

## CAPÍTULO XIX

### LA "CONSTITUCIÓN ECONÓMICA", LA PROPIEDAD Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN

"Nadie puede hoy ignorar que el factor económico incide fuertemente en el régimen sociopolítico. Si alguna forma digna de ética social no humaniza a la economía, los derechos humanos quedarán atrofiados en sus exigencias primarias"

Germán Bidart Campos

"No se puede ser virtuoso si se carece de lo elemental para vivir"

Jorge Luis Borges

#### **19.1.- La Constitución económica: aspectos introductorios y su evolución en el ideario constitucional argentino.**

El tema que nos convoca en éste capítulo, invita necesariamente a discurrir - al menos brevemente - acerca del concepto de "Constitución Económica" y sus implicancias en la estructura que el texto supremo ofrece a fin de organizar la convivencia social.

En consecuencia, cabe aquí poner de manifiesto que la expresión "Constitución Económica" resulta ser una categoría conceptual que en el ámbito del constitucionalismo moderno, atendería según lo explica Martins Bassols Coma , a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica, mientras que la "Constitución Política" se erigiría como el estatuto jurídico fundamental del poder político, o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos.

Con esta aclaración previa, y dado que concebimos a la estructura propuesta por la Constitución como un conjunto armónico y sistémico, estos conceptos vertidos son de gran utilidad al amalgamarlos a fin de representar una imagen de la totalidad de las situaciones y circunstancias previstas y propuestas por el texto supremo al conformar el sistema constitucional

Así, el concepto "sistema económico", nos permite, desde una

inteligencia estructural de la cuestión, detectar y seleccionar los diversos componentes jurídicos, técnicos, geográficos, etc. que caracterizan al desarrollo de la actividad económica en una sociedad determinada.

Compartimos por ello la visión de Bassols Coma, en cuanto alude a que esta perspectiva descriptiva y realista permite visualizar y merituar convenientemente las intersecciones posibles entre la Constitución y la actividad económica que la sociedad desarrolla, evaluando - en definitiva - el modo de adecuación del texto supremo con la realidad social que pretende delinear en sus trazas fundamentales, y de la que necesariamente ha de derivar

Con el diagrama que antecede como punto de referencia, podemos indicar, sin temor a error, que en realidad, la "constitución económica" no nace con el Estado de Bienestar, sino que acompañó *siempre* a las estrategias constitucionales.

Para el caso del esquema de la constitución argentina liberal de 1853, la estrategia económica constitucional se apuntalaba sobre la base política de mantenimiento de una nítida separación entre sociedad y Estado

Podemos decir también, que en los Estados confederados, los factores predominantes de la "Constitución Económica" fueron:

- la banca,
- los propietarios de los títulos de la deuda pública,
- los industriales y
- los comerciantes.

Desde el advenimiento del "constitucionalismo social" encabezado en forma "romántica" por el modelo mexicano de 1917, aunque técnicamente, por la proyección constitucional alemana de 1919, cambia radicalmente la estructura económica que interactúa a partir de ése momento en un modo sustancialmente diferente con la constitución política. Ello era lógico, pues se había llegado a un grado intolerable en la explotación del trabajo y en los bajos salarios, lo que ya se había puesto nítidamente de manifiesto en la grave crisis económica y desocupación masiva ocurridos en la década de 1840

En suma, el modelo alemán, propiciado por Weimar en 1919, potencia la presencia activa de los Poderes Públicos en la economía generándose un nuevo "pacto social" con apoyo en valores que transforman el orden económico y social

Este esquema, en particular, implicó una fuerte planificación de la

producción con una pronunciada socialización de los derechos liberales.

Demás está recordar el "fiasco" que generó en la sociedad alemana este particular intento, con explosiones de monopolios estatales, gran conflictividad social y el por todos conocido horror del genocidio "nazi " cuyos coletazos aún vivimos, a más de 50 años del cruento suceso.

Podemos concluir de lo brevemente expuesto, que sin una debida profundización de los elementos democráticos del Estado, el intervencionismo se torna indefectiblemente en autoritario.

Pese a ello,, la "weimarización" de los sistemas constitucionales luego de culminada la II Guerra Mundial, fue profusamente imitada.

Tal inusual asimilación pudo haberse debido quizá al hecho cierto de que a partir de la por todos conocida "depresión de 1929" , la confianza que sentaba las bases del modelo anterior fue destruida, debiendo el Estado, de la mano de las ideas de John M. Keynes, abocarse a dirigir la economía en pos del ansiado pleno empleo que generaría la pretendida estabilización económica y política.

Creemos que el apoyo popular que sustentó a los regímenes fascistas y comunistas de aquella época se debió a la idea de *igualdad social* que ellos traducían y el hastío que la sociedad de entonces había comenzado a sentir por un modelo liberal, que se les presentaba a las clases medias y populares como decididamente cercenante de sus expectativas de "seguridad" y "calidad de vida"

Frente a ello, Keynes plantea la necesidad de efectivizar objetivos sociales (particularmente, de igualdad) por parte del Estado, a fin de intentar estabilizar los "mercados", a la fecha erráticos y las sociedades, en aquel tiempo convulsas. La nueva propuesta se torna realidad con las decididas gestiones intervencionistas, que - luego de no pocos problemas - pudo llevar a cabo en Estados Unidos de Norteamérica el presidente Roosevelt a partir de la por todos conocida política del "New Deal"

Si alguna conclusión podemos extraer de los conceptos antes desarrollados, es que el tránsito que lleva del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social, se perfiló en medio de un importante cambio en la sociedad en que se insertaban las nuevas ideaseconómicas.

En efecto, el panorama descripto mostraba a una sociedad con niveles crecientes de industrialización, generados a partir de las nuevas medidas económicas puestas en práctica por gobiernos económicamente presentes, con hondos procesos de masificación, migraciones urbanas sin perspectivas de

contención social, marcos crecientes de politización, y como consecuencia de ello, nuevas e imprevisibles etapas de crisis económica.

Enfatiza a este respecto con acierto Reynaldo Vanossi que con el transcurso del tiempo, y en el contexto por nosotros recién apuntado, quedaría registrada una doble transformación a nivel del Estado, y a nivel de los derechos de las personas : esa doble transformación consistía para vanossi, en:

- El tránsito del Estado abstencionista al Estado intervencionista, por un lado, y en
- La complementación de los derechos individuales con el surgimiento de los derechos sociales, por el otro.

No cabe duda de que el Estado se agigantaba, asumiendo nuevos roles, y edificando sus nuevas formas aunque entendemos que el "talón de Aquiles" del nuevo sistema, estaba dado por la ausencia de remozados perfiles de responsabilidad Estatal que acompañasen a tal nuevo "gigantismo", que era necesario - en teoría - para la consecución del propugnado valor *solidaridad*, que se constituía en el eje del diseño argumental de las nuevas aspiraciones políticas y económicas.

En fin, sostenemos, luego de presentado este esbozo introductorio, que la "constitución económica" no sería la misma luego del advenimiento del así llamado "constitucionalismo social"

Al implementarse esta nueva estructura constitucional económica, encorsetada en la forma jurídica que el constitucionalismo denominó Estado Social de Derecho, no tuvo ella en los textos constitucionales que intentaron llevar adelante su articulación, otra significación que la de ofrecer *un maleable y amplio marco de reglas o principios que permitiesen la intervención pública en la economía*, a fin de evitar - como se dijo - la destrucción del remozado Estado Capitalista. Ello se conoció bajo el nombre de "economía social de mercado"

Debe ser apuntado, y como importante desde la arista de nuestro estudio, que al no concebirse estos preceptos constitucionales económicos con el mismo grado de efectividad o vinculación que el otorgado a la vieja normativa suprema de carácter liberal, ellos se consolidan como cláusulas "abiertas" o "programáticas", lo que en gran medida *volatilizó* su eficacia.

Así, el propio Néstor Saguès, en referencia a los deberes que el Estado Argentino asume por lo dispuesto en el art. 14 "bis", y al respecto de la

seguridad social, ha enfatizado que al regular esas cuestiones la Constitución incursiona en el constitucionalismo - promesa, con un texto que - interpretado ampliamente, es tal vez, demasiado generoso y difícil de cumplir

Si trasladamos estas consideraciones introductorias al ideario constitucional argentino, podemos señalar lo siguiente:

Nuestro primigenio texto constitucional, fiel a la filosofía iluminista que marcó su diseño liminar, no contiene definiciones dogmáticas respecto del sistema que habría de regir la economía de la Nación. Sin perjuicio de ello, su texto presupone la vigencia de un sistema económico derivado de la concepción política del propio texto supremo, de innegable corte liberal

Así, surge palmaria del texto la limitación recíproca de ámbitos entre sociedad y Estado, conciliados ambos vectores en el ámbito institucional de la República Representativa, en la que el último nombrado es prescindente; aunque los individuos tienen el deber de servirlo. Todo el diseño constitucional nos introduce, por ende, en la idea de orden y progreso a partir de una sociedad jurídicamente organizada.

Distingue dentro de este diseño García Belsunce a las libertades económicas, como una especie dentro de las libertades civiles, haciéndolas surgir de los artículos 14, 16, 20 y sus concordancias, de la Constitución Nacional.

En materia fiscal, se establece el liminar principio de la legalidad tributaria y determina además el texto supremo, en los artículos 4,9,10,11,12,25 y el "viejo" artículo 67, incisos 1º y 2º, las reglas básicas constitucionales en materia de tributación. Era claro que tales libertades eran la expresión técnica de una estructura económica implícita en el sistema constitucional, surgido de la doctrina o escuela económica que inspiró a los constituyentes

Básicamente, este sistema, apoyado en el valor fundante "libertad", la propugna tanto en lo político como en lo económico, consagrando asimismo, la regla de la "inviolabilidad de la propiedad", que está expresada en la norma del art. 17 de la Constitución Nacional. Es innegable que el primigenio sistema económico de la Constitución, ha abrevado en las ideas de Juan bautista Alberdi, quien luego del aporte efectuado en sus "Bases...", continúa el diseño

en el "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853"<sup>1</sup>

En suma, concordamos en el punto con las enseñanzas de Arturo Sampay cuando expresa que fundamentalmente, el liberalismo económico de la Constitución de 1853 informa el liberalismo jurídico del Código Civil de 1869, indicando luego que la teoría jurídica de la *autonomía de la voluntad*, es decir, el libre contrato, hace efectiva la teoría de la dejación económica del liberalismo. Por ello, el sistema económico de la Constitución de 1853, y hasta la entrada en vigencia de la abrogada reforma de 1949 y luego, la operada en 1957, giró bajo el pivote de la libre acción de los intereses particulares, movidos por la finalidad de la utilidad individual.

Ha dicho el maestro Germán Bidart Campos que el constitucionalismo social se caracteriza por su toma de posición frente a los llamados "derechos sociales y económicos". Va de suyo que el constituyente de 1853 tuvo como "norte" una concepción económica que - como vimos - distaba mucho de la imperante al promediar nuestro siglo. Ello no implicó que el constitucionalismo liberal fuese incompatible con el constitucionalismo social, sino que más bien este último estadio, sin abjurar de los principios del constitucionalismo clásico, incorporó otros nuevos, que básicamente se tradujeron en importantes obligaciones positivas, nacidas desde el Estado, y dirigidas al individuo

Así las cosas, los avatares políticos de nuestro país, y el fallido intento constitucional de 1949, derivaron en la necesidad de adecuar a la constitución a los nuevos tiempos sociales que se avizoraban. Tal cosa ocurrió en 1957, cuando el gobierno de facto entonces en el poder convoca a una Convención Nacional Constituyente, la que alcanzó de un modo híbrido y pleno de vicios sustanciales, a anexar un artículo que ha institucionalizado entre nosotros, la mínima expresión del constitucionalismo social: nos referimos al artículo 14 "bis".

Sin perjuicio de lo expuesto, y aun pese al conflictivo contexto en que tuvo plasmación definitiva entre nosotros la concepción del constitucionalismo social, ello no impidió que la sociedad aceptara un nuevo perfil económico de constitución, necesario para el cumplimiento por parte del Estado, de aquellos

---

<sup>1</sup> Edit. de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, 1979. Ver en particular, sus páginas 2 a 5. No podemos dejar de señalar en este momento, cuanto menos - y aquí desnudamos nuestro parecer crítico respecto de la cuestión - que otra hubiese sido la historia de nuestra Nación, si la base de la Constitución Económica de 1853, se hubiese podido amalgamar con las ideas de Mariano Fraguero, plasmadas principalmente en su obra "Organización del Crédito" (Edit. Belin, Santiago de Chile, 1851). El planteo legislativo de sus ideas constituye según Juan Pablo Oliver (El verdadero Alberdi, 1977, Edit Dictio, pag.391) el conjunto orgánico de tipo económico y social mas revolucionariamente antiliberal jamás sancionado por un cuerpo legislativo argentino, que nunca llegó a derogarse formalmente, sino que fué simplemente ignorado, a partir del triunfo de las ideas de Alberdi.

objetivos cuya obligación había asumido constitucionalmente

Debe ser aquí aclarado que la base político-económica que permitió la evolución y desarrollo del "Estado de Bienestar" argentino, no presentó el estilo de la matriz propugnada por las social-democracias europeas, que se integraron con una confluencia de cohabitación democrática y altamente participativa de sus partidos políticos, y la presión organizada de las fuerzas sociales organizadas en pos de sus reivindicaciones de clase. El mismo aparece en cambio entre nosotros mas bien como una compleja telaraña en la que se engarzaban anárquicamente, y sin viso alguno de comportamiento democrático, las negociaciones entre el poder político de turno y los diferentes grupos corporativos, bajo el amparo de una visión dualista del funcionamiento del sistema económico

Así las cosas, son propios del modelo que determina el constitucionalismo social, y, animamos a decir, sus variables sustanciales, ciertos modos de objetivos genéricos indicadores de prestación positiva por parte del Estado, en función de los cuales, la sociedad argentina adoptó - en concordancia con su peculiar modo de idear este nuevo rumbo prestacional - una constitución económica enmarcada en el modelo de "regulación" o "programación"

A partir de este esquema, el Estado, desde *afuera y por encima*, establece las normas y los controles a que debe ajustarse la actividad económica, con deliberada exclusión de las reglas de la "planificación económica". Desde el surgimiento de este modelo de constitución económica, nadie discute seriamente si el Estado debe intervenir en la economía, sino que el debate se centra en el grado y alcance de dicha intervención.

Debemos apuntar, a fin de enfatizar las características de la constitución económica de la Argentina a partir de la década de 1950 y hasta la recuperación democrática de 1983, que la escasa práctica democrática de nuestra nación en ese período, quitó especificidad a lo que debió ser la acción institucionalizada de los Partidos Políticos.

Bueno es recalcar que entonces, la legitimidad del poder era construida como una complicada trama en la que las corporaciones y el poder político intercambiaban prebendas, asegurándose mutuos espacios en el área del "control social", siendo los propios partidos políticos, los más impregnados de tal dinámica.

Dicha situación generó una crisis de identidad que hoy particularmente exhiben las agrupaciones políticas, a partir de la forma autoritaria en que se construyó el propio ámbito de poder que las sustenta, y que habitualmente derivaba en un desmantelamiento de sus mismos cuadros por parte de las dictaduras que recurrentemente asaltaban la débil y condicionada institucionalidad, en la Argentina de entonces.

De tal modo, el pretendido nuevo orden social, cuyas bases políticas y diseño económico pretendía esbozar la habitualmente violentada norma fundamental, se construía a partir de un discurso basado en el hecho de que todos los intereses son legítimos, aunque la posibilidad de tornarlos efectivos no depende del poder regulador de una norma de derecho, sino del mayor o menor acceso a los círculos del poder Político que posee el detentador del interés del caso.

Así las cosas, solamente al restablecerse la democracia constitucional en 1983, pudo plantearse un modo de real crisis en el Estado de Bienestar en la Argentina, como se verá seguidamente.

El advenimiento de la democracia en 1983, permite intentar la instalación de las reales bases de la constitución económica propia del Estado de Bienestar.

Por ello es que insistimos en que solamente se puede mencionar la "crisis del Estado de Bienestar en la Argentina" desde el contexto de la recuperación democrática ya que allí se presentan los típicos problemas de legitimidad de la organización de las sociedades modernas, como sus componentes democráticos básicos

Podemos sostener en este punto, que el proceso hiperinflacionario de 1989, detonante mayor de la caída anticipada del gobierno de Raúl Alfonsín, se nos presenta como punto de inflexión de la crisis del Estado de Bienestar en la Argentina, al conflictuarse la base de sustento con que la sociedad pautaba entonces sus trazas económico-sociales, circunstancia que en realidad se había iniciado en el período que inauguró la reforma constitucional de 1957.

El gobierno de Carlos Menem, que accede al poder en modo anticipado, en 1989, si bien aporta una base ideológica de discurso populista en la confrontación pre-electoral de ideas, una vez en el gobierno modifica totalmente su línea ideológica de acción, conformando una serie de alianzas con los sectores que en la Argentina representaron históricamente el pensamiento

conservador.

En suma, entendemos nosotros que la "crisis" del Estado de Bienestar en la Argentina es un componente fundamental derivado de la recuperación de la democracia, ya que solo en el marco de tan trascendente paso, la ciudadanía toma nota de la existencia de una situación crítica en el funcionamiento de las instituciones sociales, dado que es solo allí que se advierte el abismo existente entre las dos notas contrapuestas que son , por un lado, la estructura normativa, y por el otro la realidad social.

Y es en aquel estadio, y luego del intento de implementación de dos modos de política económico-social contrapuesta, que se pudo advertir con claridad cual fué la visión del desarrollo comunitario que imperó en la base de la ideología y práctica de los sectores prevalentes en el Poder de la Argentina de los últimos 50 años: un marco corporativista- comunitarista que permitió la horadación de nuestro original modo de sentir al Estado de Bienestar.

Ello se produce, a partir del modelo de constitución económica utilizado, y como derivación necesaria del mismo, trasvasando fondos públicos a diversas organizaciones intermedias (v.gr. organizaciones sindicales) o produciendo políticas asistenciales parcializadas y solamente focalizadas en sectores definidos, lo que impidió en definitiva incentivar los logros que sí pudieron realizarse en el ámbito europeo: el Estado Social integrado y movilizador.

Podríamos en este punto, ensayar una breve conclusión preliminar de la cuestión en los umbrales de la reforma constitucional de 1994, que nos llevaría a sostener que:

1. a fin de presentar la constitución económica argentina y su mejor modo de implementación, los condicionantes histórico-políticos motivaron la generación de estructuras federales en la Constitución, más luego,
2. las exigencias de descentralización administrativa enfrentaron al Poder Político con la necesidad de implementar ciertos modos de descentralización que alteraron el diseño de la constitución textual.
3. En una última etapa, ya presentada por nosotros párrafos más arriba, el avance del modelo capitalista, nutrido de las nuevas ideas de globalización y post-modernismo, llevaron - teniendo en cuenta el posicionamiento de la Argentina en el concierto global de las Naciones del orbe- a una pretendida conveniencia político-económica del proceso privatizador a ultranza

Creemos finalmente, que el modelo de constitución económica impuesto por los constituyentes de 1994, ofrece las bases de una estructura solidaria, con fuertes imposiciones a los poderes de Estado, y la generación de una mayor participación de la sociedad civil, los partidos políticos y las entidades no gubernamentales para arribar a una realidad social que no prescindiera del progreso económico, pero desde un marco conceptual que encuentre el camino hacia el denominado "desarrollo sustentable".

Señala al respecto Andrés Gil Domínguez, que los constituyentes, al ejercer su potestad reformadora, incorporaron al texto constitucional una importante cantidad de preceptos de corte socio-económico. Se instalaron en una manera algo difusa, desperdigados entre la parte dogmática y la orgánica del texto supremo, pero no por ello medraron su intención de traducirse en una nueva idea fuerza rectora para las generaciones venideras.

Aún así, desde un importante esfuerzo interpretativo de la reforma constitucional de 1994, Gil Domínguez sistematiza los principios dogmáticos que constituyen el núcleo esencial del orden económico social argentino, que son los siguientes:

1. El principio de economía de mercado
2. El principio de regulación estatal
3. El principio de desarrollo humano
4. El principio de un adecuado nivel de vida
5. El principio de la orientación de la actividad financiera

Y como habitualmente decimos, la hoja de ruta ha sido trazada, pero el camino solamente lo andaremos los ciudadanos, en la medida que decidamos como sociedad, que es bueno cumplir con nuestros propósitos constituyentes.

Caso contrario, esta ambiciosa reforma constitucional de 1994, que algunos catalogan como "evanescente", demostrará que su fuerza sólo estuvo constituida por las buenas intenciones de una mayoría circunstancial que debió haber germinado un poco más su voluntad de cambio...

**19.2.- La propiedad en general: propiedad y dominio. Concepto filosófico y jurídico de propiedad.-**

El liberalismo fundante del constitucionalismo clásico, consideró a la propiedad como un atributo de la personalidad, y hasta se le ha endilgado la calidad de derecho natural, preeminente y preexistente al reconocimiento constitucional.

El concepto individualista de propiedad, se ha amalgamado desde entonces a la propiedad privada expresando a ésta última como una proyección del ser humano, e interpretando que como persona que es, el hombre no solamente desea ser libre, sino que además apetece poseer *sus* cosas y bienes.

El liberalismo clásico entendía por ello que quien en un contexto social dado detenta una propiedad, acentúa allí su fortaleza relativa.

Aclarado lo que antecede, bueno es ahora intentar una diferenciación entre el concepto civil de propiedad, consustanciado con la idea jurídica de dominio, y el que de este derecho nos ofrece la Constitución, cuyos perfiles son mucho más vastos y abarcadores. Diremos entonces que el concepto de dominio, que regula el Código Civil argentino<sup>2</sup> recae única y exclusivamente sobre las cosas, o sea, sobre los objetos materiales susceptibles de tener un valor y por ende, apreciación pecuniaria

En cambio, el derecho de propiedad regulado por el sistema constitucional y consagrado normativamente en el texto fundamental, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, lo que se extiende a aquellos que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos éstos como los objetos inmateriales susceptibles de valor<sup>3</sup>

Queda entonces claro que el Derecho Constitucional aborda un tratamiento diferente del derecho de propiedad, que aquél que trata el Derecho Civil.

Conceptualmente, hablaremos de una prerrogativa omnicomprendiva del legítimo título que el sistema constitucional otorga a las personas sobre las cosas y los bienes que le pertenecen, lo que de por sí deja traslucir un importante alcance filosófico que iluminó gran parte del tránsito del constitucionalismo en sus fases iniciales.

---

<sup>2</sup> Regulado particularmente en los artículos 2506 y 2311

<sup>3</sup> Conforme lo dispone el artículo 2312 del Código Civil

También como garantía, el derecho de propiedad sirve a los ciudadanos para delimitar el alcance de la legislación que regula éste derecho y resguardar que no sobrepase aquellos contornos, que - como veremos - han variado en el decurso del tiempo histórico llevando al Estado , desde el plano de la abstención hasta el del total dirigismo, para confluir con una manda de regulación solidaria respecto de la propiedad de cada quien.

Esta evolución la interpretamos nosotros enuncada en el concepto rector de que "todos" tenemos derecho a gozar de éste derecho en lo que respecta al mínimo indispensable de la subsistencia y calidad de vida.

Situándonos ahora en el contexto del Estado de Derecho, es allí donde la normativa constitucional ha consagrado y protegido al derecho de propiedad, como uno de los bienes más preciados del sistema. Aún así, esas regulaciones jurídicas ofrecieron diversos matices dependiendo de las concepciones filosóficas que las nutrieron.

Ya hemos dicho que este derecho ha resultado de gran significación, en particular para la primera etapa del constitucionalismo, en la que su rol esencial fue el de tutelar los intereses del "Estado Llano" , constituido por la burguesía naciente.

La notoria amalgama que vinculó al constitucionalismo inicial con el sistema capitalista, hizo que sus consagraciones normativas insoslayables se vincularan al concepto de "tener" para "comerciar" con "libertad ilimitada" y sin interferencias por parte del Estado.

Es claro entonces que el concepto y contenido que se dé al derecho de propiedad decide y define la ideología que subyace y determina las características del sistema en el que el mismo se instituye. De ello deriva que en torno de éste concepto es que se traza la lucha político-ideológica que enmarcó el tránsito de los Siglos XIX y XX.

Las constituciones han consagrado en sus textos por lo general, alguna de las tres modalidades posibles del concepto de propiedad, de las que derivan luego innumerables variantes, que hacen a lo que podemos denominar "la letra chica" del sistema de regulación de la propiedad.

Esquemáticamente, podemos presentar el amplio espectro que las vincula, con el siguiente cuadro:

<b><u>CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA PROPIEDAD</u></b>		
<b>Sus repercusiones en el mundo del derecho</b>		
<b>(García Belsunce)</b>		
<b><u>INDIVIDUALISMO</u></b> <b><u>ABSOLUTO</u></b>	<b><u>COLECTIVISMO EXTREMO</u></b>	<b><u>TESIS INTERMEDIAS</u></b>

Acuerda al titular del derecho de propiedad las facultades de usar, gozar y disponer de ella a su libre albedrío	Limita esos derechos, hasta llegar a negarlos en su versión comunista, que considera inexistente la propiedad privada, reconociendo al Estado como el único propietario de los bienes y cosas, cuyo uso concede en límites estrictos y condicionados a las necesidades (no a las capacidades) de los individuos	Consideran al derecho de propiedad como función social al servicio de la comunidad o como un atributo del individuo con cierta función social no compatible con el servicio particular que de él haga su titular
Concibe las limitaciones a éste derecho solamente basadas en la regla de la relatividad de la propiedad y la expropiación por motivos de utilidad pública	En realidad, ésta doctrina proclama abiertamente que sus propósitos no pueden ser alcanzados sinó por el derrumbamiento (violento) de todo el orden social tradicional (uno de cuyos pilares es la consagración del derecho a la propiedad privada por parte de los ciudadanos.	El contenido de la propiedad <i>función social</i> induce dos proposiciones: <ul style="list-style-type: none"> <li>• El propietario tiene el deber de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales y especialmente de las suyas propias; de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral</li> <li>• El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear la cosa en la satisfacción de las necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias</li> </ul>
<i>En resumen:</i> la lectura individualista liberal privilegia la idea del derecho de propiedad como derecho del propietario, que titulariza cada bien	<i>En resumen:</i> Esta doctrina propicia la abolición de la propiedad privada; la centralización en manos del Estado del crédito y de todos los medios de producción; expropiación de la propiedad territorial, abolición de la herencia.	<i>En resumen:</i> La propiedad privada es admitida como derecho, pero al que se le adosan ciertos deberes en mira al bien común

### 19.3.- La propiedad en la Constitución y su enunciación jurisprudencial.-

Nosotros ya hemos delineado la idea de que el concepto constitucional de propiedad excede al que brinda el Derecho Civil del mismo. Pero en el ámbito normativo, si bien el texto constitucional consagra el derecho a usar y disponer de la propiedad (art. 14 C.N.) y aún la comunitaria (art. 75 inc. 17 C.N.), no fija el alcance de tal derecho.

Por tal razón, ha sido la doctrina, pero principalmente la jurisprudencia, la que ha ofrecido el concepto constitucional de propiedad, el que luego de ciertas vacilaciones iniciales, fue finalmente consolidado en el precedente

"Pedro Emilio Bourdie vs. Municipalidad de la Capital"<sup>4</sup>

Por su importancia, resumiremos a continuación los dichos de nuestra Corte Suprema de Justicia al respecto:

"...El término propiedad cuando se lo emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de este estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el 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 (...) Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios en el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y 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 privados de los hombres, ha dicho esta Corte, la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera sea el carácter y finalidad de la ley"

Luego de esta importante calificación, sucesivos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia delimitaron también la idea de que el individualismo expresado en la Constitución histórica no implica que la voluntad individual o la libre contratación no puedan ser sometidos a las leyes que reglamenten su ejercicio<sup>5</sup>, ya que ese es el propio preámbulo el que propone el logro del bienestar común, o bienestar general.

Así es que del reiterado estándar que nuestra jurisprudencia ha presentado desde la década de 1920 y en adelante, podemos deducir que el término

4 CSJN, Fallo del 16/12/1925 T°145, pag.327 (Segundo V. Linares Quintana "La Constitución Interpretada" Edit. Depalma, 1960, pag. 29 y ss.)

5 CSJN Fallos t.179, pag.113

propiedad, que es empleado por los artículos 14 y 17, 75 inc. 17 y 22 C.N. ampara a todo el patrimonio de la persona, lo que incluye:

1. Los derechos reales y personales
2. Los bienes materiales e inmateriales
3. En general, a todos los intereses que un ser humano pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad

Desarrollando el último ítem indicado por nosotros, la jurisprudencia aclaró que constituyen derechos adquiridos (definitivamente incorporados al patrimonio de la persona), amparados por la garantía constitucional de la propiedad, los:

- Derivados de los contratos
- Derivados de sentencias firmes (definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada)
- Derivados de Convenciones Colectivas de Trabajo (durante su lapso de vigencia)
- Derechos no discutidos
- Salarios, desde que son devengados por el trabajador
- Derivados de beneficios previsionales legítimamente otorgados

Con las articulaciones jurisprudenciales que hemos desarrollado, se ha intentado otorgar una protección real (no formal) y efectiva a ese importante derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, ha interpretado también nuestra jurisprudencia que el derecho de propiedad *es renunciable* por los particulares, de manera expresa, y también tácita cuando el interesado realiza actos o manifiesta su conducta de modo tal que pueda interpretarse inequívocamente que esa persona acepta resignar la garantía que la constitución otorga a su propiedad<sup>6</sup>

**19.4.- La regla de la inviolabilidad de la propiedad y sus limitaciones: utilidad pública y función social: diferencias. El "Interés social". La propiedad "comunitaria".**

---

<sup>6</sup> CSJN Fallos255:216; 290:216; 307:354

Es conveniente interpretar el contexto y la significación de la declaración constitucional, encabeza el artículo 17 de la Constitución Nacional, indicando que *la propiedad es inviolable*.

Aún los acérrimos defensores de la propiedad privada, admiten en estos días que ella no esgrime ese matiz con carácter irreductible. Así, señala García Belsunce que no existe duda de que tan importante derecho individual no es ni absoluto, ni exclusivo ni perpetuo.

- *No es absoluto*: porque la propia Constitución le impone limitaciones, que además desarrollan las leyes que reglamentan ese derecho
- *No es exclusivo*: toda vez que el sistema le impone al titular del derecho de propiedad innumerables servidumbres, de interés público y privado, que debe respetar, lo que en determinadas ocasiones le obliga a compartir su derecho con los transeúntes o sus vecinos.
- *No es perpetuo*: Ya que mediante la expropiación, el Estado puede extinguir el derecho que una persona detenta sobre un bien o cosa de su propiedad

Con lo expuesto, podemos concluir sin hesitación, que el derecho de propiedad es también relativo, como los restantes derechos que consagra el sistema constitucional.

Entendemos que la declaración que encabeza el art. 17 del texto fundamental debe encuadrarse en el marco histórico y político que rodeó a la aparición del constitucionalismo liberal. Este esquema debía enfatizar la inviolabilidad de la propiedad, junto con la libertad de comercio (que tampoco es absoluta) para acompañar las reglas que indicaba el - por entonces - incipiente capitalismo.

Recordamos aquí que los antecedentes constitucionales patrios de 1816 y 1819 no solo estimaban a la propiedad como inviolable, sino que también la consideraron "sagrada", en referencia que también se instituyó en el derecho francés (Constituciones de 1791, art. 17 1814, art.9 y 1830, art.8) y chileno (Constitución de 1833).

Hasta la década de 1930, esta traza de inviolabilidad se vinculaba entre nosotros a la vigencia del principio "pacta sunt servanda" (las convenciones son ley para las partes contratantes). Ulteriormente fue avanzando progresivamente hasta coincidir con la tutela de los derechos adquiridos,

garantizando la irretroactividad de la ley penal, y la de la ley civil en tanto colisione con aquellos derechos adquiridos, destacando además el efecto liberatorio de los pagos. Luego de la década del '30, y coincidentemente con la crisis económica mundial desatada ese año, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema fue admitiendo gradualmente diversos límites y restricciones adicionales al derecho de propiedad, con fundamento en la invocación de la emergencia. Recordamos al lector que hemos profundizado ésta cuestión al tratar el Capítulo XIII, al que remitimos

Concluiremos este acápite refiriendo como el distinguido jurista Raimundo Salvat ha insistido en la necesidad de compatibilizar la inviolabilidad y relatividad de este derecho, amalgamando ambas proposiciones, cuando expresó que:

“El concepto de inviolabilidad posee un sentido jurídico insustituible; es inherente a la propiedad(...) y se justifica precisamente contra todo ataque que la viole, desnaturalice, desintegre o degrade, garantías éstas mantenidas en todas las leyes vigentes(...)lo contrario implicaría alterar todo nuestro sistema. Incurren pues en evidente error quienes creen que la inviolabilidad de la propiedad importa la consagración de un derecho de propiedad absoluto e ilimitado”

Pero seguramente se preguntará ahora el advertido lector ¿cómo se concilia en la práctica esta declaración de inviolabilidad de la propiedad con la realidad de la limitación de todos los atributos que confluyen hacia el ejercicio de ese derecho?

Diremos para contextualizar nuestra respuesta, que en nuestro sistema constitucional, el derecho de la propiedad privada es el que ha sido sometido - en el decurso de nuestra vida institucional - al mayor número de regulaciones legislativas y reglamentarias. Ello implica que si la limitación a éste derecho tiene por base la potestad legislativa - con el objetivo de lograr la utilidad general o el bien común - la reglamentación del derecho es posible sin que ella implique desnaturalizar la esencia de la inviolabilidad de la propiedad.

La doctrina ha sostenido en forma conteste que este tipo de reglamentación, no es incompatible con la propiedad, entendida como garantía o prerrogativa individual, ni lleva a considerarla como un derecho objetivo que la desconozca o vulnere.

En suma, al señalar que la propiedad es inviolable, el sistema constitucional protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembramientos, lo que no implica rechazar la potestad reglamentaria de las leyes, cuando ella es razonable y no conculca al derecho que reglamenta

Existen de todas maneras, ciertos criterios o presupuestos utilizados a lo largo del tiempo para permitir o tolerar que el Estado se apodere de la propiedad que una persona tiene sobre un bien determinado, sin que ello implique alterar la regla de la inviolabilidad que la constitución indica y cuyo alcance nosotros acabamos de explicar.

Por lo general, tales criterios son siempre de carácter relativo y varían según las condiciones políticas y sociales de la sociedad de que se trate.

Históricamente, se han elaborado dos "slogans" en los que los diversos sistemas se apoyan para pasar al dominio público un bien que originariamente es de un particular. Hablamos aquí de "utilidad pública" y "función social".

Estos términos se corresponden respectivamente con las ideas de individualismo y la propugnada por la social democracia sobre el concepto de la propiedad, y que nosotros ya hemos explicado.

Nuestro sistema admite la figura de la expropiación, como procedimiento jurídico, en virtud del que el Estado extingue el derecho de propiedad sobre un bien, mediando una previa indemnización para destinar el mismo a la satisfacción de una *utilidad pública*, que debe ser declarada por una ley formal, emanada del Poder Legislativo (art. 17 C.N.)

La Constitución Nacional ha consagrado entonces normativamente un derecho subjetivo a la propiedad privada, sujetándolo a las reglamentaciones que condicionan su ejercicio.

Pero...

debido a la existencia constitucional de la figura de la expropiación, que debe ser apoyada para su validez en la necesidad de satisfacer una necesidad de utilidad pública, cuando el Estado expropia, siguiendo el trámite dispuesto por la Constitución y las leyes, le da a la propiedad una función social. (lo que no implica que la propiedad constitucional sea en sí y genéricamente, función social).

La utilidad pública es constituida de este modo por la Constitución, en

una fórmula elástica que hace posible la expropiación de la propiedad para satisfacer las diversas exigencias el interés colectivo.

Recordamos además, que el texto fundamental ha encomendado la responsabilidad de calificar la utilidad pública al Poder Legislativo. Se requiere en consecuencia una ley formal para ello, no resultando suficiente por ejemplo, un reglamento o una Ordenanza Municipal para calificar la utilidad pública de la expropiación. Nuestro sistema constitucional en consecuencia, no adopta para los fines antedichos, el concepto de "función social"

En trance de dar una explicación acerca del alcance y significado de la voz "función social", cabe aquí acotar que Leon Duguit - uno de los máximos expositores de este concepto en el ámbito del derecho - ha señalado que la propiedad inmobiliaria capitalista y hereditaria no puede explicarse sino por su utilidad social, y sólo será legítima si se demuestra que en una época dada es socialmente útil. Aclara Duguit, como corolario de su exposición, que la medida de su exigencia es la utilidad social.

Por su parte, para la doctrina social católica *función social de la propiedad* significa que ella debe ser usada tanto en beneficio propio como en provecho de la comunidad. Desde esta perspectiva, la concepción acarrea un importante cúmulo obligaciones hacia los demás y no simplemente la de respetar el correlativo derecho de los otros.

Padilla califica a esta noción de imprecisa, confusa e injusta, ya que no deja en claro ni la medida en que la propiedad debe usarse en beneficio de todos, ni a través de qué procedimientos, ni quienes serán los titulares de ese derecho-beneficio. La terminología que estudiamos es además para éste autor, confusa pues quienes utilizan ése concepto no determinan qué clase de propiedad es la que se encuentra afectada por una función social, concluyendo su visión crítica al señalar que la libertad de propiedad sólo puede ser reglamentada con el propósito de atender al bien común, lo que era y es obvio.

Finalmente, y para terciar en este debate conceptual, la jerarquización de los instrumentos internacionales señalados por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución textual, añaden la modalidad indicada en la CADH, que en lo pertinente enuncia (art. 21), que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, y admite que la ley subordine tal uso y goce al *interés social*

¿Es este concepto coincidente con alguno de los dos antes mencionados?

Ante todo, debemos recordar que la CADH es una norma de derecho internacional, cuyas características son las de contener un articulado lo suficientemente elástico como para que la mayor parte de las Naciones adhiera al sistema. Sobre esa base interpretativa, podemos sostener que en realidad,

la normación en cuestión puede contener a ambos conceptos.

Pero si acentuamos las reglas antes explicadas (al abordar los conceptos de "utilidad pública" y "función social" de la propiedad), deberemos concluir que en realidad el Pacto de San José de Costa Rica destaca a la propiedad como un derecho *de las personas* y recién luego de tal consagración, admite la subordinación del uso y goce de ese derecho personal al interés social, aunque sobre la estricta base de la *reglamentación legal*.

Por tal razón, nosotros sostenemos que la CADH no consagra la regla de la propiedad función social, sino que la instaure como un derecho fundamental de las personas, pero impone una dirección solidaria al mandato legislativo de utilidad pública o interés general: éste es el del interés social.

Esta dirección, coincidente con el rumbo constitucional (especialmente el adoptado por ella luego de la reforma constitucional de 1994) se ha de constituir por imperio de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la ley fundamental argentina (jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos), en una pauta de interpretación obligatoria dirigida a los poderes públicos que deban regular éste derecho.

Al abordar la reforma constitucional de 1994 en éste punto, tenemos que ella ha instaurado una modalidad particularizada y específica respecto del uso y el goce de la propiedad por parte de nuestras comunidades aborígenes. Nos referimos al término "propiedad comunitaria de los bienes" que indica el art. 75 inc. 17 de la Constitución.

Si bien ya nos hemos referido a la problemática de nuestras comunidades indígenas en el capítulo XIV, cabe aquí efectuar ciertas consideraciones adicionales:

En primer lugar, tenemos aquí una interesante base de aplicación del contexto de propiedad privada aplicada según el interés social. En este particular caso de las minorías nativas que nuestra constitución reconoce en su existencia, dignidad y derechos, y por consiguiente procede a su amparo, ha debido regular - a su respecto - el derecho de propiedad, según el ancestral uso que ellos le han dado.

Algunos autores, como Gonzalo y Fernando Segovia, indican desde un sutil análisis de la cuestión, que aquí existe un supuesto expreso de prohibición de propiedad privada.

Nosotros, siguiendo nuevamente al maestro Germán Bidart Campos, sostenemos en el punto que inferir implícitamente que del reconocimiento a la posesión y propiedad comunitaria surge derechamente la prohibición de la propiedad privada, sería tanto como incomunicar el inciso 17 del art. 75, de los

artículos 14, 17 y cc. del texto fundamental. Expresa Bidart Campos que no hay pauta alguna en la Constitución que nos permita concluir que además del tipo comunitario que ella garantiza para reservar el estilo y calidad de vida de las comunidades aborígenes, pueda no existir propiedad privada.

Creemos en suma, que la Constitución aplica aquí a las reglas clásicas de la propiedad privada, una interesante modalidad de adecuación, motivada en el interés social, tal lo sugiere la manda del art.21 de la CADH

### **19.5.- Expropiación: análisis de la figura en sus aspectos constitucionales. La CADH y las condiciones de su vigencia. Confiscación y requisición por cuerpos armados.-**

La expropiación, y según lo ha indicado nuestra Alta Corte de Justicia, es un instituto jurídico destinado a conciliar los intereses públicos con los privados. Nosotros, nos animaríamos a agregar, luego de lo ya explicado en párrafos anteriores, que es la modalidad principal (pero no única) con que el sistema constitucional argentino cumplimenta el mandato constitucional de instituir la utilidad pública de la propiedad privada, y realizar a partir de ella, su más adecuado interés social.

Acotaremos aquí que el estudio pormenorizado de la figura es materia del Derecho Administrativo, aunque creemos imprescindible para el estudiante de Derecho Constitucional, conocer los fundamentos que el sistema impone para su procedencia. Es en este contexto que se explicarán los contornos esenciales de la figura.

Una característica esencial de éste instituto, es la de determinar la extinción de la propiedad privada, circunstancia que enmarca una clara limitación a la característica de la perpetuidad de la propiedad privada. Su contrapartida es - como ya lo dijimos - la realización del interés de la sociedad.

Así, ha sostenido a este respecto Maiorano, que el Estado, como gestor de los intereses colectivos que es, dispone de la expropiación para obtener - a partir de la pérdida de ése derecho - un beneficio comunitario.

A partir de esta figura jurídica, la propiedad privada sufre una doble y esencial transformación con relevancia jurídica:

1. La mutación del propietario, a partir de la transferencia del bien
2. La finalidad que se le asigna al mismo, ya que en el futuro habrá de satisfacer una utilidad pública (interés social)

Podemos entonces definir a la expropiación, siguiendo a Maiorano, como:

Un instituto jurídico en virtud del cual el Estado extingue el derecho de propiedad sobre un bien, mediando una previa indemnización, para destinar el mismo a la satisfacción de una utilidad pública (interés social)

Existen varios puntos de vista sobre los que se ha intentado históricamente justificar la expropiación: el del dominio eminente por parte del Estado, el de la colisión de derechos que supone la superioridad del derecho público sobre el derecho privado, el de la función social de la propiedad, y el de la finalidad de bien común propia del Estado.

Por lo general, la tesis comúnmente aceptada por nuestra más calificada doctrina y jurisprudencia es aquella que encuentra fundamento al instituto jurídico de la expropiación en la finalidad de bien común propia del Estado.

Creemos que el indicado es un fundamento coherente con las finalidades que el sistema constitucional les impone a las autoridades políticas, cuando asumen el rol de gobernar

Es el artículo 17 de la Constitución, el que fija las condiciones para la procedencia de la expropiación. Y ellas son:

- Existencia de una causa de utilidad pública o interés social que así lo justifique
- Declaración de la misma, por ley formal del Congreso de la Nación.
- Pago de previa indemnización al expropiado

Acotaremos aquí que el estudio pormenorizado de la figura es materia del Derecho Administrativo, aunque es imprescindible para el estudiante de Derecho Constitucional, conocer los fundamentos que el sistema impone para su procedencia. Es en este contexto que se explicarán los contornos esenciales de la figura.

Respecto de la calificación de la causa de utilidad pública, nuestra jurisprudencia ha determinado en forma conteste y pacífica que tal meritación en cuanto acto discrecional del Poder Legislativo, es irrevisable en sede

judicial, por constituirse en una cuestión política y por ende, no justiciable. De todas maneras, estima Bidart Campos que ello no implica que esta decisión del Congreso se encuentre desprovista de controles ya que si el congreso califica arbitrariamente, en realidad encubre una causa inconstitucional de expropiación.

Es así que la propia jurisprudencia de la Corte, luego de sentar el principio general ya expuesto, ha dejado a salvo la potestad excepcional de revisión para el caso de que la calificación de utilidad pública sea manifiestamente arbitraria<sup>7</sup>

Debemos realzar en este punto el aporte que ofrece la CADH, ya que la República Argentina, al momento de suscribirlo efectuó una reserva en el sentido de que no considerará revisable en sede interamericana, lo que los tribunales nacionales determinen como causa de utilidad pública o interés social, ni lo que éstos entiendan por "indemnización justa".

Por lo tanto, la interpretación de nuestros tribunales en la materia, no es susceptible de revisión por ante el sistema interamericano de derechos humanos

La determinación de los bienes a ser expropiados (que será efectuada en la ley pertinente), puede serlo en forma específica o genérica, admitiéndose también que se indique la "zona" en la que se va a expropiar. En tal caso, la propia legislación le indica al Poder Ejecutivo cual es el marco de su actuación, que nunca puede llegar a una indeterminación tal que le confiera al Presidente facultades propias de la ley formal, que son indelegables.

Respecto de la indemnización, la Constitución exige que ella sea previa; con lo que antes de transferirse la propiedad, debe efectuarse el pago del correspondiente monto, en dinero

Bidart Campos agrega que el concepto de "indemnización" en la materia e expropiación, debe garantizarse con los siguientes recaudos adicionales:

- Ha de ser justa e integral (el dinero debe representar el valor de la bien que se expropia)
- Debe tomar en consideración lo que el bien vale al momento del dictado de sentencia
- Se debe abonar en dinero (salvo que medie acuerdo expreso en contrario por parte del titular del bien expropiado)

Si bien la ley vigente en materia de expropiación (21.499) dispone que la

---

<sup>7</sup> Lo que se dio en los casos "Elortondo" (Fallos 33:16 y 55 de 1888) y "Ferrario" (Fallos 251:353)

depreciación monetaria es un rubro computable para el pago indemnizatorio, ello debe compatibilizarse con lo surgente de la Ley 23.928, que prohibió la indexación a partir del 1º de abril de 1991.

¿Cuáles son los rubros incluidos en el pago de la indemnización previa?

El concepto de "indemnización integral" utilizado por la ley, nos precisa la cuestión. Diremos en consecuencia, que implica eximir al expropiado de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, o sea, el valor objetivo del bien no debe sufrir disminución o desmedro alguno, ni debe el propietario experimentar lesión en su patrimonio que no sea objeto de cumplida y oportuna indemnización.

Diremos por caso que con la compensación recibida el propietario debiera poder adquirir otro bien, similar al perdido en virtud de la expropiación. Ha de aclararse además que la suma de dinero otorgada por el Estado devenga intereses, en forma tal que su aplicación forma parte de la misma indemnización

Respecto de la oportunidad del pago, la regla general nos indica que el mismo debe totalizarse - y en efectivo - antes de la desposesión del bien objeto de expropiación.

Aún así la doctrina y jurisprudencia aceptan que en situaciones de extrema urgencia - debidamente acreditadas - se tome posesión del bien (aunque sin transferir la propiedad del mismo), consignando la suma debida en forma provisoria, a cuenta del monto total adeudado

Quien originariamente puede expropiar es el Estado federal y cada provincia (y la ciudad autónoma de Buenos Aires) en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

Creemos nosotros que luego de operada la reforma constitucional de 1994, y debiendo las provincias consagrar la autonomía de sus municipios por así imponerlo el texto supremo, entendemos que ellos serán en lo sucesivo y con ésta habilitación, sujetos activos originarios de expropiación

Aún así, existe la denominada en doctrina "expropiación indirecta" que es aquella modalidad de la figura por la que existen algunos sujetos fuera del Estado, habilitados a expropiar por delegación de este último. Para que esta modalidad se torne viable, es necesario que exista una ley formal del cuerpo legislativo pertinente, que la admita en forma expresa y particularizada en cada caso concreto

La Ley 21.499 admite que los municipios (y según nuestro criterio, aquellos que no posean autonomía), entidades autárquicas del estado y Empresas de Estado sean sujetos activos de expropiación indirecta. También

permite que los particulares autorizados para ello por ley, sea objeto activo de expropiación

Nosotros estimamos que más allá de lo dispuesto por la ley al respecto, no es bueno que se admita la delegación - y menos a particulares - en tan grave materia, que se proyecta por lo general en modalidades de impacto institucional que invitan a ser cautelosos al momento de su regulación.

¿Cuáles son los bienes que pueden ser objeto de expropiación?

Según los términos de la ley y la constitución, todo aquello que puede ser calificado de "propiedad" (bien de índole patrimonial y valor económico) también puede ser expropiado.

A los fines pertinentes, expresa el art. 4° de la Ley 21.499 que son expropiables todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de una utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o privado, sean cosas o no. Pero teniendo en cuenta el muy amplio concepto de propiedad que ha elaborado nuestra jurisprudencia, y al que nos hemos referido antes, algunos bienes serán de imposible expropiación (por ejemplo, una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada).

Por eso, concluye Bidart Campos que hay contenidos de propiedad que no pueden ser objeto de expropiación (por ejemplo el dinero de curso legal en la república, toda vez que la indemnización previa por su valor también debe abonarse en dinero de la misma clase)

Respecto del procedimiento expropiatorio en sí, se constituye de dos etapas posibles:

- La primera, de "avenimiento" implica la generación de un acuerdo entre el expropiante y el expropiado y es extrajudicial. Su forma es la de un contrato administrativo innominado
- La segunda, es la vía judicial, a la que no necesariamente debe llegarse, si se arriba a una solución en la primera mencionada

Los motivos por los cuales el procedimiento de avenimiento puede devenir en causa judicial contencioso administrativa, son :

1. El expropiado discute o niega la existencia de causa de utilidad pública que motiva la expropiación
2. El expropiado, si bien acepta la causa de utilidad pública alegada, discute la medida o dimensión de la expropiación

### 3. El expropiado discute el monto de la expropiación

Una vez culminado el juicio, la sentencia tiene carácter de constitutiva respecto del derecho que nace en cabeza del estado en relación al bien expropiado

La llamada expropiación "inversa" o "irregular" es una modalidad de la anterior, por la cual es el expropiado quien demanda al expropiante para que consume la expropiación. Ella se torna procedente en los siguientes supuestos:

- Está vigente la ley declarativa de utilidad pública que afecta al bien en cuestión
- El expropiante no ha iniciado la acción de expropiación
- Aún así, exhibe conductas de desapoderamiento del bien (que no ha sido aún expropiado), como la ocupación, o la de impedir el uso y goce del mismo a su titular
- A raíz de esas conductas, el afectado padece de - al menos - cierta indisponibilidad del bien

Dadas estas circunstancias, la expropiación inversa tiene por objeto obligar al expropiante para que consume la expropiación y abone la indemnización debida al expropiado que ya - de hecho - se encuentra padeciendo los efectos de la expropiación, sin hacerse de la reparación patrimonial que por ella es debida

En cuanto a la retrocesión, esta es una figura que se genera cuando no existe la causa de utilidad pública que motivó la expropiación. Este instituto jurídico solamente puede ser actuado una vez consumada la expropiación y no antes, por lo que requiere para su procedencia que se haya transferido la propiedad y se haya abonado a su vez, el precio debido por ella.

Su objeto es peticionar la judicial retroversión o reintegro del bien expropiado al patrimonio de su titular, en razón de no haberse cumplido la causa de utilidad pública a que el mismo fue afectado, en un lapso determinado (la ley lo establece en dos años desde que se transfirió la propiedad por sentencia firme, desposesión y pago de la indemnización).

Ello puede suceder en dos supuestos:

1. Cuando una vez consumada la expropiación, el expropiante no destina el bien a la afectación para que fue declarada la utilidad pública

2. Lo destina a otro fin, que no fue invocado al momento de la afectación

Ocurrido alguno de los dos supuestos referidos, el juicio de retrocesión tiende a que se reintegre el bien a su propietario originario, aunque para ello el demandante- que es ahora el ciudadano expropiado - debe depositar la suma percibida al perfeccionarse la expropiación, y en su caso, el mayor valor del bien según las modificaciones que hubiera el mismo sufrido en manos del expropiante

Para el supuesto de abandonar el expropiante - una vez dictada la ley que califica al bien de que se trate de utilidad pública - las acciones tendientes a consumir la expropiación, por un lapso determinado, su potestad se extingue y ya no podrá expropiar en lo sucesivo. Por igual razón, el expropiado tampoco podrá intimarlo judicial o administrativamente para que siga adelante con las acciones de la expropiación.

La importancia del instituto es que despeja las incertidumbres en que podría caer el sujeto expropiado, si sabe que el bien en cuestión ya ha sido declarado de utilidad pública, y el estado no efectúa acto alguno tendiente a consumir la expropiación por un lapso indeterminado. Transcurrido el plazo de ley, y constatada la inacción de la autoridad autorizada a expropiar, ya sabe el ciudadano que no podrá continuarse con el procedimiento.

Esta figura opera sus efectos de pleno derecho, una vez transcurridos los plazos que la ley indica para ello (dos años para el caso de bienes individualmente determinados, cinco años en el supuesto de bienes comprendidos en una zona determinada, y diez años para bienes comprendidos en una enunciación genérica).

Aclaradas estas cuestiones, hemos de volver al contexto estrictamente constitucional, para advertir al lector que del mismo se siguen dos prohibiciones específicas y particularizadas en resguardo del derecho de propiedad, que ratifican la regla de que en nuestro derecho, en todos los casos en que un derecho de contenido patrimonial cede, o sufre desmedro en razón e un interés público, su titular *debe ser indemnizado por el Estado*.

Nos referimos a la veda de confiscación y de requisiciones por cuerpos armados.

La confiscación consiste en el apoderamiento de los bienes de un particular por el fisco, sin que se le otorgue por ello compensación ninguna.

La constitución enuncia que ella queda *borrada para siempre del Código Penal Argentino*. En su oportunidad, los convencionales de 1853 discutieron acerca de la posibilidad de agregar al término confiscación, el calificativo "general" para despejar la duda interpretativa respecto de que el artículo pudiese referirse también a los "comisos, multas y embargos" que son modalidades de confiscación particular, lícitas cuando se imponen como penas con arreglo a la ley. Esa duda fue disipada por Gorostiaga, quien aclaró que "cuando las confiscaciones son particulares tienen esos nombres especiales(...), entendiéndose por general, la confiscación siempre que no lleve esos calificativos".

Diremos nosotros entonces siguiendo aquí nuevamente las enseñanzas de Bidart Campos: privar de la propiedad sin indemnizar equivale a confiscar, y ello está terminantemente prohibido por la Constitución. Sin perjuicio de ello, disentimos con la apreciación del consagrado autor cuando afirma que estamos en presencia de un contenido pétreo explícito de nuestro sistema constitucional: ello, porque como ya hemos explicado antes, descreemos de la existencia de contenidos pétreos en el marco de nuestra normación constitucional.

En suma, el contexto del "para siempre" expresado en la declaración habida en el art. 17 de la Constitución debe contextuarse en el marco de la vigencia de esa cláusula, que entonces habrá de interpretarse de éste modo:

- La confiscación queda borrada para siempre del Código Penal Argentino (en tanto ésta disposición se encuentre vigente...)

Respecto de la confiscación, sólo nos resta recordar que nuestra historia constitucional, solamente ofreció un precedente jurisprudencial, que admitió la confiscación de la propiedad enemiga en tiempos de guerra.

El caso enfrentó al gobierno de la Nación con la empresa Merck Química Argentina S.A.<sup>8</sup>, en el filo de la Segunda Guerra Mundial, y en momentos en que nuestro país le había declarado (tardíamente) la guerra al "eje" después de haber mantenido una parcial y llamativa neutralidad a lo largo de prácticamente todo el conflicto armado.

Citando precedentes norteamericanos, nuestra Corte declaró allí (en voto dividido), aduciendo que el Estado de Guerra presupone necesariamente un grave e inminente peligro para la Nación, que:

---

8 CSJN Fallos 211:162

- el poder de declarar la guerra incluía el derecho de secuestrar y confiscar toda propiedad de un enemigo y disponer de ella libremente y a voluntad del captor, y que
- Todo derecho o garantía individual reconocidos por la Constitución a los extranjeros incluidos en la categoría de beligerantes activos o pasivos, cede tanto a la suprema autoridad de la Nación como a las estipulaciones concertadas con los países aliados a la República

Tal pronunciamiento constituyó un dislate pocas veces visto en la historia constitucional argentina, solamente superado por ciertos precedentes recientes a los que más adelante nos referiremos. Confundió el derecho de "presa" con la requisita de propiedad enemiga, y a empresas civiles con enemigos militares, y aún desde lo políticamente opinable, decidió que la Constitución es un instrumento cuya vigencia sólo rige en tiempos de paz, ya que en épocas de guerra prevalecen los instrumentos internacionales suscriptos con potencias extranjeras.

Bien dice al respecto Néstor Sagues que tal precedente constituyó un himno a la más desbordada visión de la doctrina del Estado de Necesidad, que cabe corregir con presteza. Salvamos en el precedente - de todos modos - el vigor de la disidencia del Juez Casares, que rescató la idea esencial de que el modo de confiscación propuesto por el estado no era admitido por el sistema constitucional.

Señalamos además que en el punto, tal caso fue único y aislado

Culmina el artículo 17 sosteniendo que ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

En términos llanos, "requisar" quiere decir apropiarse de la propiedad privada de una persona (muebles o inmuebles) por parte de fuerzas militares regulares para cubrir ciertas necesidades inmediatas contextuadas con el cumplimiento de sus labores (alimentación, transporte, vivienda, etc.).

Desde la óptica jurídica, se considera requisición a una modalidad de procedimiento administrativo unilateral por el que el Estado insta la cesión forzada de bienes muebles o inmuebles de propiedad de particulares, para satisfacer requerimientos urgentes de utilidad pública, tanto en tiempos de paz como de guerra, mediante el pago de la correspondiente indemnización

Definido ya que son los cuerpos militares los que no pueden pretender

requisiciones o auxilios de ninguna especie, cabe ahora evaluar cual es el ámbito temporal de esta prohibición ¿rige en tiempos de paz, en tiempos de guerra o en todo momento?

Gonzalez Calderón limita la vigencia de la cláusula a tiempos de paz, en tanto que Linares Quintana indicó - a su tiempo - que la cláusula opera en ambos períodos. Creemos nosotros aún que ni siquiera en tiempos de guerra podría admitirse esta figura si es llevada a cabo por los cuerpos militares.

De todo modos, nuestra jurisprudencia ha admitido modos de requisición en períodos de guerra con alegación de estado de necesidad, aunque condenó a las consumadas sin ley o sin indemnización, sentando la regla de que en caso de que la requisación deb ser excepcionalmente consumada, había de ser instaurada - en su caso - por ley formal, y con el añadido en todos los supuestos, de que la propiedad requisada debe pagarse

#### **19.6.-la propiedad autoral: Ley de propiedad intelectual. Propiedad industrial y comercial.**

Además de la tutela genérica e integral al derecho de propiedad, nuestro sistema constitucional brindó pionera tutela a la propiedad autoral, que es una modalidad específica del ejercicio del derecho de propiedad, con particulares matices que analizaremos a continuación, ello sin perjuicio de retomar ciertos aspectos de la cuestión al abordar el tratamiento del derecho a la preservación del patrimonio cultural, en el capítulo XXI:

La Constitución Nacional brinda tutela a todo autor o inventor (en expresión que en cierto modo se presenta redundante pues quien es inventor, es también autor de su descubrimiento) declarando que es autor exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley.

La norma (que extrañamente se aparta aquí de lo proyectado por Juan B. Alberdi), consagra aquí una modalidad de derecho de propiedad limitado en el tiempo, según lo disponga la leyes limitado en el tiempo, generando una modalidad de propiedad temporaria, que -a su modo- convive hoy con la del titular de bienes no autorales (en principio perpetua) y la que titularizan las poblaciones aborígenes argentinas (en principio, comunitaria).

¿Qué fundamentos se han dado en doctrina para justificar en este supuesto la limitación en el tiempo del derecho de propiedad privada?

- En principio, que las obras o inventos se generan en el contexto de un medio cultural del que abreva su creador, y por ello la obra no le pertenece enteramente
- En segundo término, se indicó que si el Estado, por razones de bien común requiriera de esas obras o inventos, no podría disponer de ellas en ningún momento si no accede a la condiciones que en tal caso podría imponer el autor o inventor.

En realidad, González Calderón pudo rebatir con firmeza ambos (endebles) fundamentos, aclarando respecto del primero, que cualquier propiedad resulta ser el fruto de la acción integradora de la sociedad, ya que ella como totalidad ayuda a que existan transacciones, organiza el trabajo, y permite que unos ganen, admitiendo también que otros pierdan.

Para responder al segundo sólo echo mano de la propia Constitución, que frente al eventual egoísmo de un inventor que no quiere dejar emplear su descubrimiento, el Estado bien puede utilizar el procedimiento de expropiación, ya que en el supuesto es de toda lógica hacer jugar la utilidad pública como fundamento para generar el despoderamiento del autor o inventor insolidario.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema corroborando la manda constitucional, ha admitido la temporalidad de este derecho, aceptando también que esta propiedad tampoco es absoluta y por ende, puede ser reglamentada por Ley formal

La doctrina divide por lo general a la propiedad autoral en : industrial y comercial, e intelectual. A continuación abordaremos los dos supuestos.

Propiedad intelectual: comprende la referida a obras científicas, artísticas, literarias o didácticas. Cabe expresar que si bien los derechos patrimoniales referidos a una obra de éste cariz, pueden ser cedidos, pero no su paternidad moral, por lo que en todo momento puede reivindicarla y oponerse a modificaciones en perjuicio de ése aspecto.

La propiedad intelectual comprende para su autor las siguientes facultades o atribuciones:

- |                    |                        |
|--------------------|------------------------|
| • Disponer de ella | • Exponerla en público |
| • Publicarla       | • Enajenarla           |
| • Ejecutarla       | • Traducirla           |
| • Representarla    | • Adaptarla            |

- Autorizar su traducción
- Reproducirla en cualquier

forma

Los derechos patrimoniales derivados de la autoría intelectual son prescriptibles, no así los morales destinados a amparar - como dijimos - la personalidad creadora, ya que estos últimos son inalienables e imprescriptibles

La Ley 11.723 de propiedad intelectual garantiza el derecho de por vida a su autor y a sus descendientes por 50 años más a partir del deceso del causante. Aún así, cualquier persona puede difundir con finalidad didáctica o científica, comentarios o críticas referidas a obras intelectuales, lo que incluye hasta 1000 palabras de obras literarias o científicas ú 8 compases en las de corte musical.

*Propiedad industrial y comercial:* Esta modalidad de propiedad vincula al autor con la actividad comercial e industrial, lo que implica que este modo de propiedad difiere sustancialmente de la intelectual. Se la concibe como el derecho del autor sobre inventos, descubrimientos, procedimientos, etc. Destinados a la fabricación de bienes y prestación de servicios. Está regulada en lo esencial por la siguiente legislación:

- Ley 22.362 (Marcas y Designaciones)
- Ley 111 y modificatorias (Patentes de invención)

La Ley 111 admite patentar aquellos descubrimientos o invenciones nuevas, también los nuevos productos industriales, los nuevos medios y las nuevas aplicaciones de medios conocidos para la obtención de un resultado o de un producto industrial.

En estos casos, la protección legal es otorgada por el plazo de 5, 10 o 15 años según el mérito del invento y la voluntad del solicitante. El sistema admite también la caducidad de las patentes por falta de uso

Respecto de las marcas de fábrica, comercio y agricultura, ellas han sido reguladas por la Ley 22.362, que otorga propiedad sobre las mismas durante un tiempo indefinido a condición de que se la renueve cada 10 años

#### **19.7.- Libertad de contratar: alcance. Orden público y emergencia (remisión). -**

Esta peculiar libertad, que con su desarrollo motoriza gran parte del andamiaje económico el sistema constitucional no se encuentra

expresamente reconocida en disposiciones expresas del texto constitucional respecto de los nacionales, pero se desprende sin mayor esfuerzo de lo dispuesto en los arts. 33, 14, 14 "bis", 17, 75 inc. 18,19, 22 y c. De la Constitución textual y los instrumentos internacionales de derechos humanos que ella jerarquiza.

Aún así, el hecho de que esta prerrogativa sea expresamente concedida a los extranjeros, se asienta - como dijimos ya - en la peculiar situación de que no todos los países del mundo reconocen al extranjero el derecho a contratar según las leyes del Estado.

Por el contrario, la gran vocación de inmigración de esta Nación, enfatizada desde su propio preámbulo, ha motivado el dictado del art. 20, con fundamento en razones de orden y progreso social, que nosotros compartimos, aún en estos tiempos de altas tradiciones segregacionistas y discriminatorias.

El desenvolvimiento de este derecho se manifiesta a partir de la reunión de voluntades encaminadas a un objeto determinado, lo que genera recíprocos derechos y obligaciones entre los intervinientes.

¿Cuáles son los contenidos de éste derecho?

- Decidir o no, la celebración de un contrato, y con qué persona o personas se lo ha de celebrar
- Decidir el contenido o materia de esas convenciones preservando la autonomía de la voluntad.

En general, las limitaciones habidas a este derecho se fundan en la necesidad de preservar los derechos de terceros y el bien común, pero toda ley que lo reglamente deberá guardar el debido respeto por lo dispuesto en el art. 28 del texto fundamental

De todas maneras, la regla de la autonomía de la voluntad puede ser seriamente limitada (y aún a veces, cercenada, como vimos), a partir de dos modalidades legislativas: nos referimos aquí a las leyes de orden público y al entramado que ha significado históricamente entre nosotros, la legislación de emergencia

Al abordar la problemática de la legislación de orden público, debemos sostener que es uno de aquellos conceptos sobre los que más conflictivas interpretaciones han habido en doctrina. Aún con la advertencia efectuada, se puede coincidir a su respecto, mínimamente, en que el mismo resulta ser abarcador de una serie de creencias comunes enderezadas a la consecución del bien común, y que son propias de cada contexto, o grupo social que las invoca.

Cierto es que la consagración y vigencia del orden público *no*

*compatibiliza* con la existencia plena y absoluta de la autonomía de la voluntad. Ello es así, pues cuando juega el primero, las partes contratantes no pueden disponer ya de la integralidad de su libertad para pactar las cuestiones que motivan sus diversos intereses. Son clásicas en éste sentido, las limitaciones a la regla de la autonomía de la voluntad contractual en pos de la vigencia del orden público cuando se regulan cuestiones, por ejemplo, de familia y sucesiones (derecho de los hijos a la herencia), o laborales (actuación de la regla de cláusula más beneficiosa para el trabajador).

Es claro entonces que este tipo de limitaciones se efectúan en resguardo del derecho de terceros y el respeto del bienestar general, aunque se debe guardar siempre el cumplimiento del límite infranqueable indicado por el art. 28 de la Constitución: reglamentar no es alterar...

Y es aquí donde las leyes de emergencia han marcado un camino que en realidad dista mucho de ser garantista, y ha quebrado en innumerables situaciones, la barrera de la reglamentación razonable que obliga a respetar la Constitución, y que la Corte Suprema de Justicia *hubiera debido* custodiar celosamente.

Sabemos que en circunstancias de emergencia, los poderes del estado se acrecientan ampliando las limitaciones a ciertos derechos, aunque en esos casos deben guardarse, como mínimo, las siguientes reglas:

- Que la regulación posea límite en el tiempo (aunque luego se prorrogue)
- Que el acto legislativo por la que se declare la emergencia, establezca con precisión las prerrogativas de los habitantes que ha de restringir más acentuadamente
- Que se intensifique la actuación y la efectividad del Poder Judicial.

Coincidimos con Miguel Padilla cuando insiste que en los últimos años se distorsionó la noción de emergencia, recurriéndose a ella en circunstancias que realmente no requerían de su utilización, con la solapada o muchas veces evidente intención por parte del Estado de suspender o restringir en exceso los derechos individuales, particularmente de índole patrimonial.

Esta somera descripción habrá de ser incardinada por el lector con el más profundo desarrollo que sobre el punto hemos efectuado en el Capítulo XIII, y sobre el que luego volveremos en el Capítulo XXVI, a los que remitimos.

Sólo agregaremos aquí a lo expuesto, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado cuales son las facultades en

materia económica que pueden ser esgrimidas en períodos de emergencia. Ellas son, resumidamente, las siguientes:

1. El ejercicio del poder público respecto de bienes y personas sólo puede extenderse al ámbito económico y social cuando su fundamento radica en la persecución del bienestar general
2. En momentos de emergencia económica y social es viable el ejercicio de los poderes del estado en un modo más intenso y enérgico que el admisible en tiempos de normalidad constitucional.
3. Es constitucional la legislación que suspende temporariamente los efectos de contratos y sentencias firmes en circunstancias de emergencia, siempre que no se altere su sustancia y a fin de proteger el interés público
4. Son constitucionales las normas que limitan temporariamente y por razones de necesidad la percepción de los beneficios de la propiedad o restringen su uso en razón de la regla de la relatividad de los derechos.
5. La garantía de la igualdad de la ley no se violenta cuando la limitación a la propiedad se efectúa sobre una determinada categoría de personas, en igualdad de circunstancias para todas ellas.

#### **19.8.- Libertad e comercio e industria: circulación territorial y económica. El peaje.-**

Nuestra Constitución Nacional enuncia expresamente el derecho de todos los habitantes a ejercer toda industria lícita. Observamos aquí que tanto el derecho a comerciar como el de ejercer industria se constituyeron en pilares de gran importancia para el desarrollo del esquema económico ideado por Alberdi e implementado por los constituyentes de 1853.

Aún así, cabe diferenciar la regulación de este derecho en tiempos anteriores a la reforma de 1994, y con posteridad a tal enmienda constitucional.

Desde el prisma constitucional fundacional, este derecho fue concebido como pasible de ser reglamentado por el Congreso de la Nación, y de hecho lo ha sido a lo largo de nuestra historia. Pero ello no implica que la calificación de lícita o ilícita respecto de una actividad industrial pueda obedecerse a un capricho de la autoridad pública, pues ella debe satisfacer cuanto menos una mínima dosis de razonabilidad. Y así lo ha sostenido en

innumerables supuestos la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema e Justicia<sup>9</sup>. De todas maneras, las circunstancias de "emergencia" también afectaron seriamente a este derecho en tanto que por extensos períodos de tiempo, impusieron fuertes regulaciones a la actividad industrial, que distorsionaron el concepto a que esa libertad remite.

La Ley 20.680 establece, por ejemplo, en su art. 2° inc. "D" que el Poder Ejecutivo, por sí o por medio de sus funcionarios u organismos que determine, podrá "obligar" a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios, como también a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación. Lógico es sostener que tal normativa no se compadece con normalidad institucional ninguna, ya que limita y restringe el derecho a ejercer - y a no ejercer - la industria lícita.

Creemos nosotros que la aplicación de tan centralizadora legislación sólo sería viable mediando la previa declaración de Estado de Sitio.

A fin de concretar una breve reseña, indicaremos las regulaciones constitucionales básicas relativas a este derecho, con anterioridad a la reforma de 1994

- Competencia del Poder Legislativo federal para:
  - Reglar el comercio marítimo y terrestre (hoy también el aéreo) con otros estados y de las provincias entre sí (internacional e interprovincial)
  - Dictar el Código de Comercio, con validez para todo el país
  - Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores y habilitación de puertos, según sea conveniente
  - Promover la industria en forma concurrente con las provincias
  - Ejercer, al igual que las provincias, y en la medida de sus competencias, el poder impositivo y el poder de policía que le ha acordado la Constitución

La reforma constitucional de 1994, vino a agregar componentes solidarios a esta relación del comercio e industria, generando marcos protectores para los usuarios y consumidores (en sus intereses económicos), y al medio ambiente trazando importantes mandatos hacia los poderes públicos en tal sentido y rápidos procesos constitucionales a favor de los habitantes que ven lesionados sus derechos en forma actual e inminente (arts. 41, 42 y 43 C.N.).

Respecto el Congreso, también posee nuevos mandatos solidarios en este sentido, que sagazmente rescata Bidart Campos, tales como:

---

<sup>9</sup> CSJN Fallos 304:1529; 308:857; 31:254 entre muchos otros

- Proveer al:
  - Desarrollo humano
  - Al progreso económico con justicia social
  - A la productividad de la economía nacional
  - A la generación de empleo
  - Al crecimiento armónico de todo el territorio
  - Promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones
  - Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos
  - Mandatos de equilibrio y armonización al regular la coparticipación federal

La libre circulación ha sido sujeta - y lo es hoy en día - a restricciones económicas, que nos llevan a tratar la cuestión del peaje, atento las muy serias discusiones a que ha dado lugar, particularmente en los tiempos que corren.

Ellas se derivan de las variadas respuestas que admite la siguiente pregunta:

¿cómo es posible que si la Constitución nos garantiza el libre tránsito y circulación por el territorio de la República, y la libre navegabilidad de los ríos interiores, haya que abonar - en determinadas ocasiones - ciertas sumas de dinero por efectuar esa circulación y ese tránsito?

Rodolfo Spisso califica al peaje como una contribución a la que se recurre en muchos países, para sufragar los costos de construcción y mantenimiento de obras públicas (camino, puentes, autopistas, viaductos, etc), y esta cuestión debe ser analizada principalmente, a la luz de lo dispuesto por los artículos 10 a 12 de la Constitución Nacional

Puede sostenerse que la obligación de pagar peaje sea compatible con los preceptos constitucionales, siempre y cuando:

1. La contribución requerida sea razonable y proporcionada en el tiempo a la amortización del costo de la obra (más allá de los costos de mantenimiento)
2. Tanto los costos que se deben cubrir con la obra, como el destino que se asigna a la recaudación no deben asumir la naturaleza de impuesto o renta del Estado
3. La autoridad de aplicación del sistema (El Estado o los eventuales concesionarios) deben ajustarse a las normas administrativas

regulatorias pertinentes

4. El régimen de peaje debe diferenciarse de las contribuciones al mayor valor, aplicables a los propietarios de bienes beneficiados por la obra
5. No es necesario que exista vía alternativa a la obra sujeta al régimen de peaje

Existió una divergencia doctrinaria respecto de si el cobro de peaje era constitucional cuando no existía una vía alternativa de tránsito. La corte inicialmente decidió que la constitucionalidad del cobro de tal tasa se condicionaba a la existencia de tal vía paralela<sup>10</sup>. Ulteriormente varió su criterio, declarando que era constitucional su cobro, aún sin la existencia de tal vía alternativa<sup>11</sup>

Nosotros creemos que esencialmente el derecho de peaje será inconstitucional cuando no se destine exclusivamente a costear la construcción o mantenimiento de la obra por el que se lo cobra. Ello pues su constitucionalidad se deriva del hecho que el contribuyente en realidad está pagando con el peaje (cuando su costo no es abusivo o arbitrariamente determinado) un precio razonable por la construcción de una nueva obra y su mantenimiento, con los que se beneficia al transitar por ella

También nuestra jurisprudencia, ha tachado de inconstitucionales a ciertas imposiciones Estatales, como el pago de diferencias cambiarias a quienes ya habían adquirido pasajes para viajar al exterior, por considerar que implicaban un impuesto al tránsito de las personas<sup>12</sup>. Sin perjuicio de ello, los pasajes aéreos tributan actualmente un 5% con destino a la Dirección nacional de Turismo, lo que aparece como inconstitucional.

Asimismo, se habló en alguna ocasión, de cobrar el denominado "impuesto de salida" que sería requerido para poder viajar al exterior. Sin perjuicio de que la idea no prosperó, se instala en forma recurrente en la opinión pública. También la creemos inconstitucional.

### **19.9.- Preguntas, notas y concordancias.-**

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre

10 CSJN Fallos 312:1106

11 CSJN Estado nacional c/Arenera del Libertador" LL. 1991-D-399

12 CSJN Fallos 294:152

alumnos y profesores.

1. **¿Considera Ud. Que la reforma constitucional de 1994 proveyó un nuevo modelo de Constitución económica?**
2. **¿Cree Ud. que fue acertada la interpretación jurisprudencial del concepto constitucional de propiedad?**
3. **¿Cree Ud. adecuada la teoría de la limitación al derecho de propiedad por considerarlo "función social"? Fundamente su respuesta**
4. **Considera acertada la diferencia que la Constitución hace entre el derecho de propiedad privada y la propiedad autoral? Explique su postura**
5. **La veda de la confiscación ¿Es para Ud. un contenido pétreo de la Constitución? Fundamente su respuesta.**
6. **¿Cree Ud. que es constitucional el cobro de peaje? Fundamente su respuesta.**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Ariño Ortíz, Gaspar: Principios constitucionales de la libertad de empresa. Edit. IDELCO, Madrid, 1995
2. Dickinson, H.T. : Libertad e igualdad. Edit. EUDEBA, 1981
3. García Belsunce, Horacio: Garantías constitucionales. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984
4. Gil Domínguez, Andrés: En busca de una interpretación constitucional. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997 (En particular, Capítulo IX)
5. Gil Domínguez, Andrés: La constitución socio-económica. En AAVV "Economía, Constitución y Derechos Sociales. Edit. EDIAR, 1997, pag.241 y ss.
6. Maiorano, Jorge Luis: La expropiación. Edit. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.
7. Sandler, Héctor: Alquileres e inflación. Edit. Jus, México, 1977
8. Spisso, Rodolfo: Derecho Constitucional Tributario. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1997

Respecto de las concordancias de éste capítulo, hemos decidido vincular

las regulaciones habidas en los instrumentos internacionales jerarquizados, referidas al derecho de propiedad y a la libertad ambulatoria

### EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.

Son cinco los instrumentos con jerarquía constitucional que traen normas protectoras del derecho de propiedad. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 23), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, d- v) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16.1, h). Lo interesante de su estudio en conjunto, se da en el hecho de que cada uno de ellos regula distintos aspectos referidos a la propiedad, los que, sumándolos, nos brindarán una idea acabada de las características de la protección de la propiedad en el derecho internacional jerarquizado constitucionalmente.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, nos dice que toda persona tiene derecho a la propiedad privada, pero ésta debe ser "*correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*". Aquí el derecho a la propiedad privada se entrecruza con el derecho a la dignidad de la persona y de su familia.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* también declara el derecho que tiene toda persona a la propiedad, aclarando que se lo garantiza "*individual y colectivamente*". A su vez establece que nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* apunta a la función social de la propiedad - también lo hace nuestra Constitución Nacional en su artículo 17 -, cuando, luego de garantizar el derecho de toda persona al uso y goce de su propiedad, establece que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés de la sociedad. Al igual que la *Declaración Universal*, establece que nadie puede ser privado de sus bienes, pero establece una excepción: "*el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley*". Por último, establece que "*tanto la usura como*

*cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.*

Tanto la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, como la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, tienen previstas en sus regulaciones que los Estados se comprometen: en el primer caso, a prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial en *“el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros”*, y en el segundo a asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres *“los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad”*.

Resumiendo, el derecho de los tratados internacionales con jerarquía constitucional declara que todos tienen el derecho a la propiedad privada :

- en forma individual y colectiva,
- correspondiente a una vida decorosa, a la dignidad de la persona y del hogar,
- subordinado al interés social,
- del cual nadie podrá ser privado arbitrariamente,
- salvo indemnización justa, utilidad pública o interés social, y según los casos y formas previstos en la ley,
- y en base al principio de igualdad en el goce del derecho.

### **EL DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.**

**(La regulación transnacional de la libertad ambulatoria)**

La libertad de circular cuenta con regulaciones en diversos instrumentos internacionales. Ellos declaran todos o alguno de los siguientes derechos :

- a transitar libremente en el territorio de un Estado,
- a salir y a regresar del país,
- a fijar residencia en el territorio de un Estado.

Los instrumentos a los que aludimos son: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (art. 8), en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 13), en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 22), en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 12), en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5), en la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (art. 15.4), y en la *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 10).

Restricciones a la libertad de circulación : Se prevén en la *Convención sobre Derechos Humanos*, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y tienen las siguientes características:

•El derecho a circular y permanecer en el país está sujeto a las disposiciones legales, y sólo puede ser restringido por una ley,

• Las restricciones sólo se pueden tener como fundamento:

1. la prevención de infracciones penales,
2. la protección de la seguridad

nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas,  
3. los derechos y las libertades de los demás.

- El ejercicio del derecho puede ser restringido en zonas determinadas, por razones de interés público

La igualdad en el derecho a circular : La encontramos regulada en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, que según lo estipulado en su artículo 5, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en el

goce del derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Asimismo, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, en su artículo 15.4 establece que "los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio".

#### 19.10. Autoevaluación.

**1. Defina y especifique los principales caracteres de la constitución económica del sistema constitucional argentino:**

.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 .....

**2. Defina y caracterice el concepto constitucional de propiedad:**

.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 .....

**3. ¿Qué entiende Ud. por inviolabilidad de la propiedad privada, y cuáles son las excepciones al concepto?**

.....  
 .....  
 .....  
 .....  
 .....

**4. Defina a la expropiación y explique sus caracteres esenciales, según la Constitución:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**5. ¿Qué entiende Ud. por libertad de contratar? desarrolle la respuesta:**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....