*”, y cuyo alcance no excede las funciones de seguridad, moralidad e higiene o salubridad (Bielsa, Bullrich). En segundo lugar, aparece el criterio más amplio, el “*police power*” de construcción norteamericana, “*broad and plenary*”; que es comprensivo de los aspectos inherentes al anterior, además de erigirse en un adecuado instrumento de penetración en el ámbito de las relaciones económico-sociales (Villegas Basavilbaso)⁶.

VIII.- Conclusión

¿Cómo puede ser que un país que mantiene en pie tratados, compromisos y todas las herramientas jurídicas que no ha denunciado ni ha impugnado desde el punto de vista de su no renovación, porque se han reconducido tácitamente muchos de esos acuerdos de protección recíproca de inversiones y garantías, puede llegar a hacer una cosa así? Por algo será. Necesitamos recuperar la seguridad jurídica para tener credibilidad y entonces llegar por ese camino al crecimiento auténtico a través de la inversión, comenzando por la inversión del ahorro doméstico de *doña Rosa*, que tiene la plata debajo del colchón, como la de los argentinos que la han llevado no sabemos a qué destino, como también la de los capitales que de afuera quieren venir para realizar emprendimientos que requieren de garantías. Y, a propósito de certidumbre, certeza, seguridad jurídica y regla de la calculabilidad, vamos a reproducir otra cita para el cierre.

La cita es del 22 de junio de 2001, es decir, a comienzos de la crisis. Un jurista argentino decía “que toda limitación del derecho requiere demostrar la existencia de argumentos razonables. La limitación debe respetar el contenido esencial del derecho de modo de no desnaturalizarlos; ser proporcionada al fin y mostrarse como la única alternativa posible. La restricción debe ser general y no discriminatoria. La restricción debe soportar un test de razonabilidad deriva-

⁶ Cfr. Bartolomé Fiorini, *Poder de policía*, Ed. Alfa, año 1958, p. 105. Para este autor, “...en lugar de ubicarse la clasificación en presuntos planos continentales, debe observarse que en una la policía siempre retorna al orden anterior; mientras en la otra, la policía recondiciona las causas provocantes de la perturbación para crear un nuevo equilibrio” (p. 105). Y añade: “...La función policial no transforma ningún sistema estatal por avanzadas y atrevidas que fueren sus regulaciones: siempre mantiene la estabilidad de las relaciones vigentes entre la sociedad y el individuo” (p. 106). Véase: J. R. Vanossi, *Situación actual del federalismo*, Ed. Depalma, 1965.

do de un proceso sustantivo, que verifique si el estado final del derecho, luego de la limitación sufrida, es tolerada por la Constitución”.

Lo más importante que este hombre del derecho ha dicho en esa fecha tiene que ver con su propio colofón: “El problema central de la doctrina de la emergencia económica no está en su existencia, ni en sus elementos de calificación, sino en la aplicación e interpretación exagerada y no restrictiva de la misma”.

Es decir, que la interpretación de los poderes de emergencia tiene que ser restrictiva y no amplificatoria. Esto fue dicho en 2001 por el doctor Ricardo Lorenzetti, actual juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y presidente del más alto Tribunal de la República que, por autodefinition de la propia Corte, es y será “el intérprete final de la Constitución” y un “tribunal de garantías constitucionales” (para más comentarios, véase “Estado de Derecho y Estado de necesidad”, del autor citado, en *La Ley*, 22/VI/01).

Aún en el marco de la emergencia económica y administrativa los derechos constitucionales mantienen su vigencia. Si bien, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, cabría aceptar, por los condicionamientos de hecho que impone la situación de emergencia, una postergación razonable en el ejercicio de tales derechos, bajo ningún concepto la Constitución admite o convalida que se afecte o altere su substancia o esencia.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el tan vapuleado caso “*Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía-B.C.R.A.) s/ Amparo*” del 27/12/90; que “...cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se pueden sin violar ni suprimir garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos” (Considerando 37). Además, dijo la Corte que: “Cuando por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis...” (Considerando 38). Pero en el considerando 43) la Corte sostuvo que “Su restricción –la de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución– debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido

por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del Estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (Fallos 243:467).

Nos preguntamos, a propósito de la crisis, la emergencia, los “superpoderes”, las potestades extraordinarias, etcétera, etcétera, si no será cierta la afirmación de Humberto Eco cuando dice que de tanto invocar la crisis también ha entrado en crisis el concepto mismo de crisis (sic).

¿Hasta cuándo Catilina, hasta cuándo...?

La respuesta es simple: **hasta** que se recupere la “raigambre” de los derechos, si entendemos por tal al conjunto de antecedentes, intereses, hábitos y convicciones que hacen firme y estable la ligazón a algo en que creemos.

Los procedimientos que se siguen y los contenidos que se dan en el proceso de la creación y aplicación del Derecho son unidades de mensura válidas para la ponderación y caracterización de cualquier régimen vigente. Las notas de desprolijidad o de prepotencia (¿arbitrariedad?, ¿discriminación?) suelen ser indicativas, tanto cuando se consuman bajo formas “ilustradas” del poder o en ausencia de esos cuidados, que pueden ser parciales o totales. Es la sociedad la que en última instancia puede poner fin a los desbordes; y tan solo si ella despierta del sopor se revertirá el descenso hacia las medidas insondables de una decadencia institucional (el abismo al que se refería Borges).

Al fallar la regla de la “predictibilidad” o de la “calculabilidad”, propias del ciclo de la racionalización del poder, y ante la falta de oráculos u otra deidad que nos brinde respuesta “con mucha sabiduría y doctrina”, sólo se puede remitir al viejo interrogante de “¿quién custodia al custodio?” que ya se formulaba en el derecho romano.

La suerte en la salud y la vigencia de todos y cada uno de los derechos subjetivos no tiene respuesta a través de un juicio asertivo. No caben afirmaciones de certeza, habida cuenta que vivimos en el siglo del vértigo, la fugacidad y la versatilidad, en tal dimensión –cuantitativa y cualitativamente– que no cuajan asertorios: se puede “suponer” o se puede “presumir”, aunque sabiendo que en la humanidad contemporánea coexistimos bajo una brumosa “quiebra de las certidumbres”... (sic). Y las libertades no escapan a ello.

El interrogante que acompaña al título del presente trabajo, no puede ser contestado en términos rotundos ni finales; pero a fin de sumar inquietudes en torno a la “vida” (vigencia) de un Derecho, me

permite contribuir a las tribulaciones y congojas ya existentes, con más interrogaciones, pero con un cierre sin ánimo de desanimar a los estudiosos de la propiedad ni a los titulares de la misma, pues de lo que se trata es precisamente buscar la luz aunque sea para encontrar el sentido que habrá de prevalecer al término de la borrosa senda por la que nos conducen las circunstancias y sus protagonistas: a) ¿este importante derecho correrá la suerte de los condenados a la pena de muerte a ser arrojados desde la roca Tarpeya en una extremidad del Capitolio romano?; o b) ¿siguiendo con las alegorías, tendrá la suerte corrida por las tropas romanas derrotadas por los samnitas (año 321 a.C.) que debieron soportar condiciones humillantes atravesando el desfiladero de las “horcas Caudinas”?; o c) ¿recibirá la fortuna del Ave Fénix, reviviendo en plenitud y coexistiendo con las demás expresiones de la libertad creadora?

APÉNDICE

Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”

Sentencia del 6 de febrero de 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al resolver el caso planteado en el epígrafe, el tribunal con sede en San José de Costa Rica declaró que el estado peruano había violado el derecho a la propiedad privada consagrado en el Art. 21 del Pacto o Convención Americana, su nacionalidad, la protección judicial y la libertad de expresión. Se trataba de un caso de despojo del capital correspondiente al accionista mayoritario (53,95%) de la empresa propietaria del “Canal 2 - Frecuencia Latina” de la televisión peruana (Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.), hecho éste que se consumó con la suspensión de sus derechos como accionistas, que la Corte consideró arbitraria y, además, con insatisfacción de los requisitos mínimos del debido proceso legal, por lo que también declaró “que cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél”. A continuación citamos los párrafos más relevantes del citado pronunciamiento judicial:

- 1) “122. Los ‘bienes’ pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos cor-

porales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

- 2) “124. Para precisar si el señor Ivcher fue privado de sus bienes, la Corte no debe limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal. Sino que debe además comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada⁷.”
- 3) “128. La Corte Internacional de Justicia ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros⁸.”
- 4) «177. Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁹.”
- 5) “178. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados¹⁰.”
- 6) “183. La Corte, de conformidad con una amplia jurisprudencia internacional, considera que obtención de una sentencia que ampare las pretensiones de las víctimas es por sí misma una forma de satisfacción¹¹. Sin embargo, también estima

⁷ Cfr. Eur. Court H. R., Case of Belvedere Alberghiera S.R.L. v. Italy, Judgment of 30 May 2000, para. 53.

⁸ Cfr. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 36, para 47.

⁹ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 118; Caso Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C N° 44, párr. 40. En igual sentido, cfr. Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment N° 8, 1927, P.C.I.J., Serie A, N° 9, pág. 21; y Factory at Chorzów, Merits, Judgment N° 13, 1928, P.C.I.J. Series A, N° 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184.

¹⁰ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 119.

¹¹ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*), supra nota 6, párr. 99; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr.122; Caso *Blake*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia

que, tomando en cuenta particularmente los actos de persecución sufridos por la víctima, es pertinente conceder una indemnización adicional por concepto de daño moral¹².

- 7) “186. La Corte estima que sobre los Estados Partes recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos¹³. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como ‘la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana’¹⁴.
- 8) “187. Por consiguiente, el Perú debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas.

Los hechos provocantes del caso, se produjeron, en perjuicio del accionante, a partir del año 1996.

cia de 22 de enero de 1999. Serie C N° 48, párr. 55; Caso *Suárez Rosero*. Reparaciones, supra nota 108, párr. 72; Caso *Castillo Páez*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 43, párr. 84; Caso *Neira Alegría* y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C N° 29, párr. 56; y Caso *El Amparo*. Reparaciones (art. 36.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N° 28, párr. 62.

¹² Cfr. Caso *Blake*. Reparaciones, supra nota 110, párr. 55, Caso *Castillo Páez*. Reparaciones supra nota 110, párr. 84; y Caso *El Amparo*. Reparaciones, supra nota 110, párr. 35; y cfr., inter alia, Cour eur. D.H. arrêt Kruslin 24 du avril 1990, série A N° 176-A, p. 25, párr.39; Cour eur. D. H., arrêt McCallun du 30 aout 1990, série A N° 183, p. 17, párr. 37; Cour eur. D. H., arrêt Koendjbiharie du 25 actobre 1990, série A N° 185-B, p. 42, párr. 34; Cour eur. D. H., arrêt Darby du 23 octobre 1990, série A N° 187, p. 14, párr. 40; Cour eur. D. H., arrêt Lala c. Pays-Bas du 22 Septembre 1994, série A N° 297-A, p. 15, párr. 38; Cour eur. D. H., arrêt Pelladoah c. Pays-Bas du 22 Septembre 1994, série A N° 297-B, p. 26, párr. 44; Cour eur. D. H., arrêt Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A N° 297-C, p. 59, párr. 45; Cour eur. D. H., arrêt Boner c. Royaume-Uni du 28 octobre 1994, série A N° 300-B, p. 76, párr. 46; y Cour eur. D. H., arrêt Ruiz Torija c. Espagne du 9 décembre 1994, série A N° 303-A, p. 13, párr. 33.

¹³ Cfr. Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 123; y Caso *Blake*. Reparaciones, supra nota 110, párr. 65.

¹⁴ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párr. 123.