

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

EDICIÓN ESPECIAL: Doctorado en Ciencias Juridicas

Convenio Universidad de Morón - Fundación Cijuso

Régimen Jurídico Especial de la Inversión Extranjera Directa

Por Eloísa B. Raya de Vera

La accesibilidad como derecho

Por Gustavo M. Russo

Resarcimiento del daño ambiental como ultima ratio

Por Clarisa Baldoni

Las medidas autosatisfactivas: Corolario de los procesos urgentes Por Francisco L. Cosso

Conflictos normativos en torno a la protección de la vivienda del deudor
Por Jorge Oscar Rossi





Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales WWW.cijuso.org.ar









REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

EDICIÓN ESPECIAL: Doctorado en Ciencias Juridicas

Convenio Universidad de Morón - Fundación Cijuso

En el año 2014, por primera vez en la historia de la Colegiación de la Provincia de Buenos Aires, la Fundación CIJUSO y la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón comenzaron el dictado del DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS, acreditado por la CONEAU.

El éxito de esta experiencia nos motivó a repetirla hasta la actualidad, con sucesivas cohortes.

En esta ocasión, queremos compartir algunos de los trabajos presentados por los doctorandos.





Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales www.cijuso.org.ar





Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

Diseño de tapa: María Fernanda Garzón Zambrano

www.cijuso.org.ar

Año II - № 9 – Marzo de 2018

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes,

investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados

de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de

crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a

rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son

responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría,

no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

Edición Especial DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS – (UNIVERSIDAD DE MORÓN)

(Acreditado por CONEAU – Acta N° 292/09 – Resol. Ministerio de Educación 108/2010)

Director de la Carrera: Dr. Carlos Ernst

Coordinador Académico: Dr. Justino Bertotto

Claustro docente: Dra. Silvina Pezzetta / Dr. Martín Aldao / Dra. Natalia Barbero / Dr. Ezequiel Abásolo / Dr. Mario Vivas / Dra. Mercedes Ales / Dr. Marcelo Di Grillo / Dr. Juan Pablo Montiel /

Dr. Silvio Batello Calderón / Dr. Jorge Oscar Rossi

4

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

Secretario: Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

Tesorero: Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

Prosecretario: Dr. Fabián Gerardo PORTILLO (Mar del Plata)

Protesorero: Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Vocales: Dr. Bienvenido RODRIGUEZ BASALO (Quilmes)

Dr. Rafael GENTILI (Bahía Blanca)

Director Académico

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

Director de Capacitación y Publicaciones

Dr. Jorge Oscar ROSSI

Secretario de Investigación

Dr. Justino Mario BERTOTTO



El R	légimen	Jurídico	Especial	de la	Inversión	Extranjera	Directa:	Łun	nuevo	ámbito	de
frag	mentaci	ón del d	erecho in	terna	cional?						

Por Eloísa B. Raya de Vera
Pág. 7

La accesibilidad como derecho. Una mirada para ahondar en la integración de las personas

Por Gustavo M. Russo Pág. 20

Resarcimiento del daño ambiental como ultima ratio

Por Clarisa Baldoni

Pág. 31

Las medidas autosatisfactivas: Corolario de los procesos urgentes

Por Francisco L. Cosso

Pág. 43

Conflictos normativos en torno a la protección de la vivienda del deudor

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 52

El Régimen Jurídico Especial de la Inversión Extranjera Directa: ¿un nuevo ámbito de fragmentación del derecho internacional?

Por Eloísa B. Raya de Vera¹

Resumen: A fines de la década del 80 comenzó a surgir un régimen jurídico especial sobre inversiones extranjeras (materializado en la suscripción de Tratados regionales y bilaterales) que se caracterizó por contener normas primarias y secundarias especiales -que aún continúa vigente en gran parte del mundo-. Ese particularismo llevó a parte de la doctrina a preguntarse si el derecho internacional se estaba fragmentando. El presente trabajo intentará verificar esa premisa a partir del análisis de las normas conflictuales de los tratados y de la interpretación que efectúan de ellas los árbitros, a fin de llegar a la conclusión si el régimen jurídico especial de las inversiones extranjeras posee normas secundarias de adjudicación disociadas del derecho internacional general.

Palabras claves: INVERSIONES, TRATADOS, INTERNACIONAL, INTERPRETACION, FRAGMENTACION

I.- Introducción

La regulación de las inversiones adquirió un nuevo ámbito de desarrollo a fines de la década del 80, cuando comenzaron a suscribirse en gran escala Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados regionales que también incluían un capítulo sobre inversiones².

Al auge de los TBIs se incorporaron primero los países africanos (a instancias de Europa), luego los países de Europa del Centro y del Este y el Sudeste Asiático³. Recién en la década del 90 la mayoría de los países latinoamericanos hicieron suya la ola de los TBIs.

En principio, existieron dos modelos de TBIs: el modelo europeo –un tanto más moderado- y el modelo patrocinado por los Estados Unidos –menos moderado en sus disposiciones-⁴. Sin embargo, gran parte de los TBIs contenían la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) que permitió extender el régimen del TBI americano a inversores europeos, por lo que de facto se produjo una cierta multilateralización del sistema⁵.

Si analizamos el fenómeno en Latinoamérica, podemos observar que Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela fueron, durante la década del 90 quienes mayor cantidad de

¹ Abogada (UM), Magister en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO-UDESA), Magister en Relaciones Económicas Internacionales (Universidad de Barcelona), Diplomada en Promoción y Protección de Derechos Humanos (Universidad de Zaragoza), Diplomada en Derecho de la Integración (Universidad de Alcalá de Henares), Diplomada en Sistemas de Protección de Derechos Humanos (Universidad de Perugia), Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y de la Integración (UM). Doctoranda UM.

² Es el caso del TLCAN (capítulo 11) y del ASEAN (Acuerdo Marco sobre el área de inversiones). Posteriormente el Mercosur (Protocolo de Colonia y de Buenos Aires que no han llegado a entrar en vigor)

³ RAYA DE VERA Eloísa, *Régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, los tratados bilaterales de inversión, los acuerdos regionales, sus principales cláusulas, el CIADI y sus laudos, Editorial Académica Española, 2015

⁴ CITARA Rubén Miguel, El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada, La Ley 2004-A, 1401.

⁵ RAYA DE VERA Eloísa, op. cit. 3

tales acuerdos celebraron⁶ (los que se encuentran vigentes en la mayor parte de los casos).

La tendencia a suscribir TBIs fue aumentando a inicios del siglo XXI. Así lo afirma la UNCTAD⁷ al expresar que "durante los últimos años, por término medio, cada semana se concluyeron más de tres tratados de inversión". Mientras que durante la década del 90 el universo de acuerdos sobre inversión alcanzaba los 3.400, a finales del 2007 llegaron a los 5.500^{8} .

Esa tendencia comenzó a decrecer en 2010, con excepción de los acuerdos regionales de inversión⁹.

Estos acuerdos han generado un sistema jurídico "especial" caracterizado por su atomización, complejidad y diversidad, aunque no cerrado.

Se ha caracterizado como "especial", ya que introduce institutos particulares que favorecen la IED como el trato justo y equitativo, la no discriminación, la protección y seguridad plenas, la indemnización justa, pronta y efectiva, la expropiación indirecta, la cláusula paraguas, la posibilidad de que un particular pueda demandar a un Estado ante un tribunal arbitral internacional, entre otras disposiciones.

Se lo define como un sistema "complejo y diverso", ya que está formado por miles de acuerdos individuales que carecen de coordinación y que posee múltiples capas (nivel bilateral, subregional, regional, interregional, sectorial, plurilateral y multilateral) que pueden superponerse¹⁰.

En efecto, la firma indiscriminada de acuerdos sobre inversión durante la década del 90, generó el fenómeno que el Profesor Jagdish Bhagwati llamó "spaghetti bowl", evocando una maraña de reglas preferenciales entrecruzadas¹¹.

Asimismo, junto con el conglomerado normativo de los TBIs, creció el sistema arbitral en materia de inversiones. El Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias sobre Inversiones (CIADI) se convirtió en el eje de las controversias comerciales que se suscitaron durante la primera década del siglo XXI.

A pesar de la oleada de TBIs, el índice de conflictividad en materia de inversiones no disminuyó -como se pensaba al crearse un blindaje jurídico para el inversor extranjero-. El CIADI recibió numerosas demandas al comenzar el siglo XXI¹². Dichos pleitos ocasionaron un sinnúmero de laudos arbitrales en los que se efectuaron interpretaciones -muchas de ellas

¹⁰ UNCTAD, op. cit. 7.

⁶ BURDMAN Julio, La protección a las inversiones extranjeras en Argentina (1989-2005): una mirada político-económica, en AA.VV., Políticas Liberales exitosas: soluciones pensando en la gente, compilador Lazzari Diego, Fundación Atlas, Buenos Aires, 2005.

⁷ UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2016

⁸ En estas cifras se incluyen no sólo los acuerdos bilaterales, sino también la regulación de la inversión extranjera directa en el ámbito regional, en acuerdos de libre comercio u otros tratados de cooperación económica.

⁹ UNCTAD, op. cit. 7

¹¹ PEÑA Félix, ¿Cuál es el verdadero problema del spaghetti bowl? Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema global debilitado, publicado en www.felixpena.com.ar, 2007.

¹² La Argentina recibió a la fecha 50 demandas (fuente http://icsid.worldbank.org/). La tendencia es creciente, por ejemplo, durante el 2015 se promovieron 70 litigios, totalizando hasta el día de hoy 696 casos pendientes de resolución.

contradictorias- sobre varias de las cláusulas de los TBIs.

El conglomerado normativo de TBIs, más los laudos arbitrales que se generaron como consecuencia de la elevada conflictividad en materia de inversiones -que implicó a los Países en Vías de Desarrollo (caso argentino o venezolano por ejemplo)- y que incluyeron una interpretación "llamativa" y particular, llevó a sostener que se había creado **un sistema jurídico especial**¹³ frente a principios más generales regulados por el derecho internacional consuetudinario.

La doctrina comenzó a interrogarse si la especialidad introducida por los modernos acuerdos de inversión y la particular interpretación que se hacía de ellos provocó que el derecho internacional perdiera coherencia y comenzara a fragmentarse¹⁴.

II.- Algunos comentarios sobre la fragmentación

La imputación de fragmentación no es nueva en el derecho internacional¹⁵. El surgimiento de diversos regímenes especiales como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional económico o el derecho regional han puesto en crisis la noción de "unidad del derecho internacional".

Puede sostenerse que la fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del Derecho Internacional general van adquiriendo un perfil propio. 16

La fragmentación podría probarse de dos modos: a) cuando las normas de conflicto de los tratados especiales se auto referencian (remiten exclusivamente a la aplicación de los tratados especiales y no permiten la aplicación del derecho internacional general), y b) cuando la interpretación que se hace de las normas especiales excluye la aplicación de las normas generales (interpretación excluyente).

Son dos supuestos distintos –uno basado en disposiciones normativas y otro sostenido por el decir de los jueces o árbitros- pero ambos separada o conjuntamente pueden llevar a la fragmentación.

HART en su obra *The Concept of Law* 17 ya observaba que un sistema u ordenamiento jurídico es un conjunto complejo de normas primarias y secundarias relacionadas entre sí.

El derecho internacional posee normas primarias y normas secundarias. Lejos quedó la tesis de HART de que el derecho internacional carecía de normas secundarias de adjudicación ya que no poseía tribunales con jurisdicción compulsiva y sanciones centralmente organizadas¹⁸.

¹³ UNCTAD, Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2008.

¹⁴ SALINAS ALCEGA S., *El Derecho Internacional y algunos contrastes en el cambio de milenio*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2001.

¹⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre su 52 período de sesiones, 2000, Doc. A/55/10, anexo.

¹⁶ PAGLIARI Arturo Santiago, *Fragmentación del Derecho Internacional, Aplicación y efectos,* XXXVI Curso de Derecho Internacional, 2009, Universidad Nacional de Córdoba, Publicación Digital, pág. 145 y subs.

¹⁷ HART H., *El concepto de Derecho*, Oxford, 1961, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 117.

¹⁸ HART H., ob cit. 17

Ciertamente, como lo observa acertadamente el Profesor ABI-SAAB¹⁹, el error de HART fue utilizar las pautas de referencia del derecho local para analizar el derecho internacional, con características propias.

Está más que claro que el derecho internacional posee un rico sistema de normas secundarias como las "normas de cambio" existentes en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados o "normas de adjudicación" entre las que se destacan las relativas a la responsabilidad internacional²⁰.

Luego de la Segunda Posguerra Mundial comenzaron a nacer regímenes especiales (como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho del comercio internacional) que tenían previsto normas secundarias de adjudicación especiales²¹. Ello dio lugar a que ciertos autores se refirieran a la creación de subsistemas normativos o sistemas jurídicos especiales²².

Si analizamos el caso especial que aquí nos convoca, puede sostenerse tentativamente que el régimen jurídico de las inversiones extranjeras²³ está dotado de normas primarias y secundarias especiales.

Las normas primarias especiales se encuentran contenidas en los TBIs y se encuentran desarrolladas en aquellas cláusulas que amplían al derecho internacional general como la disposición que le otorga al inversor un mejor trato que al inversor local o la que desarrolla la noción de expropiación indirecta o inversa, entre otras.

Asimismo, son normas secundarias del régimen jurídico de inversiones aquellas que, por ejemplo, instituyen mecanismos destinados a obtener el cumplimiento de los acuerdos de inversiones, como un esquema especial y singular de solución de controversias.

Ese ámbito especial y singular en materia de solución de diferencias se materializa en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁴ -aunque también se instituyeron otros mecanismos complementarios²⁵-.

Sin embargo, esto no es suficiente para afirmar que se trata de un régimen autónomo o *self-contained regime*²⁶.

En efecto, la autonomía de un sistema jurídico especial se obtiene cuando sus reglas

¹⁹ ABI-SAAB Georges, *Cours général de droit international public*, RCADI, vol. 207, 1987-VII, págs. 9-464 DUPUY P., *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public* (2000), RCADI, vol. 297, 2002, Págs. 9-940

²¹ Las normas secundarias de adjudicación son aquellas cuyo objetivo es determinar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas primarias.

²² Es el caso de autores como MARIÑO MENÉNDEZ F., Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derechointernacional, CEBDI, vol. 3, 1999, págs.. 315-361; FERNÁNDEZ LIESA C., Sobre la unidad del derecho internacional en MARIÑO MENÉNDEZ F.; ZAPATERO Miguel, Sistemas jurídicos especiales, REDI, vol. 62, 2005, págs.. 187-207

²³ Nos referimos al conglomerado de acuerdos bilaterales y regionales de inversión.

²⁴ El CIADI es una institución con personería internacional, creada por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, con la finalidad de proporcionar servicios para la conciliación y el arbitraje en materia de inversiones extranjeras.

²⁵ El arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) o de cualquier otra institución arbitral según lo determinaren las partes.

²⁶ Expresión empleada por RIPHAGEN Willem (Relator en el caso "United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980), citado por FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *op. cit. 4.*

secundarias se oponen o excluyen a las normas secundarias del derecho internacional general. De ese modo, el régimen especial se autosustenta y se retroalimenta sin establecer lazos con el tronco común.

Verificar la premisa si el régimen jurídico de las inversiones conforma un sistema autónomo supone analizar si sus normas secundarias especiales se bastan a sí mismas, configurando un "circuito jurídico cerrado"²⁷.

Siguiendo a Fernández Pons²⁸, la autonomía de un régimen jurídico internacional material se lograría si contuviera normas secundarias especiales que excluyan el operar de normas de segundo grado del Derecho Internacional general, ya sea a través de la existencia de normas de conflicto que no remitan al tronco común o ya sea por medio de la utilización de una interpretación excluyente.

Para determinar si el conjunto de normas secundarias especiales producto de los acuerdos de inversión y que establecen un sistema de solución de controversias particular, no se encuentran ancladas en el sistema general de fuentes (lo que confirmaría su autonomía), se analizará cuáles son las reglas de interpretación y los principios de derecho aplicable a las controversias sobre inversión como producto de esos acuerdos, por un lado y de qué modo los tribunales arbitrales aplican esas reglas, a través del análisis de los laudos arbitrales que se emitieron en el ámbito del CIADI, por el otro.

Si los órganos arbitrales de solución de controversias en materia de inversiones se remiten al sistema general de fuentes para interpretar los acuerdos, al igual que los TBIs a través de sus normas conflictuales, el régimen jurídico internacional de las inversiones no debería concebirse como un "circuito jurídico completamente cerrado²⁹".

III.- Las normas de conflicto de los TBIs

Como viene de sostenerse anteriormente, uno de los indicadores de la existencia de fragmentación y de nacimiento de un sistema autónomo dentro del derecho internacional es que los tratados relativos a inversiones contengan normas conflictuales que no permitan dirigirse al derecho internacional general.

Se llama norma de conflicto o también llamada norma indirecta a aquella que no regula en sí misma la relación jurídica que constituye su objeto, sino que indica, a través de un punto de conexión, cuál es el derecho material aplicable a la misma³⁰.

Veamos las soluciones otorgadas por las normas de conflicto contenidas en diversos tratados aplicables al régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras:

<u>A)</u> <u>Derecho aplicable según el Convenio de Washington de 1965:</u> este tratado ha sido elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y

.

²⁷ FERNÁNDEZ PONS Xavier, La OMC y el Derecho Internacional, Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

²⁸ FERNÁNDEZ PONS Xavier, op. cit. 27.

²⁹ FERNÁNDEZ PONS Xavier, op. cit. 27.

³⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, págs.. 186 y subs.

Fomento con la finalidad de crear medios institucionales en la órbita del Banco para el arreglo de diferencias relativas a inversiones mediante conciliación y arbitraje³¹.

El medio institucional por excelencia establecido fue el CIADI, el que funciona como una institución internacional autónoma con plena personalidad jurídica³².

El Convenio de Washington (CW) establece en el art. 42.1 que "el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables...".

Del análisis de este párrafo, se desprende que la primera regla consagrada en dicho texto es la autonomía de la voluntad de las partes. La materialización de esta regla es un resultado lógico en el ámbito del comercio internacional, ya que la misma permite la realización de los intereses materiales de las partes³³.

En cuanto a la expresión "normas de derecho" incluida en el art. 42.1, la misma alude a que la elección pueda recaer sobre las diversas fuentes del derecho —no reservándose la elección sólo a la ley-, incluyendo al derecho internacional y a sus normas secundarias generales y especiales.

Asimismo, la elección de las partes podría recaer en derecho no estatal 34 como la *lex mercatoria* 35 .

Hasta aquí, podría sostenerse que el CW, en su primera regla de derecho aplicable a las controversias sobre inversiones, admitiría recurrir a diversas fuentes, incluyendo al derecho internacional general y especial.

En su segunda regla, el art. 42.1 establece que de no existir acuerdo real sobre el derecho aplicable³⁶, el Tribunal arbitral aplicará a la controversia el derecho del Estado

³¹ VERBIC Francisco, *El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales*, JA 2008-IV, fascículo nro. 2, Buenos Aires.

³² BOTTINI Gabriel, *El cumplimiento de los laudos del CIADI y el Derecho Internacional*, La Ley, Suplemento del 1 y 3/11/05.

³³ MAYER, Pierre et HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 8eme Edition, Montchrestien, , Paris, 2004.

³⁴ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derecho Comercial Internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, Mayo de 2008.

³⁵ La *lex mercatoria* estaría regida por principios generales del derecho. Estos principios serían los comprendidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (confirmación GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, APD, 1964, p. 177).

Asimismo estaría conformada por los principios UNIDROIT sobre Derecho Comercial Internacional y los usos del comercio internacional para complementar los anteriores (confirmación FOUCHARD, Philippe, *Les usages, l'arbitre et le juge,* en Goldman B., Le droit des rélationes économiques internacionales, 1982). Si bien los principios UNIDROIT sólo se aplican a los contratos comerciales internacionales (confirmación FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Obligaciones contractuales: aspectos generales*, en Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 949), esta calificación no parece circunscribirse únicamente a los contratos que versen sobre el comercio de mercaderías, sino que podría aplicarse a cualquier tipo de intercambio, incluyendo a los contratos sobre inversión extranjera directa.

³⁶ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573 expresa que parecería razonable sostener que el art. 42 del CW permitiría valerse de la voluntad presunta

receptor de la inversión, incluyendo sus normas indirectas de fuente convencional e interna. La terminología "derecho del Estado receptor de la inversión" también es amplia.

Alude a las diversas fuentes locales, incluyendo a los tratados que hubiere ratificado el Estado en el ámbito multilateral, regional o bilateral, al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho internacional.

En su última regla, el art. 42 del CW finaliza expresando que en forma complementaria se aplicarán *aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*.

Este último párrafo permite efectuar ciertas aclaraciones. En primer lugar, las normas de derecho internacional que resultaran aplicables no actuarían de modo subsidiario o alternativo a las fuentes mencionadas precedentemente, sino que lo harían de modo complementario³⁷. En efecto, el derecho internacional tendría un efecto correctivo y suplementario, frente a posibles lagunas del derecho interno o como límite a la aplicación del derecho local contrario a normas de *jus cogens*³⁸.

De todos modos, es dable recordar que el derecho internacional ya resulta aplicable según la primera y segunda regla del art. 42.1 del CW, de modo principal y tal como lo expresáramos *ut supra*.

En segundo lugar, la expresión "normas de derecho internacional" incluye a todas las fuentes del derecho internacional –según el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁹- e incluso a otras fuentes no enumeradas como las Resoluciones de Naciones Unidas⁴⁰, la *lex mercatoria*⁴¹ y el derecho internacional del desarrollo⁴².

En suma, el CW admite en cualquiera de las variantes consagradas en el art. 42, recurrir al derecho internacional –de modo principal o complementario- para dirimir controversias sobre inversiones extranjeras.

de las partes o del centro de gravedad de la relación jurídica, como acuerdo hipotético sobre el derecho aplicable.

³⁷ FONTOURA COSTA, José Augusto, *Direito Internacional do Investimento estrangeiro*, Jurua Editora, Curitiba, 2010.

³⁸ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573

³⁹ Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 39"

GRANATO, Leonardo en *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Edumed, Buenos Aires, 2006 incluye a las Resoluciones de la ONU, sin embargo cabe aclarar que tanto las Resoluciones de la Asamblea General como del ECOSOC no son vinculantes por sí mismas.

⁴¹ La inclusión de la *lex mercatoria* como norma de derecho internacional es muy discutible pues no es derecho interestatal ni se crea por las fuentes típicas del ordenamiento jurídico internacional sino que surge esencialmente de la práctica contractual entre particulares. Sólo podría ser tenida en cuenta dentro de la categoría de principios generales del derecho internacional.

⁴² REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2007.

Aún suponiendo que las partes elijan –atendiendo a la primera regla del art. 42- como aplicable algún TBI, con ello no puede sostenerse la autonomía del régimen de inversiones, ya que la tercera regla del art. 42 autoriza al tribunal arbitral dirimente a recurrir de modo complementario al derecho internacional general para aclarar o interpretar al derecho internacional especial que resultara aplicable 43 como así también a las otras fuentes del derecho internacional.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, el CW como acuerdo internacional perteneciente al régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras y que determina el derecho aplicable que deberá considerar el tribunal arbitral para solucionar una diferencia, no excluye la aplicación de otras fuentes del derecho internacional.

Por lo tanto, el sistema se nutre del tronco común y no conformaría un compartimento estanco.

<u>B)</u> <u>Derecho aplicable a las controversias sobre inversiones según el modelo</u> <u>europeo y norteamericano de TBI</u>: para ilustrar el modelo europeo sobre el derecho aplicable a las controversias entre una parte e inversores de la otra parte, tomaremos el TBI entre el Reino de España y la República Argentina.

El art. 10 párrafo 5 dispone: "el Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional...".

Hay que aclarar que la introducción de los TBIs en el universo jurídico de la inversión extranjera directa generó un cambio en las fuentes aplicables a una controversia, respondiendo al principio de la especialidad.

Ciertamente, frente al derecho internacional general los principios de *lex specialis y lex posterior* determinan la aplicación prioritaria de los TBIs⁴⁴.

Por ello, el art. 10 párrafo 5 establece que, en primer lugar, para solucionar el diferendo deberán tomarse las disposiciones contenidas en el propio TBI.

Entendemos que, de modo complementario, y en virtud de la segunda proposición de la norma, el art. 10 permitiría recurrir a otros TBIs, ello en virtud de la Cláusula de la Nación más Favorecida (CNMF) que la mayoría de TBIs incorpora en sus textos y que generaría cierta uniformidad del sistema.

Como novel conclusión, podría afirmarse que, en la primera y segunda regla del art. 10 párrafo 5, se consagra la autonomía del sistema bilateral de inversiones, ya que se dispone recurrir en forma prioritaria al TBI que vincula a las partes (excluyendo la autonomía de la voluntad) y en forma complementaria al resto del universo de acuerdos sobre inversión –del ámbito regional o multilateral- que vincule a las partes.

-

⁴³ Debemos excluir de esta afirmación a aquellas normas del derecho internacional general que resultaren especialmente excluidas por el régimen convencional de inversiones.

RAYA DE VERA Eloísa, La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII, Córdoba, República Argentina, 2010, pags. 19-40.

Sin embargo, ello no es del todo exacto atendiendo a la expresión "sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes". En efecto, de dicha frase no se extrae que se refiera exclusivamente a acuerdos de inversión y puede referirse a otros tratados internacionales.

Continuando con la segunda regla del art. 10 párrafo 5, de modo concurrente y con finalidad interpretativa, podría recurrirse al derecho interno del estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de conflicto y a los principios generales del Derecho Internacional.

Sin embargo, la aplicación del derecho interno pierde relevancia –en virtud del principio de jerarquía- y de conformidad con lo establecido por el art. 27⁴⁵ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para el supuesto de aclarar o interpretar algún término del TBI y estando en colisión el derecho interno y el derecho internacional, prevalecerá el derecho internacional⁴⁶.

Esto ha llevado a ciertos autores a afirmar que el estudio de la aplicación complementaria del derecho interno y de los principios generales del derecho internacional derivada de los TBIs ha perdido relevancia⁴⁷.

Podría sostenerse que el derecho interno operaría exclusivamente a la hora de determinar los hechos o para interpretar las normas internas frente a las cuales reclama el inversor⁴⁸.

En cualquier caso, es indudable que las disposiciones del TBI y las normas de derecho internacional general prevalecerán, en caso de conflicto, con el derecho interno del Estado receptor de la inversión⁴⁹.

En cuanto al Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la Argentina y los Estados Unidos de América, si bien no contiene una regla específica sobre el derecho aplicable a las controversias entre el inversor y el Estado receptor, en el art. VIII establece que cualquier diferendo por la interpretación o aplicación del TBI se solucionará tomando en cuenta las normas aplicables del derecho internacional.

Al referirse a "las normas aplicables del derecho internacional" incluye a todas sus fuentes (las previstas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia más el resto de las fuentes reconocidas por la doctrina internacional como las resoluciones de organizaciones internacionales o el *soft law*).

A modo de conclusión parcial, puede afirmarse que aunque los TBIs introducen la especialidad en materia de inversiones y por lo tanto, su aplicación preferencial a la controversia, no se excluye recurrir a otras fuentes del derecho internacional en forma complementaria.

_

⁴⁵ Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."

⁴⁶ SCHREUER, Christoph, op. cit. 38

⁴⁷ FONTOURA COSTA, José Augusto, op. cit. 37

⁴⁸ DIEZ-HOCHLEITNER Javier, *Protección diplomática v. arbitraje de inversiones*, Mayo de 2005.

⁴⁹ PROSPER WEIL, *The State, the Foreign Investor and International Law: The Non Longer Stormy Relationship of a menaje á trois,* ICSID Review, vol. 15, 2000

<u>C)</u> <u>El Derecho aplicable en algunos acuerdos regionales que contienen cláusulas sobre inversión</u>: comenzaremos analizando el Art. 1131 del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicha norma dispone que: "1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional..."

El artículo aquí analizado consagra dos reglas bien definidas. La primera de ellas, reside en la especialidad y en la aplicación prioritaria del TLCAN.

La segunda de ellas, a diferencia de lo establecido en los TBIs (analizados en el acápite B), permite recurrir, no ya de modo complementario y al sólo efecto interpretativo, a las reglas aplicables del derecho internacional.

La conjunción "y" permite sostener que el TLCAN y las diversas fuentes del derecho internacional se encuentran en un pie de igualdad a la hora de su aplicación.

No sucede lo mismo cuando recurrimos al art. 9.5 del Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no Partes del Mercosur y del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones en el Mercosur.

Dicho artículo establece que: "El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia".

Es dable mencionar que esta norma, del modo en que está redactada, establece un orden de prelación de fuentes: en primer lugar deben aplicarse las disposiciones de los Protocolos; en segundo lugar el derecho interno –incluidas las normas indirectas-; en tercer lugar, otros acuerdos sobre inversión y los principios del derecho internacional.

Los Protocolos quisieron darle al derecho interno de los Estados una aplicación preferencial con relación al derecho internacional general. Sin embargo, esa preferencia debe tomarse con cautela⁵⁰, ya que de existir oposición entre una norma interna y una norma internacional, prevalecerá esta última.

Como conclusión preliminar puede establecerse que las normas de conflicto de los tratados aquí analizados, si bien disponen la aplicación prioritaria de los mismos, no se disocian del derecho internacional general, sino que por el contrario, se remiten a él.

IV.- Algunos casos de interpretación de los TBIs

Otro de las modalidades de la fragmentación –tal como se viene sosteniendo- tiene su apoyatura en la interpretación excluyente que el órgano de solución de diferencias del sistema especial podría efectuar.

Veamos ahora algunos laudos emitidos en el ámbito del CIADI que han tratado específicamente el tema de la relación entre el régimen especial de las inversiones

⁵⁰ DIEZ-HOCHLEITNER Javier, op. cit. 48.

extranjeras y el derecho internacional general.

En los laudos de anulación de los casos "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina" (CIADI ARB/97/3) el tribunal arbitral sostuvo que: "... respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI... el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio CIADI, por el TBI y por el derecho internacional".

De este modo, el Tribunal de anulación no sólo aclaró que el reclamo pertenecía al ámbito internacional sino que además determinó como prioritaria la aplicación del TBI y del derecho internacional.

En la misma línea de pensamiento se enrolan los laudos de los casos "Azurix Corp. v. La República Argentina" (CIADI ARB/01/12) y "CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina" (CIADI ARB/01/8), ya que establecieron que los actos de autoridad pública pueden juzgarse a la luz del derecho internacional a diferencia de los actos derivados del contrato y que en el supuesto de que un acto de autoridad pública devenga en ilícito internacional debe ser juzgado mediante la aplicación preeminente del TBI y del derecho internacional.

Es sumamente ilustrativo sobre el derecho utilizado para la interpretación de un TBI, el laudo en el caso "Wintershall Aktiengesellschaft v. República Argentina" (CIADI ARB/04/14).

En la sexta parte del laudo, el Tribunal establece que "Para la interpretación de tratados (incluidos los TBI), este Tribunal debe aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, porque ambos Estados son Partes de la CVDT y (lo que es más fundamental) porque, tal como lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia, las reglas de interpretación establecidas en la CVDT reflejan el derecho internacional consuetudinario en la materia.

El Tribunal arbitral basa su decisión en el art. 31 de la CVDT⁵¹ y llega a la conclusión de que la interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de sus palabras⁵².

⁵¹ Art. 31 de la CVDT: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

partes."

52 Es loable mencionar que los árbitros en su decisorio, se apoyan también en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia –casos "Admission of a State to Membership in the United Nations", ICJ Reports, 1948; "Guinea-Bissau c. Senegal", ICJ Reports 1991; Opinión consultiva de la Corte con relación a la interpretación de los Tratados de Paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania, ICJ Reports, 1950, entre otros; y en doctrina especializada (se cita a Oppenheim en International Law, vol 1, novena edición, editado por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, 1992; a Koskenniemi M. en From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Universidad de Helsinki, 1989), y se le toma declaración al ilustre Profesor Doctor Christoph Schreuer.

Sin dudas, en el caso "Wintershall", el laudo efectúa un anclaje del TBI en el derecho internacional general.

En una resolución bastante contemporánea⁵³ en el caso "Hochtief A. G. v. República Argentina" (CIADI ARB/07/31), el Tribunal dispone –siguiendo la línea de interpretación establecida en el caso "Wintershall"- que "La tarea de interpretación del TBI debe abordarse, ante todo, dando a los términos del tratado su significado corriente en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI.

Otro tanto ha sucedido en el caso "Cargill Incorporated v. Estados Unidos de México" (CIADI ARB (AF) 05/2), en donde el Tribunal estableció que: "En el artículo 102(2) del TLCAN se dispone que el tratado debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos establecidos y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional...y que dicha expresión incluye a la Convención de Viena de 1969".

Y también es muy ilustrativo el caso "Asian Agricultural Products Ltd c. República de Sri Lanka", CIADI ARB/87/3 en el que el tribunal arbitral sostuvo que el TBI –la fuente más importante de derecho aplicable- no era un cuerpo jurídico cerrado sino que debía analizarse en el contexto jurídico más amplio del derecho internacional⁵⁴.

Esta breve sinopsis de algunos laudos permitiría arribar a la conclusión parcial de que el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera directa no ha devenido en un sistema autónomo del derecho internacional ya que reconoce sus lazos del tronco común.

Los distintos laudos analizados con anterioridad permitirían afirmar que los TBIs son parte del derecho internacional general, ya que se los ha interpretado a la luz de la Convención de Viena de 1969 reconocida como una norma estructural del derecho internacional.

V.- Conclusiones finales

Si bien es cierto que a partir de la Segunda Posguerra Mundial han nacido regímenes especiales internacionales, ya que poseen normas primarias y secundarias especiales, no puede sostenerse que hayan conformado un sistema autónomo.

Ciertamente, el régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras, a través de las normas de conflicto existentes en los TBIs y los tratados regionales sobre inversión y de la interpretación que efectúan los árbitros de ellas, se relaciona y se nutre del derecho internacional general.

En efecto, se ha podido demostrar que los tribunales arbitrales del CIADI –en los laudos analizados-, si bien aplicaron de modo preferencial los acuerdos de inversión, se remitieron a otras fuentes del derecho internacional, admitidas particularmente por los tratados, para su interpretación o aclaración.

Los laudos aquí tratados confirmaron el principio de que la interpretación como medio de aplicación de la ley especial hace de imprescindible aplicación los principios del

⁵³ De fecha 24/10/2011

⁵⁴ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, op. cit. 42

Derecho Internacional general⁵⁵

Por cierto, la interpretación excluyente o aislada va contra el principio de buena fe del derecho internacional

Otro tanto ha sucedido con el análisis de las normas conflictuales de los tratados sobre inversión. Todas ellas, de modo principal o complementario declaran como aplicable a una controversia de inversiones el derecho internacional.

Ahora bien, ¿es posible aceptar que la aplicación preferencial de los TBIs ha desarrollado una nueva disciplina autónoma —el derecho de las inversiones⁵⁶-?

La respuesta será negativa. Está claro que a partir de la interpretación de los acuerdos de inversión efectuada por los órganos arbitrales del CIADI⁵⁷, se establece un lazo más que importante con el derecho internacional y sus diversas fuentes.

El régimen jurídico especial de las inversiones extranjeras no le ha causado perdida de coherencia al derecho internacional y su tan aludida fragmentación es tan sólo virtual.

~~

_

⁵⁵ PAGLIARI Arturo, op. cit. 16

PARIASCA MARTÍNEZ Jorge, El arbitraje CIADI y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de la inversión extranjera, Working Paper, Estudio Altuve-Febres & Dupuy, Perú, 2006.

⁵⁷ Y eventualmente algún otro esquema arbitral previsto en los acuerdos de inversión.

La accesibilidad como derecho. Una mirada para ahondar en la integración de las personas

Búsqueda para ampliar su concientización y organizar, a través de ellas, nuevas políticas públicas.

Por Gustavo M. Russo¹

Resumen

El artículo sugiere analizar y problematizar sobre la Ley N° 22.431 del Sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tomando como punto de partida algunas observaciones de estudiantes avanzadas en el profesorado de Educación Especial. Se exponen los etiquetamientos inconcebilbles de la ley, que no permiten estimular una adecuada convivencia en sociedad. Es por ello, que el direccionamiento apunta a concientizar de manera transparente, una nueva concepción ciudadana. Basada en la información y el conocimiento de los derechos de accesibilidad. Concluyendo en una mejor concientización ciudadana, para exigirle al poder político, un verdadero rendimiento de las políticas públicas, en vías de aumentar la calidad de vida de todos los habitantes.

Palabras claves

ACCESIBILIDAD – CONCIENTIZACIÓN – NORMALIDAD – SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL- CIUDADANÍA - POLÍTICAS PÚBLICAS – AMPLIACIÓN DE DERECHOS.

Introducción

Se parte, en primer lugar, de un trabajo de campo. De la correspondiente consigna surge una crítica y es de acuerdo a la ética profesional, y a lo que se exige en las prácticas adquiridas de la formación docente, en Educación Especial, que se desarrolla este texto. La observación es llevada adelante por siete alumnas que cursan el 4° y último año del profesorado en Educación Especial con orientación en ciegos y disminuidos visuales, en el Instituto Superior de Formación Docente N° 34 "Héctor Medici" en Ciudad Jardín, junto a la intervención del profesor doctorando que suscribe. Del informe que las alumnas presentaron, se deduce una mirada crítica en el tipo de redacción que contiene la normativa. Mencionan las deficiencias, aduciendo un cruel etiquetamiento de las personas discapacitadas y agregando parámetros de normalidad en la redacción de la ley. En segundo lugar, se basan en el común incumplimiento de muchos de sus artículos y en la terminología ambigua utilizada para su redacción. Se propone entonces, un panorama sobre diferentes enfoques y definiciones sobre accesibilidad y educación especial. Además, se hará una comparación de cómo aborda la convención, la definición de discapacidad y dejará abierta la posibilidad de actualizarla. Se focalizará sobre la importancia de concientizar ideológicamente a toda la población, sin perder el eje en la concepción de la construcción de ciudadanía, sin olvidar que la ciudadanía se desprende de una construcción histórica, política y social de las personas, en una sociedad determinada y dentro de diferentes contextos políticos de época, acudiendo a entablar una necesaria, notable y actual participación del Estado. Se insistirá en que el Estado mantenga un rol protagónico con la implementación de mayores políticas públicas. Detrás de este rol protagónico debe contener el derecho a la accesibilidad, como

¹ Abogado - Profesor en Ciencias Jurídicas – Especialista en Educación y Tics – Formador docente en los Profesorados: de Educación Especial, de Historia, de Geografía y en el Tramo Pedagógico del Instituto Superior de Formación Docente N° 34 – Héctor Medici. Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón

uno de los principales factores en relación a la ampliación de derechos. Siempre se piensa en bregar por aumentar la concientización de las personas, para que contribuyan a edificar una sociedad para todos y con todos. Dentro de un Estado, que le permita dignamente a cualquier persona, envejecer en él. Por lo tanto, se brindarán diferentes perspectivas ofrecidas por otras disciplinas de las ciencias sociales y algunos relatos puntuales. El fin es que las personas sepan de la existencia de los derechos a la accesibilidad y aprendan a exigirlos como ciudadanos comprometidos.

Ley N° 22.431 " Sistema de protección integral de las personas discapacitadas "

Comenzamos haciendo una aclaración importante: cuando hablamos de los derechos a la accesibilidad, no se debe hacer referencia única o exclusivamente a las personas discapacitadas. Los derechos a la accesibilidad son derechos que les comprenden a todas las personas que integran la sociedad, sean o no discapacitadas, y que deberían estar implícitos tanto para cualquier gestión de gobierno, particularmente, durante la realización de licitaciones para obras públicas, como para los mismos actos que las personas realicen en su vida privada y cotidiana. Aclarado esto, se pasa al desarrollo de la propuesta, problematizando la ley 22.431.

En esta etapa inicial, se partirá del análisis de un trabajo de campo (anunciado en los primeros renglones) realizado por dos grupos de alumnas, que intervendrán con sus comentarios y reflexiones observadas sobre el espíritu de la ley en boga. Los grupos de trabajos están conformados por estudiantes avanzadas que cursan el 4° y último año del Profesorado en Educación Especial en la orientación ciegos y disminuidos visuales. Las mismas poseen un enorme conocimiento empírico del derecho, dado a su experiencia laboral por el contacto contínuo con gente discapacitada. Por ende, se considera muy atinado, para generar concientización sobre los derechos de accesibilidad, partir del punto de vista de personas, no relacionadas al mundo del derecho pero sí muy vinculadas a estas problemáticas, que padece tanto, una persona discapacitada, como la que no lo es. Esto último, lo destacamos como un llamado de atención para referirnos específicamente en el final del artículo. Hay en la actualidad, un gran alejamiento de los profesionales del derecho, respecto a estas cuestiones. Es por ello, que se cree en la importancia de la concientización social.

El detalle que brindan se corresponde con las consignas de un trabajo práctico de investigación sugerido por el profesor, y a partir de esas observaciones volcadas, es el docente, doctorando, quien suscribe la problemática del corriente texto. Las estudiantes, manifiestan su observación basadas en sus experiencias personales, desde la práctica docente y por la especificidad de su función, apuntándolo en tres puntos concisos a saber:

**Informe del grupo A

1- "En primer lugar, nos llama la atención enormemente el vocabulario errado y discriminativo que usa esta Ley. Se maneja con paradigmas antiguos y arcaicos, considerando que la discapacidad es una condición de la persona y no como plantea la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendiendo a ésta, como el resultado "de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (Preámbulo E).

En segundo lugar, muchos de los artículos planteados en esta Ley están siendo incumplidos, y estando a 35 años de la emisión de esta Ley no se ha sancionado dicho incumplimiento ni a sí mismo tampoco se han tenido en cuenta, muchas de las normas

citadas. Aún hay barreras arquitectónicas y no se ocupa el 4% de los puestos de trabajo asignados a personas con discapacidad. Continúan existiendo transportes públicos sin las adecuaciones necesarias para que las personas con discapacidad circulen libre e independientemente.

En tercer lugar el Art. 12 se apoya en la creación de Talleres Protegidos y el régimen de trabajo a domicilio, sin embargo, nos encontramos con más trabas que soluciones al momento de crear un taller protegido y es inexistente el trabajo a domicilio.

Para finalizar y lo más importante que pudimos observar en esta Ley es, que no se habla de sujetos, sino de **discapacitados y personas con discapacidad** en todo momento y además, nos sorprende que esta Ley, nunca haya sido modificada. Desde su postura y los paradigmas con los cuales se maneja hace comparaciones innecesarias entre las personas con discapacidad y las que no tienen discapacidad, elemento que nos llamó poderosamente la atención luego de los avances que se han logrado durante estos años.

- 2- El enfoque actual de la Educación Especial se encuentra explicitado en los artículos 42, 43, 44 y 45 de la **Ley Nacional de Educación N° 26.206**. Este enfoque se rige por el principio de inclusión, por el cual el Estado debe garantizar la integración de las personas con discapacidades en todos los niveles y modalidades. Situación que es de suma importancia, ya que, en otros paradigmas la integración no era un deber del Estado Argentino. Con el motivo de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad se establecerá estrategias para identificar tempranamente las necesidades educativas derivadas de la discapacidad. El término necesidades educativas derivadas de la discapacidad es perteneciente a este enfoque, ya que, todas las personas tienen necesidades educativas especiales, y con esta nueva denominación queda en claro quiénes son los sujetos de abordaje de la Escuela Especial. Además, este enfoque busca la inserción social, posibilitar una Trayectoria Educativa Integral y propiciar alternativas de continuidad para su formación a lo largo de toda la vida. La educación en general se centra en varios ejes, que antes no se contemplaban, pero queremos destacar los siguientes: la búsqueda de brindar una propuesta pedagógica a las personas con discapacidad que les permita el máximo de sus posibilidades, el respeto a la lengua e identidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual consideramos un poco desactualizado (ya que la denominación de acuerdo al enfoque de derechos es pueblos originarios) y por último, la búsqueda constante de brindar conocimientos que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable. Consideramos que estos tres ejes hacen referencia a un enfoque actual de la Educación. Estos ejes se encuentran escritos en el capítulo II.
- 3- En un comienzo, la organización de la Educación de Nivel y los saberes de las maestras del mismo, no respondían a las necesidades de todos los alumnos, todas las personas con alguna dificultad iban a la Escuela Especial. Sin embargo, algunos alumnos que iban a la Escuela Especial no tenían discapacidad, estos eran excluídos de la Escuela de Nivel porque eran un poco "lentos" para alfabetizarse, tenían anteojos, caminaban mal o todavía no habían adquirido el lenguaje oral. A partir de los años 90 aproximadamente, se comienzan a hacer integraciones, es decir, que las personas con discapacidad se integran al Sistema de Nivel del cual habían sido excluídos con anterioridad. Sabemos que la Educación Especial es una modalidad que atraviesa todos los niveles, así como las áreas de Artística y Educación Física. Y como modalidad, las integraciones en las escuelas se realizan en todos los niveles del Sistema Educativo. El paradigma del Modelo Social de Discapacidad con el pasar de los años es más fuerte, son muchas las integraciones que se hacen en la Escuela de Nivel porque se considera que las barreras del aprendizaje no las tiene el niño por su discapacidad, sino que el ambiente es el que no proporciona los apoyos para que cada uno pueda aprender. En un contexto más favorable, en relación a los derechos de las personas con discapacidad, se firma la Convención en el año 2007. Según lo firmado y ratificado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina se compromete en el Artículo 24 a

asegurar un Sistema de Educación Inclusivo en todos los niveles.

De esta manera, la Convención denomina a la Educación: Educación Inclusiva, porque la educación que en un principio no fue para todos, necesita dicha aclaración que reitere que debe responder a las necesidades de cada uno los alumnos. Los sujetos y los saberes vinculados a las personas con discapacidad deben habitar en esta Escuela Inclusiva, ya que, de caso contrario no lo sería. Y por ello, consideramos como grupo, que el término Educación Especial existe gracias al binario común/especial. El término Especial demuestra la exclusión de las personas con discapacidad del Sistema Educativo de Nivel, pero sin embargo, creemos que la especialidad no debería dejar de existir como práctica, ya que el aprendizaje de las personas con discapacidad precisa de un abordaje específico por partes de los docentes y de la comunidad. De esta forma, el término Educación Especial a nuestro criterio, podría ser cambiado por el término: Curriculum Ampliado. Este término da cuenta de que las personas con discapacidad aprenden del Curriculum Prescriptivo mediante Apoyos Pedagógicos Específicos: como Braille, ábaco, macrotipos, mapas en relieve, etc; pero también aprenden el Curriculum Ampliado: las cuales son Áreas Curriculares Específicas del abordaje de la discapacidad. Entonces, consideramos que decir Curriculum Ampliado, no es discriminar como algunos creen, sino que reconoce la singularidad de aprendizaje que tienen las personas con discapacidad sin entrar en el binario común/especial.

La educación debería ser inclusiva pero para que así lo sea, la práctica vinculada a la discapacidad no se debe invisibilizar creyendo que decir curriculum ampliado es discriminar, sino que necesita, de un trabajo colaborativo dentro de la Escuela de Nivel entre todos los docentes de la Educación Inclusiva, compartiendo los saberes de ambos curriculums. De esta manera, ni los docentes, ni los alumnos son especiales, sino que la forma de aprender de los alumnos con discapacidad requiere del Curriculum Ampliado, sumado a los Apoyos Pedagógicos para acceder al Curriculun Prescriptivo, común a todos, acompañados por las docentes especializadas."

El segundo grupo de alumnas: también realizaron sus observaciones pertinentes a la cuestión.

Informe del grupo B

"La ley de Sistema de Protección Integral de los discapacitados o Ley N° 22.431 fue sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981 por Jorge Rafael Videla con el objetivo de **otorgar a las personas con discapacidad atención médica, educación, y seguridad social.** Se brinda rehabilitación, formación laboral, préstamos o subsidios, escolarización. En el artículo 1 del capítulo 1: "de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales..." Aquí **se impone una presunción de inferioridad biológica o fisiológica de las personas con discapacidad, está presunción la da el uso de la conceptualización de la palabra "normal".**

Artículo 2. A los efectos de esta ley se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física, mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional, o laboral. En esta definición, se localiza la causa básica de la discapacidad al interior de la persona, es decir, se la considera como enfermedad. Se piensa la discapacidad como una condición en sí misma. Sin embargo, la discapacidad es una condición relacional, un producto, en el cual una limitación funcional, en cualquier área de funcionamiento humano,

queda sancionada por la sociedad como una discapacidad. Reconociendo que la **discapacidad es un concepto que evoluciona** y que resulta de la interacción entre las personas y las barreras del entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. (Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, inciso e).

Artículo 3: La secretaría de Estado de Salud certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de " rehabilitación" del afectado. Dicha secretaría de Estado indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del " afectado", que tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. Se observa en este artículo el modelo médico de abordaje al considerar a la discapacidad una enfermedad, y a las personas como portadoras de un defecto que es preciso corregir o " rehabilitar", determinando hasta los roles laborales a desempeñar, cuando es la persona con discapacidad como sujeto de derecho y empoderada quien debe elegir autónomamente e independientemente que desea, es decir posee el derecho a la toma de decisiones para el desarrollo de su proyecto de vida.

Artículo 4: "los discapacitados ...", De esta manera de nominar, nombrar a las personas con discapacidad se infiere que la discapacidad define a las personas cuando en realidad es una condición.

Artículo 6: "Talleres protegidos terapéuticos". Lo terapéutico, lo rehabilitatorio remite al modelo médico, donde los valores e interpretaciones médicas destacan los déficits del sujeto, con esto, no se debe entender que las personas con discapacidad no precisen en algún momento de sus vidas el apoyo del tipo médico.

Artículo 7: El ministro de Bienestar Social de la Nación apoyará la creación de hogares de internación total o parcial para discapacitados cuya atención sea dificultosa a través del grupo familiar..." A partir del paradigma médico o clínico se crearon ámbitos aislados para las personas con discapacidad que aún siguen vigentes y tienden a la segregación de este colectivo, desde el modelo social, se aspira a la inclusión plena de las personas con discapacidad.

Entonces los aspectos que reclamaron nuestra atención en este documento (discapacitados, afectados, rehabilitación, terapéuticos) aluden al paradigma médico, donde la discapacidad era considerada como un problema de nacimiento, o adquirida que presentaban ciertos sujetos, donde eran considerados anormales o desviados. Este enfoque es coherente a la época en que fue redactada la ley, en 1981. Los grandes cambios sociales, culturales y científicos han puesto en cuestión muchos enunciados sobre la ciencia en general y también sobre la discapacidad, surgiendo así el Modelo Social de la discapacidad considerando, que es la sociedad quien discapacita, con barreras de acceso, discriminación y representaciones sociales."

Dentro de la problemática que ofrece como discusión la discapacidad, podemos observar una coherencia en el análisis de este grupo de estudiantes avanzadas. Presentan, una lectura muy clarificadora de los intereses que son necesarios priorizar en la discapacidad de las personas. Sobre todo, en lo referente a la accesibilidad. En cada punto que se narra hay un posible obstáculo por el cual se debe presentar una discusión. Por lo tanto, el que suscribe estas líneas, considera primordial mantener, para todo lo relacionado con discapacidad y sobre el derecho a la accesibilidad, una actitud concientizadora, bajo un eje permanente y continuo, direccionado a educar y formar a la población en la construcción ciudadana como una manera de ayudar a la sociedad a conseguir calidad de vida. Obtener accesibilidad es

aumentar nuestra calidad de vida. Se consideró interesante, exponer un análisis de estudiantes, con todos los detalles posibles, para que quede demostrada la importancia que requiere obtener información de mayor apertura y no tan estructurada, como suele ser el de las Ciencias Jurídicas o del Derecho mismo. Por eso se apunta, moderadamente, a la concientización de toda la población que integra la sociedad.

Se destacó la labor de alumnas para generar mayor inquietud a los lectores porque el conocimiento puede encontrarse también en la persona que se está formando. Es decir: tanto la información, como el conocimiento puede ser suministrados por diversos agentes sociales y los profesionales del derecho, debemos estar atentos para nutrirnos de él. En una palabra, todos pueden ser parte de este gran armado.

Es por lo siguiente que resultan preguntas para reflexionar, como:

¿Existen normativas adecuadas sobre accesibilidad? ¿Se está verdaderamente en el camino de divisar a la accesibilidad como un derecho? Más allá de qué lo sea: ¿Somos conscientes de ella? ¿Por qué cuesta tanto incorporarla a la vida diaria? ¿Se encuentra bien legislada? ¿Los hombres y mujeres del derecho, realmente, defienden cuestiones relacionadas con la accesibilidad? ¿La gente demanda mayor y mejor accesibilidad? ¿Qué es lo que faltaría por observar? ¿Qué se interpreta por lo general cuando se habla de accesibilidad? ¿Cómo proponer un mejor reconocimiento del derecho a la accesibilidad? Una de las respuestas es concientizar, con todas las herramientas que estén a la vista y a mano. *Cuando uno conoce algo, ya no puede ignorarlo más*. El derecho tiene que evitar conceder, cada vez más, interpretaciones confusas. Por eso, la importancia de concientizar a la población.

El profesional de la construcción, al momento de edificar, debería tener internalizado todo lo referente a la accesibilidad. La industria automotriz lo mismo. Los vehículos deben tener, entre tantas otras comodidades muchas veces escatimadas por temas de presupuestos económicos, parabrisas que permitan, a quien conduce, poder obtener desde su habitáculo una adecuada visión panorámica. Se nota cada vez más, que en los modelos actuales de autos cero kilómetros y de alta gama, carecen de esto mínimo. El conductor no ve laterales correctamente por la mala construcción de los ángulos coincidentes con los espejos retrovisores, que de manera tal, se perjudica notablemente su necesaria visión de 180° para conducir. Esto dificulta una correcta circulación y afecta el detenimiento y adelantamiento del automóvil a poca velocidad y en lugares urbanos muy populosos de tránsito peatonal y ciclístico.

Incluso, luego de leer estas líneas, los profesionales del derecho, se deben preguntar; qué necesidad demanda, seguir manteniendo un plexo normativo redactado hace 40 años y cuál es la necesidad de pretender seguir aplicándolo en la actualidad, sin verificar siquiera, el avance en sus términos o los cambios paradigmáticos. De ahí, la importancia de la utilización, en la pluralidad de disciplinas relacionadas con las ciencias sociales. Aquí encontramos una gran confusión legal. Encontramos una ley marco, que muestra una descripción de figuras que ya fueron totalmente descartadas por la implementación de nuevos paradigmas. Si cada persona en la sociedad, se va conformando y actualizando, de acuerdo a su oficio y profesión, cómo no lo hace una ley de esta envergadura. Los padecimientos de las injusticias, son difíciles de esquivar y peor aún, cuando las leyes que deberían adoptar medidas para proteger, no se ajustan a los nuevos tiempos. Esto que debería ser obvio, tiene mucha connotación, ante la abrumadora cantidad de leyes sobre temas específicos, que no encuentran explicación simple a la problemática de incorporar su contenido. Es decir, el fin para lo que realmente fue o es creada.

Al leer estas observaciones, el resultado arrojado, que se presenta por parte de estas alumnas, es negativo, y de hecho son personas que no integran ni el mundo de lo jurídico, ni el legislativo, pero encuentran y describen en las leyes, una serie de situaciones escalofriantes para la incorporación a la sociedad de una persona discapacitada. Del derecho de accesibilidad, de una persona discapacitada. La ambigua redacción de la ley marco, en pleno siglo XXI, se aleja verdaderamente de todo sentido de justicia por la que debería bregar el derecho. De aquí, surge la importancia del aporte de algunos aspectos básicos, que parten de dos trabajos colaborativos hechos dentro de un proyecto áulico, elaborados en el Nivel Superior de un instituto de formación docente, de la localidad de Tres de Febrero, para sumarlos a nuestro cuestionamiento.

Este trabajo es realizado, tomando un propósito muy definido, destacar una mirada crítica por fuera del derecho para que éste contemple. Son sujetos críticos del derecho que apelan, como ciudadanos comprometidos a su experiencia laboral, para demostrar la postergación y vulnerabilidad de las personas discapacitadas y de ahí, se crea la necesidad de hacerlo extensivo, a todo el resto de la comunidad.

Este texto tiende a generar una perspectiva favorable para visualizar un inconveniente, que el común de las personas y los profesionales del mundo legal, no discuten. Las estudiantes destacadas, que ya están haciendo sus prácticas profesionales, manifiestan, el alejamiento de la ley con la realidad. Además, cuando se habla de accesibilidad, no es solo para referirse a personas discapacitadas, tenemos también que, por ejemplo, una mujer embarazada necesita determinada contención para trasladarse por una ciudad. Un niño menor de tres años, también necesita un lugar despejado, tanto para jugar, como para trasladarse y por supuesto, aprender a caminar. Juegos seguros en las plazas públicas. Libre de estorbos deberá ser el camino, de un anciano o de un trabajador que lleva envoltorios de un lugar a otro. Un abogado ciego, debe tener acceso a un expediente escrito en braille. Las rampas deben extenderse más allá de los centros comerciales y ser respetadas por los automovilistas, quienes en muchas situaciones le estacionan encima. Los asientos públicos deben ser destinados para que su utilización ayude a la comodidad de una persona obesa. Quien se traslada a realizar, cualquier actividad, por la calle en sillas de ruedas, debe tener una vía de prioridad para el mismo. Son muchas las ocasiones en las que podemos ver personas en sillas de ruedas en el medio de autos, camiones y colectivos. Las autoridades correspondientes a los distritos deben plantearse este cuestionamiento por ser un gran riesgo innecesario y perfectamente previsible. Respecto a los baños, tanto públicos como privados, es necesario erradicar escalones que muchas veces tienen y colocar señalamientos en braille. Se podría seguir citando muchos ejemplos más. Lo importante es mantener, como se dijo desde un principio, una fuerte y contundente actitud concientizadora que nos permita seguir creciendo en la formación ciudadana.

Cuanto el hombre de derecho esté alejado de esta información, poco puede aportar a su solución. Cuando se desconoce, qué es el derecho a la accesibilidad, la población entra en verdaderos inconvenientes que termina naturalizando. Es muy común y fácil, echarle la culpa a los políticos y a la ausencia del Estado, como se hace en lo recurrente, principalmente desde los sectores más progresistas en términos ideológicos. Lo importante es entender, que la sociedad es nuestra, la integramos nosotros, necesitamos de ella, que esté en óptimas condiciones porque ya se vendrá el día que se necesite de sus instalaciones. Una sociedad construida correctamente, bajo las normas de universalidad, que adopten el sentido del derecho a la accesibilidad de las personas, será una sociedad más justa y que nos dará una mejor calidad de vida. Si cada uno construye su frente sin obstáculos y sin desniveles inapropiados, contribuye a un espíritu solidario, a un bienestar general. Lo mismo ocurriría, si cada intendente o gobernador se ocupara en extender redes cloacales y agua corriente en

todo el territorio, sin las mezquindades de los intereses políticos. No cerrar centros educativos de distintos niveles, como actualmente ocurre en el territorio bonaerense porque también esto afecta, el derecho adquirido a la accesibilidad de la educación pública y gratuita.

Si la población internaliza parte de lo descripto, se le comenzará a encontrar una pequeña y gran solución, para todos los ciudadanos que integran nuestro país. Es el 40 % de la población, enunciados en los renglones anteriores, los que padecen situaciones diarias y controvertidas para llevar adelante su actividad laboral o privada. Si un gobierno, reduce el presupuesto que financie, al menos un proyecto en el que intervengan investigadores, estará recortando el derecho a la accesibilidad referido al conocimiento público y al desarrollo integral. Cualquier ser de esta tierra, puede padecer un trance, que lo imposibilite en un tiempo determinado a realizar sus tareas habituales, dejándolo afuera del desempeño normal de su vida. Nadie está exento. ¡Recordarlo!

Cuando se hace referencia a la "normalidad" de su vida, se habla del parámetro de la figura de la normalidad, con la que se educa y se absorbe desde la crianza paterna. Al perderse ésta, se produce una acción involuntaria, totalmente dinamitadora, de la autoestima. Solo con el ejemplo de pasar por una operación abdominal, o la pérdida de un empleo formal, bastaría para comprender, entender e internalizar, el cambio de concepción que se pretende revitalizar. En general, se carece de una concientización efectiva al respecto. El alejamiento que produce ignorar el derecho a la accesibilidad, termina siendo grave por su naturalización ulterior. No se debe permitir el avance de la naturalización. Porque sería ir en desmedro de los derechos mismos de la población y de la sociedad en su conjunto.

Accesibilidad: diversas conceptualizaciones.

Al hablar de accesibilidad, no se puede evitar hacer reseña a la raíz etimológica de esta palabra, es decir a "acceso". Según Acceplan (2003), "el término acceso comprende tanto la acción de llegar y acercarse, como la referencia a un paso o entrada; por lo que se convierte en una forma de expresar la relación que existe entre el entorno y las personas que lo comparten."

Desde esta perspectiva la accesibilidad representa la posibilidad de llegar a donde se requiere ir o alcanzar aquello que se desea, esto sin que existan obstáculos o barreras que impidan o limiten la participación de la persona. Las nuevas tecnologías, (TIC) aparecen como posibilidad de incorporarlas dentro del menú de los derechos a la accesibilidad.

Se deberá tener en cuenta como primer elemento **definir accesibilidad**. El cual tiene diferentes miradas de acuerdo a la concepción con qué se mire.

El Manual de accesibilidad universal, Corporación Ciudad Accesible Boudeguer & Squella ARQ, Chile 2010. Patrocinado por el gobierno de Chile, nos dice su concepto en el capítulo 1°, con una mirada desde la arquitectura:

"[...] Accesibilidad es el conjunto de características que debe disponer un entorno urbano, edificación, producto, servicio o medio de comunicación para ser utilizado en condiciones de comodidad, seguridad, igualdad y autonomía por todas las personas, incluso por aquellas con capacidades motrices o sensoriales diferentes. Una buena accesibilidad es aquella que pasa desapercibida a los usuarios. Esta "accesibilidad desapercibida" implica algo más que ofrecer una alternativa al peldaño de acceso: busca un diseño equivalente para todos, cómodo, estético y seguro."

Rafael de Asís nos habla de la ley española 51/2003 y da la **idea de accesibilidad** universal, la cual está estrechamente conectada con el concepto de barrera.

"[...]En este campo puede entenderse por "barrera" todo obstáculo que dificulte o impida el acceso de las personas a algún ámbito de la vida social. Las barreras pueden tener orígenes muy diversos y proyectarse en ámbitos también diferentes".

En el marco de la discapacidad, el concepto de barrera es un concepto amplio que abarca obstáculos físicos, ambientales, culturales, psicológicos o cognitivos. La idea de barrera que está detrás de la accesibilidad universal, no es una idea abstracta, sino que varía en relación con situaciones y sujetos.

Es por todo lo expuesto en el término de accesibilidad, que debería ser notable la dedicación de los individuos a participar de la extensión de la figura. Es el territorio distrital donde primero se visibiliza esta carencia, y también donde primero se la naturaliza. La concientización debe trabajarse en este aspecto. Determinar un organismo municipal dotado del conocimiento necesario para trasmitir y direccionar obras públicas con accesibilidad, planes y programas. Semáforos sonoros, por ejemplo. Es importante encontrar recursos económicos para evitar las excusas gubernamentales. Para este último punto, es necesario trabajar con la posibilidad que brinda la ley de cheques. (Ley de cheques 25.730 Art. 3. "Fondo de financiamiento del programa para personas con discapacidad "), la cual conforma una cuenta, dentro del Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A), con un fondo especial para financiar proyectos en discapacidad, con lo recaudado de las multas cobradas por el sistema bancario a causa de incumplimientos de emisión y falta de fondos. En el 2013, existía en esa cuenta, a nombre de la Comisión Asesora de la Comisión Nacional de la discapacidad (CONADIS), ciento trece millones de pesos disponibles. Estaban inutilizados por la falta de entrega de proyectos por parte de organismos públicos y privados. La Conadis presentó capacitación de acceso público en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para articularlos según las características del solicitante. Si bien la gestión gubernamental actual tiene una mirada reticente para determinados tipos de gastos, es la concientización de la población, la que tiene que exigir un cambio de actitud hacia el direccionamiento propositivo que se expone y uno de los modos de lograrlo es concientizando a cada individuo de la sociedad, lo más posible. Una vez más, se reitera lo ideológico, como una forma cognitiva de ver al mundo, desde una misma perspectiva.

Plan Nacional de Accesibilidad de la COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS nos explica en qué consiste el plan:

"[...]Es un marco estratégico para promover y dar coherencia a las acciones que las Gestiones de Gobierno conjuntamente con otras administraciones y entidades públicas o privadas han de realizar con el objetivo común de suprimir barreras e implantar el denominado Diseño Universal. Se entiende por Diseño Universal a la actividad por la que cualquier bien o servicio es concebido o proyectado desde su origen para ser utilizado por todas las personas, o el mayor número de ellas posible".

" [...]ampliar el ámbito de la Ley Nacional № 24.314 de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida [...]"

"[...]para favorecer la equiparación de oportunidades de las personas con movilidad y/o comunicación reducida promoviendo a la vez una mayor calidad de vida en toda la población [...]".

"[...]El Plan ha sido desarrollado por la CONADIS, como entidad responsable de

promover la equiparación de oportunidades y la mejora de calidad de vida de los colectivos más afectados por las barreras: personas con movilidad y/o comunicación reducida [...]".

"[...]El seguimiento y evaluación del Plan Nacional de Accesibilidad es un conjunto de procesos que deben permitir verificar la efectiva realización de las acciones previstas en el mismo. Este conjunto de procesos debe permitir constatar, medir y valorar las acciones realizadas y sus efectos, posibilitando la realización de un balance para su redirección y la realización de los ajustes necesarios para la consecución de los objetivos planteados [...]".

El marco teórico debe direccionarse a todo aquel que le facilite comprender y hacer accesible gradualmente el entorno existente.

La normalidad: una concepción falaz y una lucha cotidiana

En la facultad, se ven derechos civiles, políticos y humanos, pero durante la época de estudio, no hay un detenimiento en fijar conocimiento, bien determinados, respecto a la accesibilidad. Se educa desde el hogar, con una mirada de matriz autoritaria ("No hagas", "no digas", "no toques"). Luego es desde la escuela y la religión, es donde se refuerza inconscientemente, con parámetros de normalidad. Los medios corporativos de comunicación trabajan fuertemente instalando el discurso dominante y defendiendo con estigmatización y pre conceptos, sus intereses. Vuelcan sus valores, de esa manera a la sociedad, que masivamente las personas consumen y reproducen. Es el individuo, quien, con esa carga, lleva a su vida adulta, una aplicación diaria e inconsciente de ese mismo parámetro con el que fue educado de niño e informado de adulto, y dentro del campo de la discapacidad ocurre exactamente lo mismo. Hay profesionales que mantienen latentes, viejos paradigmas que no desean abandonar. Todavía encontramos en algunos Congresos dos posturas antagónicas sobre la educación inclusiva e integradora. Aunque parezca mentira, hay quienes sostienen todavía, que los ciegos deben ser educados con otros ciegos porque de esa manera, se hacen fuertes en un mismo aprendizaje y en una misma percepción. Aquí es cuando se ve, que en algunos Organismos no gubernamentales (Ong.) son manejadas por personas que solo tienen una buena intención, pero una carencia enorme frente al conocimiento lo que les quita idoneidad para actuar. Es así, como se dificultan aún más las cosas.

Naturalizar termina siendo normal. Por ende, propone una enorme lucha de concientización desde los hogares, escuelas, trabajos, organismos públicos, empresas. El Estado debe orientar, controlar y direccionar tal actividad.

Rosato, Ana y Angelino Alfonsina en su trabajo llamado "El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad" (2009), comentan que por ejemplo, una política social que tenga como objetivo «paliar» los efectos de la «pobreza» y que contenga un ítem particular sobre la «discapacidad» produce, al mismo tiempo, el efecto de demarcación de un conjunto específico, los «discapacitados», dentro del conjunto más general de «pobres», es decir constituyendo la categoría «pobres discapacitados». Esto puede llevar a un reconocimiento inadecuado: se lo reconoce como grupo específico –discapacitados— pero privilegiados en tanto pobres.

Hasta cuando desde el Estado, se intenta llevar adelante una política pública que ayude económicamente a un discapacitado, se puede cometer el error de etiquetamiento o de discriminación positiva. La sociedad debe terminar de dar limosna al necesitado y otorgarle mayores posibilidades de crecimiento, en el más amplio de los sentidos.

Como bien indica el antropólogo e historiador francés, Henri Jakques Stiker sobre la

construcción social de la discapacidad:

"No existe discapacidad, ni discapacitado, fuera de construcciones culturales y sociales precisas; no hay una actitud hacia la discapacidad fuera de una serie de referencias sociales y construcciones" (Stiker, 1999, p. 14).

Conclusión

Para llevar adelante esta propuesta, se debe bregar por un Estado consolidado. La solidez se basará en políticas públicas controladas por el Estado nacional, provincial y municipal. Respecto a las características, que ofrece el mundo del capitalismo, no se propone romper con él, sino convenir con él. Es sumamente importante para generar mayor accesibilidad, o mejor dicho mayor ampliación de derechos hacia todos los ciudadanos. Defender la existencia de un Estado de bienestar, donde esté dotado tanto de intervencionismo y proteccionismo y desarrollo económico, como de mediar ante los intereses de los más débiles. Donde la palabra República no se banalice y contenga una verdadera división de poderes. Donde las acciones de amparos que se presenten, por cualquier posible pérdida de los derechos adquiridos, sean atendidos en tiempo y forma conforme a derecho como lo consagra la Constitución Nacional, en su artículo 43 y la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 20. Para ello, es necesario avanzar contra el egoísmo humano. Muchos costos procesales se pueden perfectamente evitar y buen parte de los recursos se pueden invertir adecuadamente. Pero todo va a adquirir de la concientización de las personas y de su articulación con los hombres de la gestión, los cuales se deben capacitar permanentemente sobre el término. Se necesita que el derecho a la accesibilidad se evidencie, se problematice, se visualice, se discuta, que salga a la luz. Todos los ciudadanos deben internalizarlo. El Estado debe darlo a conocer y también es en los institutos educativos y talleres, de todos los niveles, donde deben enseñarlo para que sea el reflejo de un símbolo practicable y buscado. Es un tema muy sencillo de abordar, necesita la voluntad de su enunciado. Ésta sería una manera de construir una nueva concepción política y jurídica de la ciudadanía. Nada puede resolver el Estado, en este aspecto, si decide establecer impuestos cada vez regresivos y una política que reduce las pensiones a los discapacitados o la posibilidad de que un jubilado, pueda obtener un mayor aumento de su haber.

No es contra nadie, es a favor de todos y se conceptualiza como un asunto político, social y cultural. Porque en el fondo, la cuestión, es evitar la exclusión, la opresión, la dominación y la desigualdad injustificada de toda persona, sea o no discapacitada.

Finalmente, y para terminar ilustrando la conclusión, se apela a una frase popular y muy elocuente, de la canta autora de Tango *Eladia Blázquez*, que ayuda a graficar en pocas palabras estos últimos renglones, diciendo:

"Eso de durar y transcurrir, no nos da derecho a presumir porque no es lo mismo que vivir, honrar la vida".

~~

Resarcimiento del daño ambiental como ultima ratio. La importancia de la ampliación de la responsabilidad civil en materia de prevención.

Por Clarisa Baldoni¹

Resumen

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales surgieron como contraposición al desarrollo del sistema capitalista para morigerar la conflictividad social. No obstante, su exigibilidad queda supeditada a la disponibilidad de recursos de cada Estado.

El Derecho ambiental, integrante de esta categoría goza de jerarquía constitucional en Argentina, expresamente mencionado en el artículo 41 de la Constitución Nacional. La peculiaridad de este artículo es la mención expresa del daño y la preservación de este derecho de incidencia colectiva.

El principio precautorio adquiere mayor relevancia con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya que focaliza la responsabilidad civil en el deber de prevención.

Palabras claves

DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES – DERECHO AMBIENTAL – DEBER DE PREVENCIÓN – PRINCIPIO PRECAUTORIO – RESPONSABILIDAD CIVIL –

INTRODUCCION

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales forman parte de las clasificaciones de los Derechos Humanos, más allá que la dignidad humana es indivisible. No obstante en la realidad pueden apreciarse las diferencias que justifican las divisiones, tal como lo es el caso de la operatividad de los derechos, en los DESC queda sujeta a la disponibilidad económica que tenga cada Estado.

El derecho ambiental forma parte de los Derechos Humanos. Se lo reconoce como una nueva rama del derecho por lo reciente de su evolución, implícita en la toma de conciencia sobre el cuidado del medio ambiente. Es el lugar donde la humanidad vive, se desarrolla y se interrelaciona con los demás seres vivos y factores.

Podría señalarse que la interrelación del hombre con la naturaleza no es nueva, inclusive el ambiente preexiste a la humanidad. Pero no se trata del descubrimiento de esa interrelación que hace surgir esta rama del derecho, sino el avance de los desequilibrios que provoca la actividad humana en la naturaleza. Así se comenzó a pensar y actuar para el cuidado de ambiente como situación indispensable para el cumplimiento de otros derechos y principios tales como la salud y dignidad de la persona humana.

El daño ambiental se produce por los cambios que los seres humanos realizan por sus

¹ Abogada. Doctoranda (UM). Doctora en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales.

actividades. Sin embargo no todo cambio va a provocar necesariamente un daño, sino aquel que genere una alteración relevante. Definición que por su vaguedad puede generar conflictos en la interpretación de un caso concreto.

Impedir las actividades para evitar esas modificaciones no es la solución, dado que ello traería carencia de recursos, desarrollo y progreso a la humanidad. En este sentido es necesario comenzar a transitar los caminos de la responsabilidad civil en su concepción moderna que engloba a la prevención según ha marcado la jurisprudencia de las últimas décadas y ha receptado inteligentemente el legislador en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

DESARROLLO

Surgimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Alcances hasta la actualidad.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocidos también como derechos de segunda generación dentro de la clasificación que los considera por orden de aparición en el derecho positivo, surgieron como consecuencia de la opresión de los pueblos frente al desarrollo del sistema capitalista, surgieron precisamente para morigerar la conflictividad social.

Podemos señalar a la clasificación entre comillas porque podemos afirmar que la dignidad humana es indivisible, sin embargo tenemos categorías de derechos humanos como la que acabo de señalar. Entonces los DESC no son menos que los civiles y políticos, sin embargo su exigibilidad y operatividad quedan sujetas a los recursos de cada Estado.

...la universalidad, la interdependencia, y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de ellos pareciera conspirar contra la pulcritud semántica de la tesis que divide generacionalmente a los derechos humanos.

No debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una escisión de aquellos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada progresividad de éstos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no justifica la denegación de otros —económicos, sociales y culturales— (ver v.gr la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo[1986])... Dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones... juzgamos imprescindible que se concrete el pasaje de la progresividad simbólica a la progresividad efectiva y real de tal tipología de derechos, principio de progresividad que interactúa con el de interdicción de regresividad... (Bazán, 2005)

Esto tiene un justificativo que está íntimamente relacionado con los hechos históricos que dieron origen a su aparición porque precisamente fueron necesarios para mantener el orden, la paz social cosa que se intenta mostrar como una conquista de derechos, los derechos sociales de las masas, en realidad su aparición tiene relación directa con la continuidad del sistema capitalista frente a la aparición de su antítesis el comunismo.

Zerrillo (2014) sostiene que "claramente en el momento de la Revolución Francesa se estaba en los preludios de una sociedad capitalista y la declaración de derechos tenía como finalidad primordial garantizar que dicha sociedad se desarrollara". El mismo autor afirma que había una necesidad de afianzar la construcción del derecho como mecanismo de regulación social, para el surgimiento de lo que hoy se conoce como economía de mercado. Es decir, esa en apariencia restricción al Poder absoluto fue en sentido de otorgar mayores ventajas y privilegios a la burguesía.

De esa manera "...el derecho no pierde así su esencia, su motivo de existir, sino que direcciona con claridad el sujeto al cual controlar y el sujeto al cual proteger... La aparición de los derechos, la construcción jurídica que legitima su creación, no fue pensada para que los mismos carezcan de eficacia en su exigibilidad y vigencia."

La economía fundada en el trabajo artesanal fue sustituida por la industria y la manufactura. Este fenómeno que se originó en Inglaterra luego se extendió a toda Europa. Tuvo un gran impacto económico, y generó enormes transformaciones sociales. Desde el éxodo masivo de campesinos hacia las ciudades. Ello porque el agricultor pasó a ser un obrero industrial. La ciudad aumentó su población como consecuencia del crecimiento natural y de la migración de los campesinos.

Estas situaciones generaron las primeras necesidades sociales como la carencia habitacional. La población marginada vivía en espacios reducidos carentes de comodidades e higiene. El éxodo masivo originó abundante mano de obra con lo cual se produjo el fenómeno de la precarización: extensas jornadas de 14 horas diarias en trabajadores hombres, mujeres y niños. Los salarios muy bajos, inexistencia de derechos laborales y mucho menos de la Seguridad Social.

En contraposición a proletariado, se fortificó el poder económico de los grandes empresarios y con ello el sistema económico capitalista, determinado por la propiedad privada de la producción y la regulación de los precios por la oferta y la demanda. La burguesía se encontró en una situación de privilegio social basado en la riqueza.

Frente a la situación de precariedad de los trabajadores en sus condiciones de vida y de trabajo comenzaron a surgir críticas y propuestas. El socialismo de Karl Marx, que proponía la revolución y la abolición de la propiedad privada por un lado. La Iglesia católica por el otro mediante la Encíclica Rerum Novarum en un intento de la búsqueda de equilibrio entre el capitalismo y las incipientes ideas del socialismo. Si bien ello no fue posible, muchas de las cuestiones ahí planteadas fueron banderas de lucha, posteriormente incorporada en lo que aquí remarcamos como derechos de segunda generación.

Frente a la amenaza de la continuidad del sistema capitalista que estos conflictos generaban es cuando aparece la necesidad de garantizarlos y es ahí donde surgen precisamente los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

...la percepción existente a comienzos del siglo pasado de que en el marco de limitar derechos (civiles y políticos) mediante otros derechos (sociales, económicos y culturales) se iba a obtener el respeto y vigencia de las reclamaciones que hasta ese momento se expresaban mediante la lucha política por el cambio del sistema político, económico y social, fue a tiempos vista, un error que no tuvo en consideración la relativa autonomía del campo jurídico y con ello, la correlación de fuerzas que existe con los agentes investidos de competencia social y técnica para decir lo que dice el derecho.

La domesticación de las movilizaciones populares, de las acciones de acción directa y de la confrontación en la calle y en las ideas, tuvo sin lugar a dudas resultados perjudiciales para el conjunto de los trabajadores.

De allí, resulta absolutamente predecible que luego de abandonada la lucha política, de ingresada la discusión al campo del derecho, aparezca el desarrollo de teorías del orden de los derechos operativos y programáticos, que responden ni a más ni menos a los intereses de quienes ostentan el monopolio del derecho. (Zerrillo, 2014)

Es por ello que si bien la aparición de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es visualizada como la conquista de las masas en búsqueda de su bienestar, lo cierto es que fueron funcionales a las desigualdades que generaron esas luchas. Sin embargo no fue

reconocida la obligación de su cumplimiento y vigencia en las mismas condiciones que los Derechos Civiles y Políticos, cuyo origen fue muy diferente. Sin dudas esto repercute en la actualidad y las diferencias existentes en su aplicación efectiva.

El Derecho ambiental

El hombre forma parte del medio ambiente y por ende interactúa con los demás elementos. Así es como también modifica el ambiente en su interacción con el medio. Sostiene Bustamante Alsina (1994) que "después de mucho tiempo de reflexiones de naturalistas y ecólogos, salta a la vista que el hombre como especie viviente forma parte de un sistema complejo de relaciones e interrelaciones con el medio natural que lo rodea. El ambiente es el conjunto de factores que influyen sobre el medio en el cual el hombre vive".

Ello podría verse compensado por el equilibrio constante que busca la naturaleza. Sin embargo la actividad humana, en búsqueda permanente de mayor confort realiza mayores actividades que no siempre logra adaptarse al equilibrio natural. Porque, a diferencia de las demás especies del reino animal, por ejemplo, descubrió la agricultura y ganadería para proveerse de alimentos, almacenarlos y manufacturarlos. Dichas actividades productivas fueron a su vez especializándose lo que comenzó a modificar suelos, ecosistemas, escurrimientos de aguas, etc. El procesamiento industrial, que también fue progresivo genera modificaciones en el ambiente. Los avances de las ciencias y la tecnología colaboran en estos fenómenos. Pero a su vez genera otros, entre ellos mayor longevidad de la población lo cual provoca cambios demográficos.

El hombre también estableció pautas y normas para hacer posible la convivencia, así nació el derecho que también fue desarrollándose en distintas especialidades, entre ellas el derecho ambiental, una de las ramas más recientes.

Claro que si decimos ambiente como objeto de derecho ya nos encontramos con una situación compleja como lo es la definición, de hecho nuestra Ley General del Ambiente no lo define². Pastorino (2005) dice que es por su reciente aparición en relación a su tratamiento sistémico y de concepción global ya que el hombre desde sus orígenes se ha interrelacionado con el ambiente que lo rodea. "...El ambiente existe antes que la humanidad por ello no se puede partir de una definición legal o jurisprudencial, el ambiente es una realidad que el derecho debe descubrir, cuestión que como lo afirma Francois Ost. El ambiente existe antes que la especie humana.

Pastorino (2005) asimismo afirma que si vemos el ambiente como objeto de estudio de la ecología, posee algunas características esenciales: entre ellas la alterabilidad, el permanente cambio. Ello por su esencia, los factores que lo conforman, la interacción y la capacidad de afectar o modificar otros componentes. Sin embargo, en ese juego de causas y consecuencias la naturaleza siempre busca un equilibrio. De ahí que lo denomina equilibrio dinámico.

Siguiendo a Caferatta (2004) que nos recuerda una definición del derecho ambiental podemos señalar que "...es el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y

² Sin embargo vale resaltar que la Ley № 11.723 de la Provincia de Buenos Aires, lo define como un "sistema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste".

conservación del medio ambiente, en cuánto a la prevención de daños de éste, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida." La naturaleza de este derecho es compleja por sus características que nuestra Constitución Nacional en su reforma de 1994 denomina de incidencia colectiva.

Este autor deja en claro también la incidencia de este derecho con los Derechos Humanos:

"... derecho declaradamente más solidario, con interdependencia marcada con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad, y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico. Su finalidad es velar por los intereses colectivos, no individuales, sino difusos sobre bienes de uso y goce colectivo. Tiene también en su singular teleología la intención de asumir su calidad de vida como valor. Calidad de vida que va de la mano del reconocimiento de la dignidad humana" Ello para luego destacar que "... no cabe duda que entre ambiente y salud existe una estrecha relación. Así se ha dicho que [el derecho a la tutela del ambiente o derecho al ambiente salubre puede considerarse expresión del derecho a la salud]"

El derecho al medio ambiente es un derecho inherente a la persona humana, presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos, ello por la interrelación del ambiente con la calidad de vida. Constituye una proyección del derecho a la existencia, en dignidad. Así es como lo establece nuestra Constitución Nacional en su artículo 41, pues consagra el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, expresando que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras.

En el ámbito de los instrumentos internacionales vale recordar que el derecho al medio ambiente explícitamente se encuentra en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 11 que "...todos tienen derecho a vivir en un ambiente sano y a tener acceso a servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes deben promover la protección, la preservación y el mejoramiento del ambiente..."

El alcance de este derecho se lo da la Convención a través de los artículos 1 en cuanto a la obligación de los Estados de respetar los derechos, 2 el deber de adoptar medidas en el derecho interno y 26 menciona el compromiso de los Estados Partes en adoptar medidas para lograr de manera progresiva la aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Protocolo relativo a estos derechos establece el derecho al medio ambiente sano.

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se puede observar con el caso Luna López vs Honduras, sentencia del 10 de octubre de 2013, previo a su análisis la Corte recordó que: "existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos³ ... En este sentido, la Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad⁴".

No obstante, si bien el Derecho al medio ambiente sano se encuentra dentro del

³ Caso de la Comunidad Mayagna *op. Cit.*. Serie C No. 79, párrs. 144, 149 y Caso Kawas Fernández, supra, párr. 148. Cfr. Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 11. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la relación que existe entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos.

⁴ Caso de la Masacre de Pueblo Bello y Caso Castillo González y otros.

Protocolo adicional, no se registran reclamos de esta índole, sino a través de otros derechos⁵.

El Daño ambiental.

Pablo Lorenzetti (2015) establece una diferenciación del daño ambiental respecto a cualquier otro daño: "es el único que posee referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de derecho" en alusión a su incorporación a la Constitución Nacional mediante el artículo 41 en su última reforma de 1994.

Asimismo este autor lo señala como bicéfalo por involucrar perjuicios individuales y colectivos. Deja aclarado además que en los casos particulares podrían aplicarse también las normativas de derecho común. En este sentido -aclara- Bustamante Alsina (1994) lo denomina ambivalente, pero con una particularidad: sostiene que existe un daño ambiental que es común a la sociedad y otro que se realiza a través del propio medio ambiente que por efecto rebote causa daños a personas concretas. Algunos autores hablan de daño al ambiente y daño a través del ambiente⁶.

A diferencia de lo expuesto, la Ley General del Ambiente si define daño ambiental en su artículo 27 como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos. Sin dudas el derecho se enfrenta a uno de sus mayores problemas como lo es la vaguedad del lenguaje', puesto que alteración relevante puede generar diversas interpretaciones.

Siguiendo a Pastorino (2005) la actividad humana no siempre genera o modifica el ambiente de modo negativo:

Cualquier actividad humana puede producir un impacto en el sentido de un "efecto de una actividad sobre la naturaleza". Pero estos impactos pueden no ser siempre negativos, ya que también el hombre impacta la naturaleza para mejorar el ambiente o corregir los desequilibrios que el mismo ha provocado. Muchas medidas humanas tienen ese impacto positivo por sí mismas, como si fuera buscado. El establecimiento de una red de transporte público eficiente puede provocar un impacto positivo en la calidad del aire por la disminución en la circulación de medios privados. La caza de un ejemplar de fauna silvestre es un impacto negativo, pero no genera el daño irreversible de la pérdida de la especie si es hecha en forma regular. Un concepto demasiado estricto de daño ambiental como todo impacto negativo impediría casi todas las actividades humanas ya que ellas alteran el medio ambiente en alguna manera. Por eso debe tomarse referencia del estudio científico que pueda ponderar la capacidad de carga del ambiente. Por ejemplo, la actividad agraria –que mayoritariamente se considera la actividad más compatible con la naturaleza- se hace en terrenos que de no existir tal actividad serían ambientes naturales... La solución no es prohibir la agricultura, sino planificar el territorio para definir áreas en las que esa actividad se pueda realizar y otras reservadas a la preservación de los ambientes naturales en cantidad y bajo sistemas que permitan su continuidad en el tiempo.

Podría decirse entonces que en el daño al ambiente existe un detrimento hacia el interés social. El sujeto de tutela es el ambiente como bien jurídico a proteger. Por otra parte cuando refiere a daño a través del ambiente existen personas concretas que han padecido un

⁵ Por ejemplo a través del derecho de propiedad en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001

⁶ Tales como esta distinción fueron Walsh Juan y Preuss Federico en "El daño ambiental: la necesidad de nuevas instituciones jurídicas" publicado en Jurisprudencia Argentina en 1996.

vagas".

menoscabo en sus derechos por daños a través del ambiente. En este caso el bien jurídico es la persona humana. Sin embargo, más allá que esta diferenciación sea utilizada para establecer legitimación activa y normativa aplicable, en todos los casos el receptor que requiere protección, finalmente es la persona humana.

Responsabilidad por daño ambiental. Preservación y Prevención por sobre la reparación.

Frente al daño ambiental o daño a través del ambiente se abren caminos inherentes a la responsabilidad civil. En el primer caso resultan aplicables artículo 41 de la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales con Jerarquía constitucional aplicables a la materia, el régimen de responsabilidad establecido en la Ley General del Ambiente y normas inferiores según sea la jurisdicción del hecho. Mientras que en los segundos resulta aplicable la normativa del derecho civil.

La responsabilidad en el daño ambiental colectivo posee una función de recomposición en primer lugar y de manera subsidiaria procede la indemnización pecuniaria⁸. En el caso del daño ambiental individual, la naturaleza de la responsabilidad es principalmente resarcitoria y el monto indemnizatorio se destina a cada damnificado, en la medida del daño efectivamente sufrido.

No obstante, la función preventiva de la responsabilidad a partir de la sanción del nuevo CCCN ha adquirido mayor protagonismo porque le ha dado lugar al avance que había tenido en la jurisprudencia. Si bien la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente establecen el deber prevención y precaución, ello es en los daños de incidencia colectiva. A partir de la reforma del Código Civil lleva este mismo carácter a los daños ocasionados a través del ambiente a personas concretas.

El artículo 1708 CCCN genera una modificación importante a la responsabilidad al establecer que "las disposiciones de este título son aplicables a la prevención y a su reparación". Es decir, que por una parte conserva la teoría de reparación del daño causado y además la complementa con la función preventiva. El Código derogado establecía solo el resarcimiento por daño causado con lo cual de no producirse no generaba responsabilidad. Por ello la jurisprudencia aplicaba el principio precautorio fundado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el fallo Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo del 26 de marzo de 2009⁹ en la que expresamente manifestó que la medida adoptada se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente y dispuso que:

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente". En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones. La tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendrá un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar y que, en palabras expresadas por el representante de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en la audiencia pública del día 18 de febrero del corriente año, seguramente será negativo... El principio precautorio

⁸ Que se destina al Fondo de Compensación Ambiental.

⁹ Lo expuesto fue por la petición del Estado Provincial que solicitaba se dejara sin efecto la medida cautelar dictada en su pronunciamiento del 29 de diciembre de 2008 en el que dispuso el cese provisional de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la Provincia de Salta durante el último trimestre del año 2007.

produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

Como ya se expresó se trata de una responsabilidad preventiva, que el nuevo CCCN recepta de la jurisprudencia. Implica un deber que remite a una instancia previa, solo con la certeza del daño irreversible que podría causar, antes que el mismo suceda. "La norma del CCCN establece con acierto la tutela preventiva o inhibitoria, esto es para evitar que un daño se produzca *ex ante*. Tutela que si bien siempre ha existido, ahora el CCCN la consagra en forma expresa. La responsabilidad civil no es sólo la obligación de reparar, sino el deber de evitar el daño" (Bueres, 2015).

Un dato interesante surge del 1709 del CCCN porque le da prioridad a la responsabilidad establecida en dicho texto normativo respecto a las normas especiales. "Este artículo será importante en caso de colisión entre este Código y las leyes especiales (véase por ejemplo... la responsabilidad agravada en materia ambiental, o la ley de residuos industriales o residuos peligrosos)" (Bueres, 2015)

El artículo 1710 del CCCN regula el deber genérico de evitar la producción del daño y con ello complementa también al principio de prevención que establece la Ley General del Ambiente. Se trata de un deber genérico *erga omnes*, que alcanza no solo la obligación de evitar la producción de un daño, sino de disminuir su magnitud y evitar que se agrave cuando se ha producido. En el anterior Código no existía una acción preventiva genérica.

La exigibilidad de la obligación que genera este tipo de responsabilidad está dada a toda persona siempre que se encuentre dentro de la esfera de su control. Para Bueres (2015) implica una excepción a la reparación plena por tratarse de Derechos Humanos: "en la tutela de la persona y por consiguiente de los derechos inherentes a ella como el honor, la privacidad, la intimidad, la identidad, etc, es relevante la tarea preventiva que se presenta como de mayor eficacia".

La Corte había dicho en el fallo "Mendoza Beatriz Silvia y Otros C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) del 20 de junio de 2006¹⁰, que es de prioridad absoluta la prevención del daño futuro: "...la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que -según se alega-en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento."

según los casos.

¹⁰ Este caso se trató de una demanda por daños al ambiente y daños a través del ambiente. En este último se peticionó resarcimiento para cubrir incapacidad sobreviniente, tratamientos médicos, gastos por nueva radicación en supuestos específicos, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, daño futuro -comprensivo de los gastos que habrá que realizar, para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo-, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires también se ha expedido respecto a la importancia de la prevención y cuando el daño se ocasione, también la prevención de daño futuro ya que expresó claramente que la reparación no da derecho a seguir dañando porque lo que se afecta es la salud y calidad de vida: "Cualquier actividad susceptible de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de las personas o de la comunidad debe ser en primer lugar prevenida o disuadida. Si ya hubiere comenzado a generar el daño, habrá de cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado, de acuerdo al principio de que quien perjudica el medio ambiente debe resarcir, pero quien resarce no por ello puede seguir produciendo el perjuicio. En esto no sólo va comprometida la salud y el bienestar de quiénes sufren actualmente la ofensa, sino también de las generaciones futuras a las que no puede de ningún modo conculcárseles sus posibilidades vitales. Sociedad Anónima Garovaglio y Zorraquin c/ Provincia de Buenos Aires (O.S.B.A.) s/ Demanda contencioso administrativa, sumarios JUBA-B94492 del 26-9-2007. Que luego ratificó en una sentencia más reciente: "...El ser humano es la figura basilar en un contexto conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre un ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esta derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que visceralmente caracterizan aquel medio. Ello conlleva el deber de anticiparse al daño y de adoptar las medidas eficaces para impedir su producción. Así, las actividades susceptibles de empobrecer sustancialmente la calidad de vida de cualquier persona o comunidad deben ser, en primer lugar, prevenidas o disuadidas (conf. mi voto en causa A. 70.117, "Asociación Hoja de Tilo", sent. del 23-XII-2009). Longarini, Cristian Ezequiel y otros c/ Ministerio de la Producción y otros s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, sumarios JUBA A 70082 del 29/3/2017.

El artículo 1711 del CCCN introduce este deber de prevención en concordancia con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional al determinar que "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" Es decir que determina la responsabilidad objetiva en relación a la conducta de quien tiene a su cargo el deber de prevención. Pero establece el carácter antijurídico de la acción u omisión. Cuestión que podría no ser suficiente hablando de daños ambientales que perfectamente pueden derivar de actividades lícitas. En este sentido Pablo Lorenzetti (2015) dice que también podría valorarse como antijurídica por el simple hecho de valorarse como conducta contraria al deber genérico del 1710 CCCN.

La legitimación activa es amplia conforme lo establece el 1712 CCCN porque establece como parámetro que acredite un interés razonable. Acá es válido recordar, lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional -aunque se trate del amparo- el cual define quienes tienen ese interés razonable: el afectado, el defensor del pueblo y asociaciones que propendan a esos fines.

En el caso del interesado, sin dudas se refiere a los daños de incidencia directa a personas concretas, es decir daños a través del ambiente como consecuencia del impacto negativo producido en el mismo. En este caso debe mostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución del Conflicto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse y diferenciar en tres categorías en la legitimación en el Fallo "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley

25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" del 24 de febrero de 2009. Ello porque en la acción preventiva no existe aún el daño, y si se realiza sin determinados límites puede llegar a interferir con la libertad y derechos de otras personas, incluso lesionar derechos de raigambre constitucional (trabajar, industria lícita, etc) Es importante demostrar ese derecho legítimo y la amenaza cierta que se produzca el daño.

Dice la Corte Suprema en Halabi: "... en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de guienes éste representa.... Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular. Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Conclusión

Sin dudas el Código Civil y Comercial de la Nación es más útil porque proporciona un sistema de reparación que no es solo resarcitoria y complementa lo establecido en la ley de presupuestos mínimos. Fomenta la prevención y nos da la posibilidad de exigirla si somos abogados o de establecer acciones tendientes a las mismas si somos jueces. Por supuesto, sin restar responsabilidad al Estado que es quien debe velar por el cuidado del medioambiente y la calidad de vida de los seres humanos. Es por ello que este deber de prevención que se afianzó con la llegada del CCCN obliga a toda persona en cuánto de ella dependa.

El derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano y por lo tanto la fiscalización debe centrarse en prevenir y controlar las actividades que puedan conllevar a

riesgos ambientales por encima del resarcimiento, qué cuando éste es necesario porque el daño ya se generó tampoco da derecho a su continuidad.

Claro que la fiscalización para la prevención no es una tarea sencilla ya que debe realizarse con mucha cautela porque de inclinarse hacia uno u otro lugar podría afectar derechos de jerarquía constitucional. Es decir, si se impide el progreso, ello vulneraría la dignidad humana por la falta de acceso a trabajo digno, obtener sus propios ingresos y con ello el sostén necesario para la familia. Si por el contrario, permitir actividades que producen o pueden producir daños negativos con efectos irreversibles al ambiente en pos de generar actividad económica también atenta contra la dignidad humana, derechos como la salud, acceso al agua potable, y otros. En este caso no solo para las generaciones presentes sino también para las futuras.

La responsabilidad va hacia un buen camino, puesto que cada vez más se toma consciencia que la reparación solo debe ser de carácter subsidiario como posibilidad frente al daño que no pudo ser evitado. Es una buena señal y pongo de resalto lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a que el resarcimiento no pueda utilizarse como posibilidad a modo de permiso para contaminar ya que el hecho de resarcir por un daño producido no genera derecho a seguir ocasionándolo.

En sintonía con lo descripto por la Corte Suprema de Justicia en Salas Dino se debe armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable y buscar la complementariedad porque la tutela del ambiente no implica detener el progreso. Lo importante en esto –al igual que nos enseña la naturaleza es buscar el equilibro para lograr un desarrollo sustentable y sostenible para nuestra generación y las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFIA

Alcalá Nogueira Humberto en Estudios Constitucionales, (2009) Los Derechos Económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano V. 7 Nº2 pp 143.

Alvarez Agustín y Cornet Oliva Victoria (s.f) *Responsabilidad por daño ambiental* recuperado de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-civil-por-dano-ambiental/at download/file el de septiembre de 2016.

Baldoni María Clarisa, Cipptelli Orlando Daniel (2014) *Protocolo de San Salvador. Un avance hacia la recuperación de los derechos económicos sociales y culturales plasmados en la constitución de 1949.* Infojus ID: DACF140139.

Baldoni María Clarisa (2015) *Nuevos desafíos del derecho frente al envejecimiento progresivo de la sociedad*. XIII Congreso Nacional de Derecho laboral Y Relaciones del Trabajo de la SADL.

Bazán Víctor, (2005) Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano en Anuario del Derecho Constitucional Americano, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21742.pdf el 28 de noviembre de 2016.

Bueres Alberto (2015) Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y

concordado Bs. As.: Hammurabi. 2 reimp.

Bustamante Alsina Jorge (1994) Responsabilidad Civil por daño ambiental Doctrina clásica: responsabilidad civil por daño ambiental Buenos Aires: La Ley. Caferatta Néstor (2004) Introducción al derecho ambiental México: Instituto Nacional de Ecología.

Carnotta Walter, Maraniello Patricio, (2011) "Tratado de los Tratados Internacionales", Buenos Aires: La Ley S.A.E. e I..

Carrió Genaro (1986) "Notas sobre derecho y lenguaje" 3Ed. Amp. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Davove, María I, (2008) *La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad* Universidad de Federal do Rio Grande do Sul p 7-26.

Lorenzetti Pablo (2015) *Antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su formulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* recuperado de http://www.nuevocodigocivil.com/antijuridicidad-como-presupuesto-de-la-responsabilidad-civil-por-dano-ambiental-su-reformulacion-a-partir-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-por-pablo-lorenzetti/ el 28 de noviembre de 2016.

Pastorino Leonardo (2005) El Daño al Ambiente Buenos Aires: Lexis Nexis.

Pinto Mónica, (2011) *Temas de Derechos Humanos* Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

Pizarro, Ramón, (2015a). Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código, Buenos Aires: La Ley.

Pizarro, Ramón, (2015b). *Tratado de Responsabilidad Objetiva*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.

Zerrillo, José Luis (2014) Los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) De dónde venimos y hacia dónde vamos recuperado el 5 de septiembre de 2016 del sitio web del repositorio institucional de la UNLP http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/43713?show=full

~~

Las medidas autosatisfactivas: Corolario de los procesos urgentes

Por Francisco L. Cosso¹

Sumario: I. Las Medidas Autosatisfactivas: Corolario de los Procesos Urgentes. II. Concepto. Algunas particularidades. III. Ejercicio asertivo del magistrado acorde al principio de Activismo Judicial. IV. Una herramienta procesal que lleva 20 años de espera sin ser regulada. V. Conclusiones. VI. Referencias.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo un breve estudio de las cuestiones más relevantes de las medidas autosatisfactivas, entendidas como herramientas emergentes en la nueva concepción del derecho procesal argentino.

La exigencia actual de una tutela efectiva por parte de la justicia ha desbordado el interés de doctrinarios en profundizar sobre el instituto que aún aguarda regulación en el ámbito nacional y en muchas de las provincias argentinas.

A pesar de las opiniones divergentes, esta figura se ha convertido en el corolario de los procesos urgentes, en el remedio que sale a la defensa de los derechos fundamentales del ser humano en el marco de una jurisdicción oportuna.

Dividido en apartados para su mejor lectura, la presente investigación procura reflejar la importancia que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han dispensado en el mundo procesal, aspirando quienes buscamos respuestas en forma constante una pronta regulación del instrumento que tanta tinta ha dejado correr y embates jurídicos ha generado entre los doctrinarios más destacados de nuestro país.

Palabras claves: MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS - PROCESOS URGENTES - JURISDICCIÓN OPORTUNA - TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS - ACTIVISMO JUDICIAL

I. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: COROLARIO DE LOS PROCESOS URGENTES

El mundo globalizado en el que vivimos apareja cambios en los comportamientos culturales, sociales e interpersonales, exigiendo respuestas y soluciones a tiempo, que acompañen los requerimientos de los peticionantes.

En la vorágine actual, se torna cada vez más evidente la lentitud de los procesos, la falta de respuestas concretas de quienes administran justicia y una exigencia cada vez mayor de la sociedad que procura una jurisdicción oportuna que haga lugar a aquella famosa expresión de "Dar a cada uno lo suyo", a lo que Eguren María Carolina agrega, y compartimos,

_

¹ Abogado. (U.C.A.). Mediador. Profesor Universitario en Portugués (U.A.D.E.R.). Traductor Matriculado Habilitado en Portugués por el CTPSF. Especialista en Derechos Humanos y Educación (I.N.F.D.-M.E.). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (U.A.D.E.R. – M.J.D.H. – S.D.H.). Diplomado Universitario en Construcción de Proyectos e Investigación Cualitativa en Ciencias Sociales (UNLP). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UM-CIJUSO). Docente de nivel secundario, superior y posgrado universitario.

"cuando le corresponde" (2014, p. 21).

La doctrinaria sostiene en el capítulo introductorio de la obra Medidas Autosatisfactivas que "la oportunidad del debate y de la decisión, se constituyen en dos ejes que demuestran lo imperioso de alterar el orden clásico del proceso con el fin de que este se convierta en instrumento para consumar absurdo" (Eguren, 2014, pp. 21-22). Parafraseando a la autora, podría interpretarse como absurdo aquel proceso extremadamente formal, que en muchos casos deja de lado la finalidad del derecho por un excesivo apego a las ritualidades, perfectamente sostenido por ella al expresar que lo oportuno, en varios casos, puede ser perjudicado por una excesiva protección formal de los derechos (Eguren, 2014).

En consonancia con lo sostenido hasta aquí, podemos decir que la protección de las garantías procesales también puede darse mediante una interpretación amplia de los Institutos. Esta nueva era del derecho procesal, no solamente implica cambios que deben adecuarse a los tiempos que corren, sino que exige una mirada amplia y agiornada que escape del clasicismo conservador respecto de las formas en como los derechos fundamentales del hombre puedan llegar a su plenitud de manera efectiva, en un marco de respeto y observancia de las garantías constitucionales y supranacionales.

La **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA**, ha sostenido en reiteradas oportunidades, como en la causa PARDO, Héctor P. y otro c. DI CÉSARES, Luis A. y otro, que

una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere . . . para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía. ²

Con ello, la CORTE reconoce la necesidad de contar con procesos que resulten eficaces para las partes y que puedan, a través de estos, materializar los postulados sostenidos para la consecución de resultados ajustados en el tiempo.

Los cuestionamientos en torno a lo "oportuno" brotan ante una concepción del proceso que cuida, aunque de modo obsesivo, la protección formal de los derechos. Dicha protección en términos desmedidos, ya no encuentra correlato con la demanda de ciudadanos que reclaman, en forma constante, pronta respuesta a los planteos vertidos en sede judicial.

En la era actual, donde la respuesta a lo urgente se presenta como punto principal de discusión, no se deja de poner énfasis en que el accionar judicial y su producido lleguen a tiempo, se respeten todos los principios y valores que enmarcan los derechos de los peticionantes y se garantice un adecuado, eficaz e idóneo servicio de justicia.

Como expresa Eguren, no se busca una sentencia dictada fuera de tiempo que deje el derecho sustancial sin oportunidad de ejercicio, sino que se busca una sentencia que dé respuesta a las peticiones efectuadas por las partes a tiempo (Eguren, 2014). Así, esta respuesta permitirá materializar el derecho sustancial de los peticionantes que aspiran una efectiva satisfacción de sus intereses, permitiendo superar el descrédito en el cual había recaído el servicio de justicia por tantos años, a consecuencia de procesos lentos e ineficaces que nada reflejaban la lucha de los accionantes.

_

² La lectura del fallo completo "PARDO, Héctor P. y otro c. DI CÉSARES, Luis A. y otro" puede ampliar las ideas que pretenden ilustrar un cambio de paradigma en materia procesal.

Es dable destacar que las autosatisfactivas son herramientas procesales que presentan el sello de complementarias y ampliatorias a los procesos existentes a fin de sortear las necesidades de actores en el tiempo en que estas sean verdaderamente exigidas. Llegar a la solución de forma expedita y rápida respecto de planteamientos formulados, presenta mayor resonancia y recepción, reflejándose un amplio requerimiento de instrumentos ágiles que puedan, en plazos más breves, saciar las exigencias que, vehiculizadas por otra vía, disolverían la pretensión del actor en obtener pronta respuesta y oportuna a la situación de hecho planteada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza sobre lo que la convención reza en lo atinente a que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención"³, lo que, en la mayoría de los casos, no se configura. Generalmente, los procesos son lentos y en pocas oportunidades arriban a soluciones ajustadas a plazos razonables.

En el mismo orden de ideas, Berizonce ha sostenido que

resulta paradójico en tiempos en que la cuestión de la eficacia en concreto del sistema de justicia trepa a las cartas constitucionales y se recoge en los tratados internacionales que consagran las garantías judiciales, el disfavor y la desconfianza que en la mayoría de nuestros países suscita entre los ciudadanos, destinatarios de todas las declaraciones de derechos, el funcionamiento y desempeño del aparato jurisdiccional, notoriamente deficitario y por ello cuestionado casi sin intermitencias. (2005, pp. 965-966)

Tomando las palabras del procesalista, los cuestionamientos intermitentes a los que hace referencia el autor a razón de las deficiencias del aparato jurisdiccional, no son más que respuestas provenientes de la grave crisis procesal que atraviesa el sistema. Las exigencias y demandas aumentan con el paso del tiempo, pero no resultan acompañadas de medios procesales idóneos y, por ende, de respuestas jurisdiccionales adecuadas de jueces que puedan vislumbrar el cambio de paradigma que transitamos.

Michelle Taruffo sostiene que una de las propiedades que debe presentar la ley procesal es la "simplicidad", la que claramente se manifiesta cuando un procedimiento ha sido regulado de manera clara y sencilla, aplicándose un mecanismo simple. Este mecanismo de estructuras simples, debería permitir que en él se conciba todo lo que se espera de un proceso: decisiones oportunas en tiempos razonables (1999).

Mabel De los Santos hace hincapié en que el sistema supranacional reconoce que ya no se trata de preservar de manera tan totémica la garantía del debido proceso. Con palabras claras expresa que muy fácil y cómodo es sostener un "correr traslado" cumpliendo con todas las formalidades de ley en los términos establecidos pero, parafraseando a la autora, este accionar totémico e incuestionable no sirve a los fines de una jurisdicción oportuna que verdaderamente se preocupa por dar respuesta a las peticiones formuladas (2012).

El derecho sustantivo ya no se satisface con la observación de sus formas, sino que su dimensión se extiende "al contenido sustancial de la decisión", aspirando satisfacer la búsqueda de la verdad, sin olvidar que ese resultado debe ser útil y dar cumplimiento a lo estipulado. Si bien, no se deja de dar relevancia a la importancia que las formas requieren en

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B- 32). San José, Costa Rica, 1969.

la celebración de los actos, muchas veces deben ser reducidas a fin de no atentar contra el verdadero sentido de justicia: sustanciar procesos en búsqueda de satisfacer intereses contrapuestos y en litigio, en los cuales el juez adopte una postura activa, integrativa de este tipo de medidas.

Con la medida autosatisfactiva se busca evitar aquellos debates innecesarios que atenten contra el espíritu y los ideales del hombre y sus derechos, y ... como sostiene Eguren "Dar en el blanco, en el momento oportuno" (Eguren, 2014, p. 29).

II. CONCEPTO.

La medida autosatisfactiva, con más de dos décadas de vida desde su creación pretoriana, ha puesto en evidencia la necesidad de hacer realidad la tan preciada jurisdicción oportuna, prestada en tiempo útil, que los institutos cautelares muchas veces no llegan en forma eficaz al llamado de urgencia.

Peyrano las define como una "solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial" (1996, p. 48).

Contrariamente a los objetivos y la finalidad de las medidas anticipatorias⁴, las autosatisfactivas, de carácter excepcional, dispensan una satisfacción inmediata, efectiva y definitiva, que agota y consume la litis en un proceso al que se le imprime el carácter de urgente, a través de un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso (Berizonce, 2014, p. 10).

ALGUNAS PARTICULARIDADES

La jurisprudencia y la doctrina han ido estableciendo los caracteres más relevantes, dejando un claro lineamiento respecto de su estructura, particularidades, y especificidades que marcan diferencias estructurales respecto de otros institutos.

Así Peyrano ha sostenido que son autónomas, excepcionales y prescinden de todo tipo de proceso principal, agotándose con su proprio dictado⁵, otorgando tutela definitiva y no provisional, aunque en algunos casos, dependiendo de las circunstancias de interposición, el juez puede fijar límites temporales, como prórrogas a pedido de parte, destacándose que el interés principal de quien postula la medida es la respuesta urgente al caso planteado, sin focalizarse en la declaración del derecho (Peyrano, 2014).

El carácter de la bilateralidad ha sido objeto de discusión entre varios juristas, doctrinarios, jueces y abogados que tachan la medida de inconstitucional por violentar dicho principio. Con el correr del tiempo y, basándonos en la mirada amplia con la cual debe analizarse cada uno de los institutos procesales del siglo XXI, Peyrano considera que el juez puede despachar la medida sin sustanciación previa, atendiendo a la urgencia pura del hecho

⁴ Las anticipatorias proveen una protección puramente provisional e interina, que adelanta de modo total o parcial los efectos de la tutela pretendida, pero no prejuzga ni interfiere la definición final que sólo llega con la sentencia en el mérito.

_

⁵ Es importante destacar que esto marca una amplia diferencia respecto de las medidas cautelares, que si requieren de un proceso principal, dada su accesoriedad.

a solucionar o, en casos excepcionales, siempre que las circunstancias del caso así lo permitan y requieren, puede someterla a una breve y previa sustanciación⁶ (Peyrano, 2014).

Es relevante destacar que ese accionar dependerá del activismo del juez y su inmediación con la causa, reservando en todos los casos las vías impugnativas para quien va dirigida y despachada la medida. El hecho de que las vías impugnativas se encuentren a disposición de la contraparte, ya garantiza el principio de la bilateralidad en el proceso urgente, que aunque sea postergada, está presente (Peyrano, 1996).

Se ha podido observar con lo sostenido hasta aquí, que la ejecutabilidad es inmediata, por lo que cualquier incidente o recurso que el demandado pretenda interponer con efecto suspensivo a los fines de postergar o entorpecer la efectiva satisfacción del derecho material del reclamante, no podrá ser admitida en este proceso. Pero, ¿qué camino queda para el accionado? Ejecutada la medida, quedan disponibles dos vías, o la impugnación por medio de un recurso de apelación el cual deberá ser otorgado solamente con efecto devolutivo, el que en ningún caso suspenderá el curso que sustancia el proceso ni la resolución emitida para su cumplimiento o, iniciar un juicio declarativo general de oposición, el que no podrá suspender el cumplimiento de lo ya determinado.⁷

Esta ejecutabilidad inmediata encontraría un límite relativamente temporal en aquellos casos donde se acredite prima facie la concurrencia del riesgo a sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación si la medida se otorgase. Ante esta situación, la parte afectada podrá solicitar la suspensión provisoria, previo otorgamiento de contracautela suficiente.

La no caducidad del trámite establece una diferencia marcante que evita cualquier confusión con una medida cautelar, en la cual se cuenta con un plazo breve para iniciar el proceso principal que le de sostén.

III. EJERCICIO ASERTIVO DEL MAGISTRADO ACORDE AL PRINCIPIO DE ACTIVISMO JUDICIAL.-

La función del juez en los procesos de tutela diferenciada adquiere una particularidad notoria, en la que su rol ya no es el de un simple director, sino que sus facultades se amplían a fin de garantizar los objetivos buscados por estas tutelas que elevan la bandera de la urgencia, en las que el principio de inmediación cumple un papel preponderante en el proceso.

Es el juez quien a su ejercicio de contralor le sumará otras acciones tendientes a resolver con probidad la cuestión allí planteada. Acorde a ello, Eguren plantea que

los magistrados deben agotar todos los medios para ajustar los tiempos a la medida de las necesidades concretas, por lo que se torna más que necesario concretar el principio de inmediación procesal: las audiencias de conciliación y las constataciones judiciales resultan medios idóneos para que el magistrado pueda tomar contacto real con las aristas fácticas del caso . . . El juez debe tomar las riendas de la contienda, abstenerse, en lo posible, de correr traslado cuando bien puede decidir, conminar a las partes, citarlas a una audiencia de conciliación a fin de promover la composición de las cuestiones incidentales o promover que aquéllas impriman ritmo al proceso autosatisfactorio, emitir un proveído intimando a las partes a simplificar los trámites, o a comportarse con una conducta

_

⁶ En todos los supuestos, la audiencia queda postergada hasta luego de dictada la medida autosatisfactiva, estableciendo el juez el alcance que le otorgará a aquella.

⁷ Es importante dejar por sentado que la elección de una vía de impugnación excluye la otra, por lo que resulta imposible la interposición simultanea de ambas.

apropiada a la celeridad procesal, aplicar multas ante el comportamiento abusivo o sancionar la inconducta con mano firme (2014, p. 28).

Infelizmente, lo bueno que transmite la letra de especialistas en muy pocos casos se cumple, ya que el abarrotamiento de causas que congestionan la sede de tribunales en todos sus fueros, lleva a que los jueces encargados de celebrar las audiencias, según disponen los códigos procesales, deleguen en repetidas oportunidades esta facultad en manos de funcionarios que si bien pueden ilustrar al director del proceso sobre las cuestiones que allí se debaten, difícilmente podrán transmitir aquellos elementos o datos que solamente el juez podría observar al presenciar la audiencia. Esto hace que los objetivos que presenta la inmediación procesal se disuelvan en el tiempo y no produzcan los efectos esperados.

Este activismo judicial, tan preponderante e importante en los procesos de urgencia, no niega el principio dispositivo por el cual la carga del impulso procesal sostenido y eficiente pesa sobre el actor. Es fundamental que las partes impulsen el proceso, pero también es esencial que el juez deje de lado su rol pasivo y se mantenga alerta a fin de evitar demoras, incidentes, o cualquier otro proceso que pueda afectar el verdadero interés de las partes, dejando de lado lo esencial (Eguren, 2014).

IV. UNA HERRAMIENTA PROCESAL QUE CUMPLE MÁS DE 20 AÑOS DE ESPERA PARA SER REGULADA.

Peyrano nos raconta que desde mediados de los años noventa se bregaba por imponer la medida autosatisfactiva, la que en sus albores era considerada como una diligencia que debía decretarse *inaudita et altera pars*, a lo que luego se reconoce que en algunos casos, como sucede en el derecho de familia, se pueda arbitrar una previa y comprimida sustanciación que garantice el principio de defensa de defensa en juicio (1995). En la actualidad, el autor sostiene que "es el órgano jurisdiccional, quien según las circunstancias del caso, debe responder fundadamente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera" (Peyrano, 2009, p. 15).

Si bien es cierto que la medida aún espera ser regulada en el código procesal de la Nación, ya muchas provincias han tomado impulso y les han otorgado un marco regulatorio. Entre ellas encontramos las provincias de Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan y Santiago del Estero, quienes con impulso renovador, han sido pioneras en el tema.⁸

La situación de Entre Ríos, ámbito que nos compete, no regula la medida autosatisfactiva en su código procesal. Nuestra Constitución provincial, en la última reforma, introdujo la tutela judicial efectiva a través del Art. 65⁹, que si bien se trata de un gran aporte

doctrina ha postulado por más de 20 años.

⁹ La Provincia asegura la tutela judicial continua y efec

⁸ El código procesal de la provincia de Santiago del Estero, en su artículo 37, reza: "Medidas autosatisfactivas: los jueces ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y la necesidad impostergable de obtener tutela judicial inmediata, podrán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente...". El artículo antes citado, de mayor extensión, establece además en forma detallada los requisitos exigidos para su despacho, recepcionando lo que la

⁹ La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia ... Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos

de los constituyentes entrerrianos, aún aguarda su complemento en la normativa procesal local.

Así las cosas, resulta inminente una regulación acorde a la proliferación de estas medidas que cada día presentan mayor consagración en la jurisprudencia argentina. En este aspecto, Berizonce sostiene que

es responsabilidad del legislador estructurar afinadamente un sistema equilibrado que, asentado en la regla de la universalidad del proceso mayor – instrumento por antonomasia para asegurar el operativo de seguridad jurídica a través de la amplitud del contradictorio – reserve al mismo tiempo espacios razonables de operatividad para los procedimientos y técnicas sumarias, también imprescindibles para brindar respuesta a ciertas situaciones excepcionales para las cuales el proceso común se revela estructural y funcionalmente inadecuado (2005, p. 976).

Infelizmente, los llamados incesantes de una comunidad que reclama regulación de estos procesos urgentes, no son oídos por los legisladores al momento de llevar adelante las reformas, soslayando las peticiones que reclaman día a día los ciudadanos respecto de la concreción de una justicia rápida y efectiva.

Resulta muy acertada la reflexión de Peyrano al sostener que "hoy se viven tiempos de jurisprudencia de necesidades, más interesada en proporcionar respuestas jurisdiccionales adecuadas y prontas, que respetar escrupulosamente exigencias académicas y en ajustarse a sistemas pensados por y para otras épocas" (2014, p. 43).

Los tiempos que corren exigen adecuaciones que el derecho procesal no puede dejar lado y que debe bregar para su inmediata instrumentación. Los esquemas tradicionales ya no se ajustan a las soluciones pretorianas que los jueces han ido formulando ante cada hecho, situaciones fácticas que responden a necesidades sentidas, por lo que estas medidas constituyen un botiquín de emergencia al que todos acuden cuando la herida ya se ha producido (Peyrano, 2014).

Todo lo planteado, ha sido más que importante para nuestro país, ya que según Peyrano (2014) no existían herramientas procesales que resulten útiles para zanjar la problemática de los hechos consumados, entendiendo por hechos consumados aquellos que llegan a solicitar el famoso auxilio casi sin tiempo de espera, donde se requiere una respuesta prácticamente inmediata a fin de dar remedio a un hecho que, si siguiese el mecanismo de otras herramientas procesales ya instituidas en nuestra legislación, sería demasiado tarde y el requirente no estaría accediendo a lo que denominamos anteriormente como jurisdicción oportuna, quedando con el resabio de daños severos y, en muchos casos, difícilmente reparables .

V. **CONCLUSIONES**

La amplia y compleja realidad del derecho procesal, acreditada en los tiempos actuales por los cambios de paradigmas sufridos que han dado lugar al surgimiento de nuevos institutos, nos permite sostener que hablar sobre medidas autosatisfactivas no resulta un tema ajeno para jueces y abogados.

A lo largo del desarrollo de cada uno de los apartados, se ha podido demostrar que estas medidas se constituyen en el corolario de los procesos urgentes con miras a sortear las

en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

necesidades de actores en el tiempo que estas sean verdaderamente exigidas, respondiendo así a la tutela efectiva derechos.

Es evidente que esta nueva etapa trae consigo cambios sustanciales bajo la mirada de la óptica de protección internacional de los derechos y garantías del ser humano. Nuestra tarea ya no se trata simplemente de observar el cambio, sino de intervenir y llevar adelante acciones que permitan la regulación de estos institutos que buscan una adecuación justa y equilibrada de los intereses de quien espera de la justicia una oportuna respuesta ante el llamado de emergencia.

Frente a este panorama, se observa que la función del juez en los procesos de tutela diferenciada adquiere una particularidad relevante, en la que su rol ya no es el de un simple director, sino que sus facultades se amplían a fin de garantizar los objetivos buscados por estas medidas que elevan la bandera de la urgencia y otorgan al principio de inmediación un papel preponderante en el proceso.

Solamente resta ... un impulso legislativo que les otorgue el lugar para el cual han sido creadas, y permitir así que en situaciones de vulneración, se constituyan en una adecuada herramienta de protección, otorgando respuestas materialmente eficaces tendientes a hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos, y recuperar entonces la credibilidad del usuario en el servicio de justicia.

VI. REFERENCIAS

- **BERIZONCE, R. O. (2005).** Recientes transformaciones del Proceso Civil. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, U. Libre, Bogotá, pp. 965- 980. Publicado en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008.
- BERIZONCE, R. O. (2014). La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos). JA 1998-II-905. Lexis № 0003/000675, p. 10.
 - Constitución de la Provincia de Entre Ríos, sancionada el 03 de octubre de 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B- 32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- **DE LOS SANTOS, M. A. (2012).** El debido proceso ante los nuevos paradigmas, en L. L. 2012-B-1062.
- **EGUREN, M. A. (2014).** Las medidas autosatisfactivas, la jurisdicción oportuna y el derecho procesal del destiempo. En PEYRANO, J. W. (director); EGUREN, M. C. (coordinadora). *Medias autosatisfactivas* (tomo I, pp. 2-40). Buenos Aires. Rubinzal Culzoni editores.
- **FALLO:** PARDO, Héctor P. y otro c. DI CÉSARES, Luis A. y otro. Publicado en La Ley On-line. AR/JUR/76491/2011.
 - **PEYRANO, J. W. (1995).** Lo urgente y lo cautelar, en J. A. (1995-I-899 y ss.-).
- **PEYRANO, J. W. (1997).** Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, en J. A. 1997 II 926.-

- **PEYRANO, J. W. (2014).** Breve informe sobre la medida autosatisfactiva. En PEYRANO, J. W. (director); EGUREN, M. C. (coordinadora). *Medias autosatisfactivas* (tomo I, pp. 47-49). Buenos Aires. Rubinzal Culzoni editores.
- PEYRANO, J. W. (director); EGUREN, M. C. (coordinadora). (2014). Medidas autosatisfactivas. Segunda edición ampliada y actualizada. Tomo I y II. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal-Culzoni.
- **PEYRANO, J. W. (2009).** Sobre el activismo judicial. *Activismo y Garantismo procesal, volumen (XL VII), pp. 11-16*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina.
- **TARUFFO, M. (1999).** Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Revista Doxa, № 22,* pp. 311-320. Universidad de Alicante. ISSN 0214 − 8876.

~~

Conflictos normativos en torno a la protección de la vivienda del deudor

Por Jorge Oscar Rossi¹

Resumen: El conflicto entre normas nacionales (arts. 244 y sgtes. del Código Civil y Comercial) y provinciales (vgr. ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires) que protegen la vivienda del deudor, declarándola inembargable o inejecutable respecto de ciertas acreencias, se pretende resolver, por parte de alguna postura doctrinaria y jurisprudencial, con la invocación de conceptos tales como "dialogo de fuentes", "control de convencionalidad" y "principio de progresividad", entre otros.

Se postula que el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales, no hace tabla rasa con "la forma representativa republicana federal" adoptada en el art. 1º del mismo cuerpo normativo.

Por ende, ni el principio de progresividad ni el dialogo de fuentes pueden habilitar a las provincias a arrogarse competencias exclusivas de la Nación, ni al Poder Ejecutivo las del Poder Legislativo o Judicial, por bienintencionada que sea la medida.

Para "operativizar" los tratados internacionales con rango constitucional no es necesario violentar las reglas de competencias normativas propias de nuestra organización federal.

Palabras clave: PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA, FEDERALISMO, DIALOGO DE FUENTES, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

1. Introducción - Protección de la vivienda del deudor

1.1. Régimen de "Protección de la vivienda" en el Código Civil y Comercial (CCC)

En los arts. 244 a 256 del CCC se establece un régimen que sustituye y actualiza al de "bien de familia", regulado en la ley 14.394, ley que fue derogada.

El citado art. 244, primero del Capítulo 3, denominado "Vivienda", perteneciente al Título III (Bienes), del LIBRO PRIMERO. PARTE GENERAL, establece que:

"ARTICULO 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter

¹ Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Profesor Titular de "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios", Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Autor. Publicista.

dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término." (la cursiva es nuestra)

1.2. Jurisprudencia

En oportunidad de comentar el fallo "Goñi, Hugo Horacio C/ Coria, Sergio Daniel S/ Cobro Ejecutivo" nos permitimos resaltar la oración "Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales", para destacar un futuro conflicto interpretativo.

En efecto, esas "otras disposiciones legales" ¿son solo leyes nacionales o pueden ser también provinciales?

En este último supuesto, el legislador nacional, al que había sido delegada por las provincias la facultad de dictar la legislación de fondo (art. 75 inc. 12 CN), ¿ahora decide compartirla?

Entendíamos, en esa ocasión, que las competencias que la Constitución Nacional atribuyen al Congreso Nacional en forma exclusiva no pueden ser compartidas por este con las provincias, porque lo contrario implica una modificación del sistema federal establecido en nuestra Carta Magna.

Al respecto, la jurisprudencia se muestra vacilante en la actualidad.

Por ejemplo, en "H.M. C/ G.M.A. S/Cobro ejecutivo de alquileres"³, el Tribunal confirmó la sentencia que dispuso la suspensión de la subasta de un inmueble, con fundamento en la ley 14.432, según la cual todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular.

Ante el planteo de inconstitucionalidad de dicha norma, el Tribunal se apartó de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para hacerlo, entre otros fundamentos, aplicó el art. 244 del Código Civil y Comercial, por considerar que de este artículo se desprende que las provincias pueden establecer regímenes de inejecutabilidad de viviendas aún más favorables que los que dispone la normativa nacional, pues "...el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías, en consonancia con las que emanan de la Carta Magna federal y los Tratados Internacionales."

En cambio, en "Rodríguez, Jorge A. C/ Paleo, Elda y/o Otro S/ Daños y Perjuicios"⁴, el Tribunal confirmó la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432, que, como expresamos ut supra, establece que todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e

³ Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, 02/10/15.Artículo "¿El Nuevo Código posibilita un cambio de tendencia jurisprudencial?: No solo el legislador nacional dispone cuáles bienes son inembargables", 12/10/2015. Comentario del autor y fallos disponible en Internet: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1090

² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 23/09/14. Artículo "Los jueces insisten: Solo el legislador nacional dispone cuáles bienes son inembargables", 06/10/2014. Artículo y fallo disponibles en Internet: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1037

⁴ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, 05/11/15. Artículo "El debate recién empieza: Con o sin nuevo Código, solo el legislador nacional dispone cuáles bienes son inembargables", 16/11/2015. Comentario del autor y fallo disponibles en Internet: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1095

inejecutable.

La Alzada destacó que "los Estados provinciales pueden ensanchar los derechos individuales (y aún los colectivos) frente a sí mismos, siempre y cuando no se invada la esfera reservada al Congreso Nacional (art. 75, Constitución Nacional). Asimismo las constituciones locales pueden obligar a las provincias pero no pueden crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el órgano federal competente." (la cursiva es nuestra)

Por su parte, en autos "Citibank N.A. C/ Bozzolo, Pedro José S/Ejecución Hipotecaria"⁵, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó el fallo que declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432. El voto mayoritario consideró que "la ley 14.432 —al margen del esfuerzo de los legisladores locales por concretar los alcances de la "protección a la vivienda" reconocidos en tratados de rango constitucionales inconstitucional por haber emanado de un órgano no habilitado por el derecho interno para dictarla. En cambio, el voto en disidencia destacó que "la validez de la norma en crisis deberá juzgarse indefectiblemente bajo el prisma de un estricto control no sólo de constitucionalidad sino, y por sobre todo, de convencionalidad", es decir, "el procedimiento de comparación entre los tratados internacionales a los que se ha plegado la nación y sus normas internas...".

2. Conflicto normativo

El CCC ha puesto en primer plano una gran cantidad de temas de los que se viene hablando en los últimos años. Uno de ellos es el de la "constitucionalización del Derecho Privado".

Ya desde el art. 1° se lee que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte".

En los Fundamentos del Anteproyecto⁶ se expresa que

"La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado."

5

⁵ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, 29/12/15. Artículo "Inembargabilidad de la vivienda única: ¿Convencionalidad versus constitucionalidad?", 14/03/2016. Comentario del autor y fallos disponible en Internet: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1112

⁶ Página 4. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5- Fundamentos-del-Proyecto.pdf

Por nuestra parte, pensamos que, si por "constitucionalización del derecho privado" lo que queremos decir es que, para resolver un caso no hay que aplicar solo el Código, sino también las normas de mayor jerarquía (Constitución, Tratados con nivel constitucional y Tratados con nivel supralegal), las que tendrán primacía en su aplicación frente a los textos del Código, en realidad no estamos diciendo nada nuevo.

Dicho de otra manera, ni ahora ni con el anterior Código, este texto legal tenía primacía o "independencia" de la Constitución Nacional. Las normas civiles nunca fueron un sistema estanco. Cualquier norma inferior está sujeta al control de constitucionalidad (y/o de convencionalidad).

Otro tema es el del "dialogo de fuentes".

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto⁷ se proclama que "es necesario que los operadores jurídicos *tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo*, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un *diálogo de fuentes*, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de *principios y valores*.

En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas." (la cursiva es nuestra)

En el mismo documento⁸ también se señala que "(e)n el campo de la interpretación, se establece un "dialogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor." (la cursiva es nuestra)

Sin perjuicio de esto, como expresa Cavalli, "nuestro ordenamiento jurídico no es un amontonamiento igualitario de normas sino que existe una jerarquía explícita imperativamente regulada por la norma fundamental ordenadora que es la Constitución Nacional. Por lo que, siguiendo con el juego de la prosopopeya, la Constitución Nacional no dialoga: manda, ordena, impone...El "diálogo" es entre iguales, mientras que la Constitución tiene jerarquía superior, no igual, al Código, por lo cual este debe subordinarse a sus mandatos, que le son imperativos. Nuestro ordenamiento jurídico tiene expresamente delimitadas sus jerarquías, en el artículo 31 de la Constitución Nacional."

O, dicho en otras palabras, el mentado "dialogo de fuentes" debe respetar los

_

⁷ Página 9. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

⁸ Página 131. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

⁹ Cavalli, Luis, "De la metáfora a la prosopopeya - El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)", en Rubinzal Culzoni Online. Cita: RC D 1307/2015. A propósito de la tan mentada "constitucionalización", en la nota 8 de su trabajo el Dr. Cavalli expresa, en opinión que compartimos, que "[l]o que el nuevo Código hace, en lo que le corresponde, es cumplir con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994". Y no nos vamos a ocupar en esta ocasión de "hasta donde" cumple con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, para no irnos complemente del objeto de este artículo.

principios de jerarquía, cronología y especialidad¹⁰.

Y, finalmente, una tercera cuestión, vinculada con las anteriores, es la aparición del "principio de progresividad".

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de jerarquía constitucional, a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

"Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". (la cursiva es nuestra)

Por su parte, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que:

"(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (la cursiva es nuestra)

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos, de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos.

De esta forma constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al justiciable pues se estaría afectando derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo anterior, basta señalar que el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales, no hace tabla rasa con "la forma representativa republicana federal" adoptada en el art. 1º del mismo cuerpo normativo. El inciso citado prescribe explícitamente que estos tratados internacionales "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución".

_

¹⁰ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación. Revista de Derecho Público, 2009, p. 19 y sgtes, trata el tema en relación de la colisión entre derechos fundamentales y la necesidad o no de efectuar un juicio de ponderación.

Por ende, ni el principio de progresividad ni el dialogo de fuentes pueden habilitar a las provincias a arrogarse competencias exclusivas de la Nación, ni al Poder Ejecutivo las del Poder Legislativo o Judicial, por bienintencionada que sea la medida y/o porque implique una ampliación de derechos de los habitantes de nuestro país.

Más allá de nuestra opinión, la diversidad de criterios se presenta, lo que constituye un obstáculo para la efectiva protección del derecho del deudor

A continuación, nos ocuparemos con más detalle de una de las sentencias antes mencionadas, confrontándola con otras dos, también dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del CCC.

3. "H.M. C/ G.M.A. S/Cobro ejecutivo de alquileres" 11

(Regla del caso: El Nuevo Código posibilita un cambio de tendencia jurisprudencial: No solo el legislador nacional dispone cuáles bienes son inembargables)

Como se expresara ut supra, en este caso la Cámara Civil y Comercial de La Plata confirmó la sentencia que dispuso la suspensión de la subasta de un inmueble, con fundamento en la ley 14.432, según la cual todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular.

Ante el planteo de inconstitucionalidad de dicha norma, el Tribunal se apartó de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para hacerlo, entre otros fundamentos, aplicó el art. 244 del Código Civil y Comercial, por considerar que de este artículo se desprende que las provincias pueden establecer regímenes de inejecutabilidad de viviendas aún más favorables que los que dispone la normativa nacional, pues "el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías, en consonancia con las que emanan de la Carta Magna federal y los Tratados Internacionales."

3. 1 Hechos del caso, normativa aplicada y decisión de primera instancia

Se trata de un cobro ejecutivo de alquileres, en el que se ha ordenado la subasta de un bien inmueble de la fiadora, señora V.G. Esta última peticionó la suspensión de la subasta en virtud de lo prescripto por la ley 14.432, que declara inembargable e inejecutable a todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única y de ocupación permanente, salvo renuncia expresa del titular, conforme los requisitos de dicha ley (arts. 1, 2, ley 14.432).

En primera instancia se hizo lugar al pedido, disponiéndose la suspensión de la subasta ordenada con fundamento en lo normado por la ley 14.432.

Como se expresó ut supra, la ley provincial 14.432 establece que todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular (art. 2), siempre que constituya el único inmueble del titular destinado a vivienda y de ocupación permanente, y que guarde relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, (art. 3). Esta condición de inmueble

¹¹ Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala Segunda, 02/10/15

"inembargable e inejecutable" no será oponible respecto de deudas originadas en:

- a) Obligaciones alimentarias.
- b) El precio de compra-venta, construcción y/o mejoras de la vivienda.
- c) Impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda.
- d) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda única. (art. 5).

3.2 Los argumentos de la Alzada para confirmar la sentencia

3.2.1 Planteo de la apelante y aplicación temporal de la ley provincial 14.432 y del CCC

La decisión es apelada por la ejecutante y, en la Alzada, la vocal preopinante es la Dra. Bermejo.

La apelante destaca que, en oportunidad de contratar, las partes se sujetaron a las normas constitucionales que rigen en la actualidad y que se encontraba vigente la ley 14.394. Agrega que al concertar el contrato de locación los suscribientes conocían sus obligaciones y que el principio de la buena fe objetiva apunta a una conducta de lealtad recíproca que debe acompañar el negocio en todas sus etapas. Expresa además que la ley 14.432 no puede afectar un contrato anterior ni a una fianza otorgada con previsiones inexistentes al momento de su otorgamiento. Refiere que el legislador provincial no calificó como retroactiva a la ley, ni estableció su aplicación a situaciones existentes antes de su sanción. Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, alegando que la citada ley 14.432 ha sido dictada por un órgano que carece de facultades para ello.

Para la preopinante, "la cuestión jurídica a resolver en el presente es *si la ley provincial 14.432, sancionada el 29 de noviembre de 2012* -destinada a la protección de la vivienda única y permanente, al establecer que la misma es inembargable e inejecutable-alcanza a proteger a la propiedad de la señora G.. El pronunciamiento atacado así lo ha entendido por apreciar cumplidos los requisitos que esa normativa dispone." (la cursiva es nuestra)

En primer lugar, señala la camarista, "corresponde abordar si esta legislación, dictada luego de la suscripción del contrato de locación..., afecta a la relación jurídica existente entre las partes." (la cursiva es nuestra)

Al respecto, recordó la magistrada que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que no es retroactiva la aplicación de la ley nueva al caso aun cuando resulte referida a una relación jurídica existente –nacida bajo el imperio de la ley antigua— si de ella sólo se alteran efectos que por producirse después de la entrada en vigencia del nuevo texto, no se encuentran al amparo de la garantía de propiedad (C.S., Fallos: 297:117).

Para que sea un derecho adquirido, será necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aún cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (Fallos: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481,328:1381)." (la cursiva es nuestra)

En el presente caso, "los presupuestos descriptos no han sido satisfechos. Ello así toda vez que *por las características del derecho debatido no se ha consumado el crédito*

reclamado en el patrimonio del acreedor. A ello cabe reflexionar que, además, el inicio del proceso..., como el dictado de la correspondiente sentencia..., pedido y orden de subasta...acontecieron con posterioridad al dictado de la norma en cuestión (B.O. 28/12/12).

Incluso, cabe anticipar, por este fundamento, también son de aplicación a esta contienda las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación –ley 26.994- (art. 7, ley cit.)." (la cursiva es nuestra)

3.2.2 Precedente de la Corte Suprema

Ahora bien, existen diversos precedentes que han declarado la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432, al igual que de otras normas similares emitidas por otras Provincias.

Así, la camarista recuerda que "esa ha sido la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E. - ejecutivo- apelación recurso directo" (sent. del 19-III-2002).

Ese Superior Tribunal recordó en ese fallo que "(d)esde sus primeros pronunciamientos esta Corte ha resuelto que las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, en virtud de la delegación contenida en el antiguo art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12) de la Constitución Nacional (Fallos: 322:1050, considerando 7° y sus citas). Ello alcanza -obviamente- a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor (Fallos: 271:140, último considerando)". (la cursiva es nuestra)

En síntesis, la Corte Suprema juzgó en dicho precedente que "determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor -y cuáles, en cambio, no lo están- es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la Ley Fundamental. Con las ya citadas normas cordobesas se ha pretendido alterar ese diseño constitucional e invadir el terreno en el que corresponde a la Nación dictar las normas. Por eso debe declararse su invalidez (art. 31 de la Constitución Nacional)". (la cursiva es nuestra)

3.2.3 Argumentos de la Alzada para apartarse del precedente

3.2.3.1. Primer argumento: La Convención Americana de Derechos Humanos, clausula federal y progresividad

La vocal decide apartarse del precedente por los siguientes fundamentos:

Por un lado, "uno de los horizontes desde los que se debe observar la validez de la ley 14.432 es desde la *Convención Americana de Derechos Humanos,* incorporada en nuestra misma Carta Magna federal." (la cursiva es nuestra)

En ese sentido, "el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos focaliza sobre que los Estados Partes se comprometen a adoptar a nivel interno la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por consiguiente, cuando se analiza la Cláusula federal de la misma Convención, prevista en su artículo 28, tendiente a que sus disposiciones se cumplan en toda la extensión del territorio de los estados partes cuando ellos tengan una forma federal de gobierno, no pueden invalidar normativas que otorgan una protección más amplia por la circunstancia que no haya sido efectuada por el legislador pertinente.

Asumida la responsabilidad internacional del Estado argentino, éste debe garantizar el progresivo ejercicio de los derechos humanos, <u>evitando eludir la aplicación de una ley por cuestiones de competencia legislativa</u> (Gasparini, "Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires", Publicado en: LLBA 2015, febrero)." (la cursiva y el subrayado es nuestro)

3.2.3.1.1. Nuestro análisis

3.2.3.1.1.1. Cláusula Federal

Dada la importancia que la magistrada asigna al art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que extrae del mismo, nos permitimos transcribirlo:

"Artículo 28. Cláusula Federal.

- 1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
- 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
- 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre si una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención."

Por lo que puede extraerse de su lectura, lo que impone la aludida cláusula Federal al Estado Federal o Federación es que, en virtud de la responsabilidad internacional que contrae al adherir a la Convención, debe agotar las vías institucionales para que las provincias adecuen su normativa a los principios convencionales. Imaginemos un Estado Federal donde cada provincia o Estado tenga competencia para dictar Códigos de fondo (no es nuestro caso) Ahí se aplica la cláusula Federal.

Lo irónico del asunto es que, para algunos, la cláusula federal se puso para posibilitar una "excepción de cumplimiento" a favor de Estados federales que tuvieran dificultades

Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino", Enrique Alonso Regueira (Coord.), Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 2013 pag. 530.

¹² Conf. Eyherabide, Santiago, al referirse al segundo párrafo del art. 28, en "La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino". Enrique Alonso Requeira (Coord.)

para adecuar su derecho interno, debido a una distribución de competencias legislativas que otorgue facultades de regular derecho de fondo a las provincias o estados que lo componen.

No vemos que esta cláusula sostenga que "las entidades componentes de la Federación" (provincias, en nuestro caso) puedan arrogarse competencias propias del Estado Federal, sino, por el contrario, que este debe instar a las "las entidades componentes de la Federación" para que adecuen su normativa interna a las normas de la Convención, en "las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación" y, por lo que se dijo supra, la cuestión de que bienes del deudor pueden ser agredidos por el acreedor es una materia de "jurisdicción legislativa" del Estado Federal. 13

Entonces, el tema corresponde al primer punto del art. 28 ("materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa"), no al punto 2 ("materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación"). Por ende, lo que tiene que hacer el Estado Federal es cumplir "todas las disposiciones de la presente Convención" (arg. conf. art. 28 1)

Al respecto, si nos preguntamos si el Estado Federal cumple con la Convención, a través del sistema que surge del art. 244 y sgtes del CCC, destacamos que ninguna norma de la Convención Americana de Derechos Humanos impone la inejecutabilidad "automática" (es decir, sin inscripción registral previa) de la vivienda del deudor.

Si, por ejemplo, una Convención con jerarquía constitucional dispusiera la inejecutabilidad de la vivienda única del deudor, podría plantearse un conflicto entre el art. 17 de la Constitución Nacional¹⁴ y dicho artículo.

Ponderando uno y otro principio podría argumentarse que el de la Convención prevalece en el caso concreto.

Pero una cosa es interpretar que una convención protege la vivienda del deudor al punto de tornarla inejecutable o inembargable y otra es que una ley provincial que así lo disponga sea "convencional" porque el juez entiende que es acorde a los principios de una convención.

De todas maneras, esta construcción teórica se cae por una sencilla razón: No hay tal artículo en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en ninguna otra, que disponga la inejecutabilidad de la vivienda única del deudor.

Ahora bien, para "operativizar" un tratado con rango constitucional no es necesario convalidar una norma dictada por un órgano incompetente, sino que el juez debe aplicar directamente dicha Convención.

organizacion-federal-argentina-clausula-articulo-28-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-

dacf110166-2009/123456789-0abc-defg6610-11fcanirtcod (Id SAIJ: DACF110166) Consultado: 30/11/16.

14 En el sentido de que este art. 17 protege el derecho de propiedad del acreedor.

a acarrear la estructura federal de algunos Estados Americanos en cuanto a la aplicación de la misma. Por eso pensamos que la norma del art. 28 "debe entenderse como extendiendo las obligaciones que resultan de la Convención Americana a cada unidad componente de la Federación".... Las mencionadas obligaciones responden a las establecidas en los arts. 1.1 CADH (respetar y garantizar) y 2 CADH (adoptar disposiciones de derecho interno), las cuales son contraídas por los Estados al ratificar dicha Convención." Bilbao, Jorge Luis, "La organización federal Argentina y la cláusula del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Disponible en Internet: http://www.saij.gob.ar/jorge-luis-bilbao-

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, mencionado en la sentencia en análisis), establece en su art. 11 que

"1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un *nivel de vida adecuado* para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento..." (la cursiva es nuestra)

Si bien el mentado artículo no establece la inejecutabilidad "automática" (es decir, sin inscripción registral previa) de la vivienda del deudor, por vía interpretativa podría llegarse a entender que al reconocerse a toda persona una vivienda adecuada, esto conduce a predicar la inejecutabilidad "automática" de la vivienda del deudor (o de las viviendas que no superen cierto valor)¹⁵.

En ese caso, el artículo 244 CCC podría tacharse de inconvencional. Aunque el resultado es el mismo, el mecanismo para declarar la inejecutabilidad "automática" de la vivienda del deudor importa en grado sumo. En este caso se respetan los principios de jerarquía y de competencia normativa.

No compartimos la conclusión de Gasparini, expuesta en el artículo citado por la Dra. Bermejo, cuando expresa que "(h)oy, el control de convencionalidad que deben ejercer los magistrados locales de cualquier fuero y jurisdicción debería funcionar como una verdadera válvula de escape para salvar la aplicación de una norma, cuando, pese a su irregularidad procesal, se adecua en mayor medida a los patrones que surgen de los pactos internacionales." (la cursiva es nuestra)

La "irregularidad procesal" del caso es, lisa y llanamente, regular una cuestión sin competencia para hacerlo.

Como expresara el Dr. Gerez en su voto, que hizo mayoría, de autos "Citibank N.A. C/Bozzolo, Pedro José S/Ejecución Hipotecaria" "...la ley 14.432 — al margen del esfuerzo de los legisladores locales por concretar los alcances de la "protección a la vivienda" reconocidos en tratados de rango constitucional- es inconstitucional por haber emanado de un órgano no habilitado por el derecho interno para dictarla. Lo mismo correspondería decir, por ejemplo, si la encomiable disposición (en plena concordancia con el contenido de los tratados) surgiera de un Decreto del Poder Ejecutivo, en franca violación a la función administrativa que le es propia, o de las situaciones de emergencia, que lo autorizan a emitir normas de carácter general, propias del Congreso (art. 99, inc., 3, de la Const. Nac.)." (la cursiva y el subrayado es nuestro)

62

¹⁵ Que se entienda: No acordamos con este tipo de interpretaciones, que nos parecen de un "principialismo" extremadamente peligroso para la seguridad jurídica, pero la preferimos al recurso, más peligroso aun, de convalidar normas dictadas por un órgano incompetente. Llamamos "principialismo" a una práctica que, escudándose en los desarrollos del llamado "neoconstitucionalismo" y de autores como Robert Alexy y su teoría de la ponderación, desemboca en una indiscriminada aplicación de "principios" constitucionales, explícitos o implícitos, para declarar la invalidez (o validez) de normas de cualquier jerarquía. El lector interesado puede encontrar una aguda crítica al "principialismo y la ponderación" en el libro "Decidir y argumentar sobre derechos", de Juan Antonio García Amado, Editorial Tirant Lo Blanch, México, año 2017. Disponible en Internet:

https://www.ijf.cjf.gob.mx/presentbook/2017/Diciembre/decidir_argumentar.pdf ¹⁶ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, 29/12/15

A similar conclusión arribó la preopinante en los ya mencionados autos "Rodríguez, Jorge A. C/ Paleo, Elda y/o Otro S/ Daños y Perjuicios", Dra Comparato, para quién "...si bien se comparte plenamente la tesis de que el espíritu de los tratados y declaraciones mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional deben expandirse por todo el ordenamiento jurídico y no solo por medio de la legislación pueden hacerse cumplir el tema amerita ciertas precisiones. Como lo advirtió Emilio Ibarlucía en su trabajo "El debate constitucional acerca de la inembargabilidad de la vivienda única", los Estados provinciales pueden ensanchar los derechos individuales (y aún los colectivos) frente a sí mismos, siempre y cuando no se invada la esfera reservada al Congreso Nacional (art. 75, Constitución Nacional). Asimismo las constituciones locales pueden obligar a las provincias pero no pueden crear obligaciones a los ciudadanos fuera de las contempladas por las normas dictadas por el órgano federal competente. Puede, entonces, una Constitución local comprometer a la provincia a cumplir determinadas prestaciones en materia de salud o educación, y también puede consagrar a nivel de norma superior el derecho a la excarcelación, el principio "in dubio pro reo", o el derecho a la reparación por error judicial, como tantas constituciones provinciales lo hacen, porque ninguna de ellas implica obligaciones o pérdidas de derechos para otros ciudadanos. Tan es así que es perfectamente válido que un código procesal penal provincial (o hasta una constitución local) contemple, por ejemplo, la suspensión del juicio a prueba ("probation"), pero nunca podría establecer la pérdida consiguiente de los derechos indemnizatorios de las víctimas de los delitos investigados, ni efecto alguno de tal decisión procesal en la órbita civil. Con la inembargabilidad de la "vivienda única" ocurre exactamente lo mismo (Ibarlucía Emilio A.; artículo citado, pub. en LLC 2002, 1391; LL2003-B, 244; con cita de Hidalgo, Enrique (h), "Comentario de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 23).

La competencia de las provincias para ampliar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional -concluye el citado autor al desarrollar tan opinable tema- se limita a las obligaciones que como Estados locales asuman frente a sus habitantes, pero no pueden crear obligaciones de los particulares respecto de ellos, y no otra cosa es la prohibición a los acreedores de cobrarse sobre determinados bienes de los deudores." (la cursiva y el subrayado es nuestro)

Por nuestra parte, agregamos que los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 tienen jerarquía constitucional, no supra constitucional. Este mismo inciso aclara que dichos tratados "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos¹⁷." No están por encima de la Constitución Nacional.

Desde otro ángulo, no puede pensarse que, para operativizar los derechos y garantías reconocidos en los mencionados tratados, deba sacrificarse el sistema republicano y federal.

La expresión "irregularidad procesal" minimiza la gravedad de la cuestión 18.

-

¹⁷ Principio reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ""Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (sentencia del 14/02/17, voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, considerandos 18° y 19°).

¹⁸ Garcia Amado, op. cit, pag 73, sintetiza las consecuencias de esta forma de interpretar, que busca aplicar en todo caso principios constitucionales o convencionales: " Toda prohibición de hacer o de no hacer y todo permiso quedan sometidos a una cláusula de reserva: está prohibido hacer X a no ser para el caso en que, por tales o cuales razones reconducibles a principios constitucionales que tienen raigambre moral, resulte injusta esa prohibición o resulte injusto ese permiso." De esta manera, se corre el peligro de desembocar en un puro casuismo judicial.

3.2.3.1.1.2. Principio de progresividad

Tampoco el sistema del CCC puede considerarse regresivo respecto del instaurado por la ley 14.394.

En efecto, el CCC establece una protección más amplia para el deudor, si se la compara con la que surge de la derogada ley 14.394.

Recordemos que en el sistema de la ley 14.394 solo se protegía la familia y no la persona individual.

En el sistema del CCC, toda persona, aunque viva sola, puede afectar el inmueble. Lo importante es que el beneficiario viva en el inmueble (arg. arts.246 y 247)

Además, como surge de la mera lectura del art. 246, la protección abarca a más sujetos que la ley 14.394, pues agrega al conviviente.

Otra diferencia muy importante es que el art. 244 dispone que puede ser objeto de afectación un inmueble destinado a vivienda "por su totalidad o hasta una parte de su valor". En el sistema de la ley 14.394 no era posible afectar una parte del inmueble. Sólo se lo podía vincular en su totalidad; y si superaba el valor máximo de afectación, entonces no había protección posible.

Otra novedad es que, según el art. 245 CCC, la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia,

Siguiendo con las novedades, tenemos en el art. 248 la subrogación real, solución que no estaba prevista en la ley 14.394. Justamente, en los Fundamentos del Anteproyecto¹⁹ se expresa que "...se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación;..."

3.2.3.2. Segundo argumento: Interpretación del art. 244 CCC

Siguiendo con los fundamentos de la preopinante, en su opinión, "el segundo horizonte que lleva a reconsiderar la constitucionalidad de la norma es el creado con las pautas introducidas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en protección de la vivienda." (la cursiva es nuestra)

"En ese nuevo cuerpo jurídico, el legislador ha contemplado la protección de la vivienda familiar —ya sea conyugal o convivencial incluso- de diversas maneras. Una, dentro del marco de las decisiones que pueden tomarse dentro de la misma familia, exigiendo el asentimiento por el cónyuge o conviviente para ciertos actos —v.gr. los previstos en los arts. 250, 456 y sigs, 470, 522, entre otros-; otra, estableciendo la protección de la vivienda frente al ejercicio de derechos de terceros —arts. 244 a 256, CCCN-.

Es en este nuevo contexto que el artículo 244 expone que "Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. *Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales*". (la cursiva y el subrayado es nuestro)

64

¹⁹ Página 40. Disponible en Internet en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5- Fundamentos-del-Proyecto.pdf

Para la magistrada, "la previsión por el legislador nacional de otras normativas que puedan dictarse habilita a que las Provincias puedan hábilmente legislar sobre ello.

Justamente, no habría que interpretar restrictivamente esta posibilidad — reconociéndoselo sólo, por ejemplo, al Congreso de la Nación- cuando el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías, en consonancia con las que emanan de la Carta Magna federal y los Tratados Internacionales." (la cursiva es nuestra)

3.2.3.2.1. Nuestro análisis

Nuevamente nos encontramos con un impedimento constitucional: el legislador nacional, al que había sido delegada por las provincias la facultad de dictar la legislación de fondo (art. 75 inc. 12 CN) no puede decidir compartirla, porque eso implica una modificación al sistema de competencias normativas establecido en nuestra Carta Magna.

Cuando el art. 244 CCC se refiere a "otras disposiciones legales", solo puede válidamente remitirse a otras leyes nacionales.

Volviendo al voto del el Dr. Gerez en autos "Citibank N.A.", supra citados, si bien, "...a la luz de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, el Congreso Nacional debería efectuar una adecuación de las normas internas que amplíen la "protección de la vivienda", otorgándole un alcance pleno como lo propone la ley 14.432, también lo es que la inacción del poder legislativo nacional no habilita la arrogación de dichas prerrogativas por parte de las legislaturas provinciales." (la cursiva es nuestra)

4. El Proyecto "Sánchez"

El 23 de noviembre de 2016 la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley de autoría del diputado Fernando Sánchez²⁰, por el cual, entre otros puntos, se propone modificar el texto del actual art. 244 CCC por el siguiente:

"ARTÍCULO 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

En caso de vivienda única de ocupación permanente, y siempre que su valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda del titular y su familia, los efectos se adquieren de pleno derecho sin necesidad de inscripción previa.

Si el titular registral posea más de un inmueble, la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término." (la cursiva es nuestra)

Como puede apreciarse, se propone un sistema de afectación automático para "vivienda única de ocupación permanente, y siempre que su valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda del titular y su familia".

²⁰ № de Expediente 2908-D-2016. Disponible en Internet: http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2908-D-2016 . Consultado el 07/02/17.

El proyecto con media sanción establece que puede renunciarse a este beneficio, mediante inscripción registral, según surge del texto del propuesto art. 255 CCC²¹.

En los Fundamentos del proyecto se recuerda que "(e)xisten diversas normas provinciales que han establecido mecanismos similares de defensa del bien de familia, incluso a nivel constitucional, como por ejemplo Córdoba, San Juan y Santiago del Estero. Sin embargo, la Corte Suprema se ha expedido en los fallo Banco del Suquía y Romero cuestionando la constitucionalidad de dichas normas -específicamente en el caso de la Provincia de Córdoba- debido a que se trataría de una materia de la legislación común, y como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional."

Podría pensarse que, una vez que este proyecto se convierta en ley tras su paso por el Senado, el problema del que venimos tratando se tornará abstracto.

Pensamos que no, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque al no ser idénticos el texto proyectado y el de la ley provincial 14.432 siempre pueden surgir dificultades interpretativas.

En efecto, en su art. 3, la ley 14432 establece que "A fin de gozar con el beneficio de inembargabilidad e inejecutabilidad, los inmuebles tutelados por la presente Ley deberán constituir el único inmueble del titular destinado a vivienda y de ocupación permanente, y guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, conforme los parámetros que determine la reglamentación."

Es decir, se dispone la "inembargabilidad e inejecutabilidad", siempre que se trate del único inmueble del titular destinado a vivienda y de ocupación permanente, y que guarde "relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere", conforme los parámetros que determine la "reglamentación".

En cambio, el art. 245 CCC proyectado, si bien también habla de "vivienda única de ocupación permanente", pone como limite a que su valor no exceda las "necesidades de sustento y vivienda" del titular y su familia. "Necesidades de sustento y vivienda" no es lo mismo que "proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar".

Pero, además, el efecto previsto por el CCC es la inejecutabilidad del bien (conf. art. 249 CCC), y no su inembargabilidad, por lo cual un tribunal puede considerar que el embargo es procedente, sin perjuicio que luego el acreedor deba demostrar que el inmueble puede ejecutarse²².

b) En segundo lugar, porque nada impide que en el futuro los legisladores provinciales dicten nuevas normas más "favorables" para el deudor, en materia de protección de la vivienda.

²¹ "ARTÍCULO 255.- Desafectación y cancelación de la afectación. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:...

^{...}En caso de vivienda única, puede renunciarse al beneficio otorgado de pleno derecho en los términos del artículo 244. Dicha renuncia debe inscribirse ante el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, respetándose los criterios establecidos precedentemente para la desafectación y la cancelación de la inscripción."

²² Así lo resolvió, vgr, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, en los autos "GOMEZ ALBERTO ANTONIO Y OTRO c/ SAMA EXPLOTACIONES AGRICOLAS S.R.L. Y OTRO s/EJECUTIVO" (15/09/16)

c) En tercer lugar, y fundamentalmente, porque el conflicto normativo tratado en estas líneas es "anecdótico" o, si se quiere, meramente ejemplificativo. El conflicto puede plantearse siempre que el legislador local legisle materia reservada al legislador nacional y, en definitiva, siempre que quien carezca de competencia normativa dicte una norma cuyo contenido pueda considerarse ajustados a los de una convención con jerarquía constitucional.

Supongamos que una norma local disponga que "para proteger el interés superior del niño", estos no pueden ser "en ningún caso" desalojados de las viviendas que ocupan hasta llegar a la mayoría de edad. O imaginemos una norma local (o una resolución del Banco Central), que declare inembargables las cajas de ahorro cuyos titulares sean personas humanas, siempre que los montos no superen determinada suma.

Nuevamente podrá plantearse que, pese a la "irregularidad procesal", dado que la normativa nacional solo establece un "piso mínimo de derechos" y en modo alguno puede significar limitación a los derechos y garantías reconocidos por una convención con jerarquía constitucional, la norma local es válida, en tanto es "convencional" por ser ajustado su contenido a dicha convención.

Este razonamiento, que no compartimos, no es una invención del suscripto. Por ejemplo, en su voto en disidencia en los ya mencionados autos "Citibank N.A.", la Dra. Zampini consideró, con cita a Gil Domínguez, que "...no existe obstáculo legal que impida que las provincias dicten normas de protección de la vivienda familiar.

Si bien no desconozco lo resuelto por la C.S.J.N. en la causa "Banco del Suquía S.A. c/ Tomassini, Juan Carlos"-sent. del 19/03/2002-, donde se consideró que las normas dictadas por la provincia de Córdoba que preveían la inembargabilidad de la vivienda única resultan inconstitucionales por tratarse de una materia delegada a la Nación en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, el estudio de la cuestión bajo el prisma del control de convencionalidad me hace arribar a una conclusión distinta.

Ello así, en el entendimiento que hace a la esencia del paradigma de la supremacía convencional que el derecho común deba actuar como desarrollador y custodio de los derechos humanos y, por lo tanto, la potestad del estado federal para el dictado de normas que atiendan tales fines no es única ni excluyente sino que configura un piso mínimo homogeneizador que puede ser ampliado por los ordenamientos locales (argto. doct. Andrés Gil Domínguez "Supremacía convencional, inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada y derecho común: una mirada distinta", publicado en La Ley del 18-02-2014)." (la cursiva es nuestra)

Con el tipo de razonamiento planteado por la Dra. Zampini, todo conflicto de derechos termina siendo conflicto de derechos fundamentales y toda regla será derrotada por el principio constitucional o convencional que el magistrado crea conveniente, en aras de "la justicia del caso" y en detrimento de la seguridad y previsibilidad de los actos judiciales²³.

constitucional a efectos de que sea con todas las de la ley derecho, puede derrotar a cualquier otra norma, constitucional o infraconstitucional, en algún caso."

²³ Conf. Garcia Amado, op. cit, pag 70, criticando esta forma de interpretar, grandemente inspirada por las ideas de Robert Alexy, al concluir que así "...cualquier principio o cualquier regla puede en algún caso perder en la ponderación ante un principio opuesto, que en esa oportunidad haya tenido más peso. No hay, pues, norma que no pueda ser derrotada por otra norma alguna vez. Si a esto añadimos que los principios constitucionales tanto pueden ser expresos como implícitos y que la cualidad última de los principios es moral, la conclusión es aplastante: siempre habrá una norma moral que, traducida a principio

5. Conclusión

De lo visto hasta ahora, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) El inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, al otorgar jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales, no hace tabla rasa con "la forma representativa republicana federal" adoptada en el art. 1º del mismo cuerpo normativo. El inciso citado prescribe explícitamente que estos tratados internacionales "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución".
- b) La supremacía convencional implica que las normas infraconvencionales deben adecuar sus preceptos a los de los tratados internacionales.
- c) La supremacía convencional no implica que los tratados internacionales estén por encima de la Constitución Nacional, dado que en nuestro ordenamiento, las convenciones no tienen jerarquía supraconstitucional.
- d) El test de convencionalidad no precede al de constitucionalidad, dado que en nuestro ordenamiento, las convenciones no tienen jerarquía supraconstitucional, sino que las de mayor jerarquía están al mismo nivel que las normas constitucionales (arg. conf. art. 75 inciso 22 Constitución Nacional).
- e) La supuesta convencionalidad de una norma infraconstitucional, no sanea su inconstitucionalidad.
- f) El diálogo de fuentes no implica que dichas fuentes de encuentren en el mismo nivel de jerarquía.
- g) La reforma de 1994, al incorporar una serie de convenciones con jerarquía constitucional, no implicó una modificación tácita del sistema de división de poderes y de competencias normativas.
- h) Las cuestiones de competencia normativa exclusiva del Estado Federal encuadran en el punto 1 del art. 28 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- i) El sistema instaurado en los arts. 244 y sgtes del CCC no es regresivo con respecto al sistema anterior (ley 14.394), sino que establece una protección más amplia para el deudor y su grupo familiar.
- j) El legislador nacional, al que fue delegada por las provincias la facultad de dictar la legislación de fondo (art. 75 inc. 12 Constitución Nacional) no puede decidir compartirla, porque eso implica una modificación al sistema de competencias normativas establecido en nuestra Carta Magna.
- k) El fin, por bienintencionado que sea y/o porque pretenda una ampliación de derechos de los habitantes de nuestro país no justifica los medios, porque el costo es la inseguridad y la imprevisibilidad.