

ARTÍCULO 21. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

I. Reserva:

El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa”.

Concordancias: arts. 17 CN; 23 DADDH; 17 DUDH.

NICOLÁS M. PERRONE

1. El derecho de propiedad como un derecho humano:

La categoría de derechos humanos se refiere a *derechos* que hacen a la dignidad humana, y cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida (1067). Se trata de un núcleo vital de relaciones que no pueden ser alteradas legítimamente por ningún tercero. En este sentido, estos derechos consagran un concepto moderno de *Estado de Derecho*, es decir, se trata de límites que están por sobre los Estados nacionales.

Entonces, en primer lugar corresponde determinar, respeto del derecho de propiedad, qué aspectos de este derecho se encuentran dentro de este núcleo vital para el desarrollo subjetivo, y diferenciarlos de otros que —si bien

(1067) Ver el voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo y reparaciones del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastings*-punto 4.

se refieren a esta relación particular entre el sujeto y la cosa— no son esenciales para la dignidad de la persona.

Por supuesto, para realizar esta distinción es necesario definir qué entendemos por dignidad. Al respecto, como se dijera al empezar, debe tenerse en mira que ninguna medida puede afectar el plan de vida de un sujeto, si éste no interfiere irrazonablemente con el plan de los demás. La legitimidad de una medida pública está dada por el respeto de este núcleo de derechos, a partir de los cuales todos los seres humanos pueden, potencialmente, alcanzar sus expectativas. Lo que no significa que todos efectivamente cumplan con ellas.

El derecho de propiedad debe ser considerado parte de esta categoría en la medida que es un medio para realizar ese proyecto de vida. Por el contrario, cuando el fin en sí mismo es el derecho de propiedad, es decir, acrecentar esa relación sujeto - cosa cuantitativamente, queda fuera de este entramado. El derecho no debe garantizar que los sujetos cumplan su plan de vida, sino simplemente permitir su realización.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los *derechos humanos* excluyen la protección de la relación que se establece entre una persona *jurídica* y una cosa. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho algunas consideraciones al respecto en el caso *Cantos* (1068). En ese precedente, la Corte IDH puntualiza que esa unión de personas materializada por una sociedad puede tener por objeto conseguir los medios básicos para una subsistencia digna. En ese sentido, afirma que no puede afirmarse que una actividad tiende a generar más propiedad, cuando aquélla tiene por miras proveer los medios para cumplir un plan de vida. Es evidente que el ser humano, por su sola condición de existir, consume recursos que son de su propiedad, pero esas cosas se obtienen para poder existir, y así cumplir con un proyecto de vida. Por lo tanto, la generación de producto por la actividad propia de cada sujeto, en términos generales el resultado del trabajo, es protegido como un medio para desarrollarse.

Al análisis de la Corte IDH, se puede agregar otro elemento para enriquecer el debate: la consideración del tipo societario de *personas* o de *capital*. La razón de esta categorización en derecho societario se sustenta en la distinta relación o *affectio societatis* entre los socios, y su responsabilidad frente a terceros. Es decir, queda claro que en las sociedades de personas los socios se involucran como sujetos, mientras que en las de capital involucran su capital *su propiedad* a los fines de conseguir más propiedad.

También es necesario detenerse a profundizar sobre la relación trabajo y resultado de esa actividad, cuestión que admite graduaciones. En este sentido, siguiendo a John Locke (1069), cada sujeto tiene derecho al producto de

(1068) Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02.

(1069) LOCKE, JOHN, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1997, pág. 48 y ss.

sus acciones, es decir, quien se alza y toma una manzana tiene un derecho sobre ella porque la obtuvo antes que otro. De la misma forma, quien trabaja una parcela de tierra tiene derechos sobre ella, situación que aún en nuestros días está prevista y regulada como la usucapión.

Esta descripción del origen de la relación sujeto - objeto es útil para limitar los alcances de la propiedad como derecho humano: las manzanas que una persona pueda comer, o las tierras que pueda trabajar. Vale decir, la garantía sólo se proyectaría sobre los medios esenciales para poder alcanzar su proyecto de vida. Esto no significa que el derecho humano de propiedad garantice que todos tengan medios suficientes para ello.

Esta aproximación, que permite diferenciar claramente algunas situaciones, deja dudas respecto de muchas otras. No obstante, resulta ser una base aceptable para diferenciar el derecho de propiedad como *derecho humano* del derecho de propiedad como *derecho civil*. Evidentemente, la actitud egoísta, propia de una sociedad posesiva de mercado, de acrecentar el patrimonio como fin en sí mismo no puede ser protegida, porque la condición de *rico* no es básica para una persona.

El derecho de propiedad como derecho humano está conformado, entonces, por dos aristas principales: la primera es ese grupo de cosas necesarias, en términos razonables, para el desarrollo del sujeto; mientras que la segunda es el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir, las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas.

2. *El derecho de propiedad y la situación política y social:*

Al tener definido, previamente, qué entendemos por derecho de propiedad en términos de derechos humanos, parece que sólo nos resta aplicar este concepto a los hechos de un caso, y luego ponderar los distintos principios que hemos enunciado en el punto anterior. Si bien es cierto que esta definición de derecho de propiedad puede no solucionar todos y cada uno de los casos que se presenten al intérprete, puede servir como guía para determinar si existe una violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La cuestión que no puede pasarse por alto, a la hora de contrastar los hechos con la norma, es el impacto que la realidad social de los Estados partes tiene en la aplicación de la convención. Sin ánimo de ser concluyente respecto de una u otra situación que pudiera plantearse, a la hora de decidir si existió o no violación del artículo 21 debe analizarse la situación general de cada país.

El derecho de propiedad es un derecho que admite graduación, es decir que puede ser ampliado o restringido sin que ello implique su aniquilación. Es cierto que los principios enunciados en el apartado anterior permiten de-

terminar el límite que referimos. Sin embargo, ese análisis puede cambiar según la realidad social que vive cada Estado.

Es más, en el caso de la Argentina, en virtud de la reserva efectuada por nuestro país al artículo 21, debe considerarse no sólo si existe una violación en el caso concreto, sino si existe una cuestión inherente a la política económica.

El rol que juega esta reserva frente al *derecho humano* no es tarea fácil de determinar, interpretarla en términos estrictos significaría que, siempre que haya cuestiones políticas, el asunto quedaría fuera del ámbito de protección. Esta interpretación parece desacertada, en primer lugar, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en varias oportunidades que corresponde revisar si, en el caso, se han conculcado derechos establecidos en la Constitución Nacional, sin perjuicio de la bondad o no de la medida adoptada por los otros poderes. Lo que no puede hacer nuestra Corte Suprema y, también está vedado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la valoración de la política económica del gobierno. Es decir, sólo si esa política violenta el derecho en términos irrazonables o, simplemente, lo aniquila, la Corte IDH podrá decidir que se ha violado la convención.

El punto trascendental es establecer bajo qué medida valoraremos la razonabilidad del acto criticado. Es aquí donde la realidad social adopta un papel estelar. Estimo que éste es el parámetro básico para determinar si el acto cuestionado es, o no, razonable. Evidentemente, más allá del acierto o error de la política adoptada respecto de los fondos atrapados en el sistema financiero durante el año 2002, es indudable que existía una situación de emergencia y aquélla no puede ser olvidada a la hora de juzgar. En fin, el balance entre ambos principios requiere que el Estado preserve su libertad en materia de política económica, aunque limitado al no aniquilamiento del derecho o su afectación irrazonable. Este último análisis no debe efectuarse en abstracto, sino que debe atender a la realidad del Estado demandado. El juicio de razonabilidad, en este caso, es un test que pretende determinar si existe esa situación *difícil* y si la medida de gobierno está dirigida a paliar esa circunstancia. Por ello, bajo ninguna circunstancia podrá abrirse un juicio sobre la eficiencia de la medida en sí misma, la existencia de una relación de medio - fin es suficiente para negar la violación solicitada, salvo que la desproporcionalidad del medio en función de la situación social sea palmaria.

Lo dicho se compatibiliza con la reserva hecha por nuestro país, e impide, a la vez, que la cuestión política se transforme en una especie de muro impenetrable para reclamar la violación del derecho de propiedad.

3. Recepción del derecho de la propiedad en las distintas cartas de derechos humanos:

El derecho de propiedad es el principal derecho civil luego del derecho a la vida. Tal privilegio no está referido a un segundo lugar en importancia, o al primero después que queda asegurada la vida, sino a una cuestión histórica

de desarrollo del sistema económico, político y cultural, y que puede resumirse en la *sociedad capitalista* (1070).

Desde el punto de vista político y social el sujeto actual tiene un patrón de conducta consistente en la “adquisición incesante de más y más dinero, evitando cuidadosamente todo goce inmoderado, es un fin en sí, exento de todo punto de vista utilitario o eudomonista. La ganancia deja de ser un medio y se convierte en un fin objetivo de la vida del hombre. El capitalismo moderno implica, así, una nueva relación entre el hombre y el dinero, resultado y expresión de la virtud del trabajo” (1071).

Como aclaré en el primer apartado, si aceptamos que los derechos humanos están limitados a aquel grupo de condiciones básicas que garantizan la dignidad del sujeto, debemos reducir la protección del derecho humano a la propiedad y limitarla en cuanto expresa un medio para garantizar esa dignidad. Aún así, no podemos desconocer el rol trascendental que la propiedad ocupa en nuestra sociedad actual, y, por lo tanto, en el ámbito de los derechos humanos se ha rezeptado su protección en muchos de los sistemas existentes.

Así, el derecho de propiedad está incluido, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 17), en la Declaración Americana de Derechos del Hombre (artículo 23), en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 1, protocolo adicional N° 1), en la Carta Africana de los del Hombre y de los Pueblos (artículo 14), en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial (punto d.v.), y en el tratado de la Constitución Europea (artículo II-77).

4. *La interpretación de la Corte IDH*

1. **El concepto de bienes:**

El artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona;

(1070) Con lo dicho no se pretende referir que el derecho de propiedad está por encima de otros derechos, o que tiene mayor jerarquía. Simplemente, nuestra sociedad actual y su organización descansa sobre la protección del derecho a la propiedad. De manera que su desprotección atentaría contra la propia organización social, sin que —por mi parte— corresponda valorar en esta obra la bondad, o no, de esta última.

(1071) FAYT, CARLOS S., *Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización*, La Ley, 1999, págs. 48-49.

dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (1072).

Al respecto, se presenta una interesante cuestión en torno a los derechos intelectuales. En este tema, corresponde echar mano al principio general y establecer una clara distinción entre este derecho como derecho humano y como derecho patrimonial.

En el sentido expuesto existen dos dimensiones claras: el valor moral que representa la creación para el autor y los beneficios económicos de su explotación. Creo que el primero no admite condicionamientos, dado que el autor merece el reconocimiento que corresponda por su obra, debiendo evitarse que se plagie su creación —resultado de su trabajo y esfuerzo—, que está vinculada con su proyecto de vida.

La cuestión económica sí es más compleja, en principio los seres humanos tienen derecho a gozar de los beneficios de los inventos e innovaciones, sin vulnerar, sin embargo, el derecho individual de los autores de tales inventos o innovaciones. Al respecto, se pueden establecer dos reglas básicas para brindar protección a una obra:

1) Que se trate de un invento, innovación (no un mero perfeccionamiento de un objeto ya existente) o creación originales. Por eso no es patentable lo que ya existe, sea en la naturaleza, que es por esencia patrimonio común de la humanidad, sea por producto del ingenio humano, cuyo autor o autores son ya conocidos o reconocidos.

2) Que la propiedad intelectual esté limitada en el tiempo, de manera que después de transcurrido cierto lapso, el invento, innovación o creación pase al dominio público.

2. El concepto de interés social

El derecho de propiedad es un derecho que —conforme el mismo texto de la CIDH— puede ser subordinado, es decir que está sujeto a la dependencia de otro derecho o principio. En este caso, se refiere expresamente a que la ley puede relativizar este derecho en pos del *interés social*.

La ponderación de estos dos elementos (protección de la propiedad e interés social) es quizás el punto más difícil en términos interpretativos. Para resolverlo corresponde echar mano a los principios expuestos al principio de este comentario. No existen dudas respecto de que quien crea valor merece reconocimiento por su trabajo, por lo que deben reconocerse sus respectivos beneficios en función de su esfuerzo y la entidad de su creación. Este valor puede tener distintas apariencias, pero a los fines de simplificar la cuestión

(1072) Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01.

—en términos económicos— podemos hablar de un interés, beneficio, o trabajo cuantificable en dinero.

Sin embargo, a partir de esta operación de ponderación, resulta claro que tal derecho a ese valor no puede tener un contenido exorbitante, que en la práctica imposibilite a ciertos grupos acceder a las ventajas de esa creación, desconociendo cualquier interés que la sociedad pueda tener en ese valor introducido en la comunidad. El punto es que un sujeto puede tener en su patrimonio un haz de relaciones de propiedad y es justo que las pueda utilizar para lograr cumplir su propio plan de vida. Sin embargo, si éste no es afectado en una medida considerable, no puede oponerse a que parte de su derecho, o de las ventajas que el genera, sea afectado a permitir el plan de vida de otros, cuando de otra forma ello no sería posible (1073).

Sin perjuicio de lo dicho, cabe recalcar que debe tratarse de casos donde, de lo contrario, no podría cumplirse el plan de vida de otros sujetos, es decir, sólo cuando las ventajas que otorga ese derecho fueren imprescindibles para tal fin se debe admitir su afectación y subordinación. El interés social no puede ser otro que la facilitación del plan de vida de todos los sujetos de la comunidad, (“la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”) (artículo 32). Pero para su consecución, sólo puede afectarse el derecho de propiedad de los individuos si ésta fuera la única alternativa viable.

Por ello no cualquier medida puede ser amparada por este *interés social*. Un sujeto que crea una consola de juegos puede ponerle el precio que quiera, y nadie podrá quejarse de que su *interés social* a jugar está afectado. Las ventajas que son consecuencia de invenciones que no impiden la realización del proyecto de vida de una persona, aun cuando lo faciliten, no merecen tutela del sistema de derechos humanos.

En cambio, cuando hablamos de nuevos productos medicinales o tratamientos, por ejemplo, es evidente que esta invención puede permitir que un sujeto realice su proyecto de vida que, de otra forma, se vería totalmente imposibilitado. El caso expuesto resulta paradigmático, la vida de un sujeto depende de una droga cuya fabricación es barata, pero su costo es enorme en función de valor de la patente. ¿Puede negarse a esa persona la droga? La respuesta debe ser negativa (1074). Podrá negarse la última computadora para su labor o artículos relacionados con el entretenimiento, aunque no sobre una base discriminatoria, sino a partir de las reglas propias de una economía de mercado.

(1073) Al respecto nuestra Corte Suprema ha dicho “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (CSJN, *Brunella Vda. de Weiser*, 1974, Fallos 289:67).

(1074) Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, 20-11-01, WT/MIN(01)/DEC/2.

Esta posición es concordante con la expuesta por la Asociación Americana de Juristas y el CETIM que estiman que, en relación con el derecho de propiedad intelectual, es indispensable:

1) Establecer una clara distinción en este derecho: por un lado como derecho humano y por el otro como derecho patrimonial.

2) Reconocer la primacía de los derechos humanos y del interés general, en particular en lo que concierne a la interpretación del acuerdo de Marrakech sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio y a la solución de diferendos en el marco de dicho acuerdo (1075).

Finalmente, corresponde aclarar que el concepto de *interés social*, a partir de la reserva de la Argentina, fue sustraído del conocimiento de la Corte Interamericana, que no podrá revisar la calificación que hagan los magistrados locales. Es decir, para calificar qué se entiende por interés social en la Argentina hay que recurrir a la jurisprudencia local (1076). No obstante, también es posible interpretar que esa parte de la reserva se refiere sólo al segundo párrafo del artículo 21.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha tenido en cuenta el concepto de interés social a la hora de analizar la afectación de un derecho para determinar si una medida es conforme o no con nuestra Constitución Nacional. Para ello, el tribunal realiza un escrutinio sobre el medio elegido por el legislador a fin de corroborar la existencia de una “relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 CN” (1077).

A partir de este antecedente, puede verse que la Corte Suprema entiende que siempre debe existir un interés social para relativizar un derecho, lo que se conforma con el criterio de la Corte IDH, pero además aclara que debe ser uno de una intensidad suficiente que justifique la decisión. Esto es muy importante, porque de otro modo cualquier motivo podría calificarse de interés social, lo que sería ampliamente violatorio del artículo 28 de la CN.

El Estado está facultado para poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, pero “el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones —monto de las pensiones— ratifica que los Estados sólo pueden reducir lo que el tribunal denomina ‘pensión

(1075) Centro Europa - Tercer Mundo: http://www.cetim.ch/es/interventions_details.php?iid=171 (21-06-10).

(1076) CF La Plata, Sala II, 5-2-02, A., *Aldana S. B.*

(1077) CSJN, *Itzcovich, Mabel vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*, 29-03-2005, y sus citas.

nivelada' por la vía legal adecuada y en la medida en que no contradigan el propósito y razón de las mismas, condenando la modificación arbitraria de los parámetros de determinación del monto de aquélla con la consecuente reducción del beneficio. En razón de lo expuesto la Corte Interamericana declaró que el Estado parte violó el derecho de propiedad privada, el derecho a la protección judicial e incumplió las obligaciones generales en los términos de los arts. 21, 25, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos" (1078).

Nuestra Corte Suprema no ha brindado una definición conceptual de *interés social*, sino que ha analizado caso por caso si tal interés estaba en juego, como puede verse —por ejemplo— en el caso *Brunella Vda. de Weiser* (1079), en los que se refirió a la *función social* de la propiedad.

Por tal motivo, corresponderá acudir a los hechos y examinar si la afectación al derecho de propiedad sirve o no al interés social, sin partir de pautas establecidas de antemano, pero con una importante cantidad de precedentes de nuestro Alto Tribunal que sirven de guía para interpretar el caso. De cualquier manera, queda por verse si la jurisprudencia de la Corte IDH puede llegar a tener algún valor a pesar de la expresa reserva.

Cabe destacar que entre sus antecedentes figura el caso denominado "*Cinco Pensionistas*" (1080), por el que se declaró que los Estados pueden imponer limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, de conformidad con el artículo 21 de la Convención. En ese sentido, el tribunal utilizó el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") como pauta interpretativa que le permitiera desentrañar el contenido de esos conceptos, con lo que dedujo que tales limitaciones sólo pueden establecerse "mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

3. La relación de propiedad

El otro extremo que deviene necesario aclarar es la forma en que se determina esa propiedad, se trata de los *bienes* del *sujeto*. En principio, de lo que se desprende del informe de la Comisión en el caso *Marzioni*, "el significado jurídico ordinario de la palabra propiedad se refiere 'al derecho de disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho'". Es decir, implícitamente, queda establecido que este derecho se determina conforme el ordenamiento

(1078) CSJN, *Sánchez, María del C. vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*, 17-05-2005, con cita de Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, del 28-2-03, punto VII, párrs. 187, 112º, 116º y 121.

(1079) CSJN, *Brunella Vda. de Weiser*, *ya cit.*

(1080) Corte IDH, *Caso "Cinco Pensionistas"*, *ya cit.*

legal, la condición de titular del uso y goce de ciertos bienes se determina conforme la ley de los Estados parte. Esto es así, por cuanto ningún sujeto puede disponer de un bien en forma *legal* si no tiene un derecho sobre él. Esa relación real es determinada por la ley, es decir, es un requisito para disponer de un bien que exista esa relación entre el sujeto y el bien. Al respecto, en el mismo caso la Comisión agregó que se ha definido como propiedad “el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objeto determinados”.

Sin embargo, corresponde mencionar que existen excepciones a este origen legal de la propiedad, según el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. En esa ocasión la Comisión alegó que “a) la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral. Estos derechos ‘existen aún sin actos estatales que los precisen’. La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación; b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención”.

Este criterio fue aceptado por la Corte IDH que consideró “que artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”, con fundamento en que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Por lo dicho, la fuente legal del derecho de propiedad no es un requisito excluyente para la protección que brinda el artículo 21, aunque las excepciones deben encontrar un fuerte basamento en la forma de vida del sujeto en su aspecto “material y espiritual”.

5. La expropiación

La regulación de la expropiación nace junto con la recepción del mismo derecho de propiedad privada. La razón es simple, anteriormente el sobe-

rano podía disponer de los bienes de sus súbditos. Estos no tenían ningún derecho frente al monarca absoluto, dado que todas las relaciones jurídicas dependían de su gracia y buena voluntad.

Una vez que la propiedad de los sujetos se excluye de su esfera de decisión, como uno de los derechos más preciados —según la literatura liberal del siglo XVIII y XIX—, deviene necesario regular situaciones en las que la comunidad, por diversos motivos, necesita imperiosamente contar con un bien. Los motivos que pueden justificar tales medidas son innumerables: defensa, infraestructura, patrimonios históricos, etcétera.

El elemento esencial, entonces, es la razón de utilidad pública o de interés social, por lo que de no existir tales circunstancias nos encontraríamos frente a una flagrante violación del derecho de propiedad. En ese sentido, nuestra Constitución Nacional exige una ley que declare tal circunstancia, requisito que no surge expresamente de la Convención, toda vez que sólo expone “en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Por otro lado, mientras que nuestra Constitución Nacional sólo se refiere a *utilidad pública* como fundamento para la expropiación, la Convención menciona también el *interés social*. A primera vista, no pareciera que el interés social sea una situación que no pueda subsumirse en el concepto de utilidad pública. Aún así, el tema queda abierto a futuras interpretaciones dado que no es correcto inferir que cuando la convención hace esa enunciación se refiera a concepto idénticos. Lo que podría ser aceptable, a nuestro criterio, es que el concepto de *utilidad pública* en nuestra Ley Fundamental implique el de interés social. Al menos tal parecería ser el criterio de nuestro Máximo Tribunal, que sostiene que “en la base de la expropiación se halla un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés particular” (1081).

Sin perjuicio de lo dicho, corresponde recordar que la reserva efectuada por la Argentina expresamente sustrae al conocimiento de la Corte IDH tanto las nociones de *interés social* como de *utilidad pública*, por lo que ambas sólo podrán ser calificadas por los tribunales locales. Dicho esto, es posible admitir que se puedan haber ampliado las causales de expropiación, pero sólo los tribunales locales podrán expedirse al respecto.

En lo que se refiere a la operatoria, cabe señalar que nuestra jurisprudencia ha establecido, en forma mucho más estricta que la Convención, los requisitos que deben cumplirse para efectuar una expropiación. En ese sentido, señala: a) indemnización previa y debida (1082), b) igualdad ante las cargas públicas “Aun cuando el expropiado no puede oponerse a la declaración de utilidad pública, sí tiene derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que

(1081) CSJN, Fallos 318:445 y 326:2329.

(1082) CSJN, Fallos 318:445 y 320:1263.

consienta la igualdad ante las cargas públicas” (1083), c) la calificación legal de la utilidad pública (1084) y, d) el pago previo, es decir, la indemnización debe ser pagado íntegramente antes que el dominio se trasmita al Estado (1085).

6. *La usura y la explotación del hombre*

A. **La usura**

Al hablar de usura nos referimos al cobro excesivamente alto de intereses en un crédito. La Real Academia Española en la tercera y cuarta definición del vocablo expresa: “3. f. Interés excesivo en un préstamo. 4. f. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo”.

La connotación cuasi religiosa de la usura tanto en el Cristianismo como en el Islam son demostrativos de la larga historia que precede a esta práctica. Ambas religiones —la primera es mayoritaria en el ámbito interamericano— condenan la usura. En el fondo de esta controversia moral, se encuentran los orígenes de terribles luchas religiosas, y las razones —en parte— del nacimiento de otras ramas del cristianismo.

Dentro de la Convención, estimo debe dejarse de lado toda carga ideológica que pudiera tener el concepto. La razón de tal aproximación al tema estriba en la necesidad de que el texto pueda tener un carácter universal que no ofenda la dignidad religiosa de persona alguna. Es que resulta posible que una concepción de la usura con una fuerte carga religiosa sea proclive a manifestarse por un credo, enfrentando, quizás, a otros.

Con estas aclaraciones, el punto 3 de este artículo prohíbe expresamente la usura, y establece que tal interdicción debe estar establecida por ley. En la Argentina los contratos de crédito con tasas muy elevadas son considerados de objeto ilícito por resultar contrarios a la moral y las buenas costumbres (artículo 953 del Código Civil). Asimismo, existen otros institutos que protegen a un sujeto que fuera explotado por su necesidad o ligereza, como ser el caso de la lesión. Es decir, si bien la usura no se encuentra expresamente prohibida existen muchas previsiones normativas que indirectamente se refieren al caso de intereses excesivos. Un debate interesante se ha planteado en nuestro país respecto de la capitalización de los intereses, procedimiento llamado anatocismo.

¿Podría incluirse a esa figura dentro del concepto de usura? El artículo 623 del Código Civil permite el anatocismo cuando lo pacten las partes expresamente, o cuando el deudor resulte moroso de cumplir una manda judicial. Si bien en el segundo caso la capitalización parece más una sanción que

(1083) CSJN, Fallos 318:445 y 326:2329.

(1084) CSJN, Fallos 318:445.

(1085) CSJN, Fallos 318:445, 318:1786.

una convención, el primero si podría ser objeto de dudas. El tema, por cierto, ha sido debatido ampliamente en doctrina, pero es cierto que no puede afirmarse en términos absolutos que esta figura sea totalmente compatible con la Convención. La principal razón que alimenta nuestra posición es que muchas veces, en los contratos de consumo, los sujetos implicados tienen un poder de negociación dispar, de manera que la posible cláusula puede ser tildada de nula o inexistente. Es cierto que, en tal caso, podría quedar subsumida en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor o en el instituto de la lesión (artículo 954 del Código Civil), es decir, existiría una protección indirecta frente a una situación de anatocismo.

Aún así, la pregunta subsiste para otras relaciones que por algún motivo no pudieran ser calificadas de consumo y la respuesta, en mi opinión, no es clara. La Corte de Casación Italiana, por ejemplo, declaró que el anatocismo está absolutamente prohibido en un caso bancario (1086). En ese sentido, si el resultado de la capitalización fuese un interés excesivo, que se traduce en una ganancia también excesiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría condenar al Estado a modificar la normativa respectiva.

B. La explotación del hombre por el hombre

El sentido de esta parte del artículo, debe ser interpretado dentro de su propio contexto. Esto así, por cuanto el artículo 6 ya prohíbe la esclavitud y la servidumbre. Entonces, por explotación debe entenderse una categoría distinta de las anteriores. El origen del término según la Real Academia Española se encuentra en el vocablo francés *exploiter* (sacar provecho de algo), y su segundo y tercer significado en español es “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio” y “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”. Por lo tanto, estimo que esta categoría se refiere a las conductas que implican obtener un provecho propio a partir del trabajo ajeno. Es decir, incorporar en forma ilegítima propiedad gracias al trabajo de otro u otros sujetos.

La diferencia, al igual que en el caso de la usura, la da este concepto de abuso. Mientras en la usura, una actividad lícita y buena para la sociedad como el crédito es transfigurada hacia un instituto nocivo que coloca a los sujetos en una trampa de endeudamiento sin salida, relaciones de dependencia del tipo laborales, que son la base de nuestra economía, pueden transformarse en situaciones de explotación.

La protección es impuesta en miras de evitar que sujetos en una mejor posición económica puedan sacar provecho de otros en forma abusiva.

(1086) *Cassazione S.U. - Sentenza tombale contro l'anatocismo (sentenza N° 21.095 del 4-10-04).*

¿Cómo se manifiesta este *abuso*? Evidentemente, a partir de términos de intercambio totalmente injustos y descontextualizados de la realidad del país.

Este concepto no abarca únicamente las relaciones laborales, aunque dentro del marco de este artículo, sin embargo, sí tiene que ceñirse a cuestiones de tipo económicas. El problema que se presenta frente al intérprete es que la vaguedad de la palabra *abuso* es grande a la hora de analizar el caso en concreto. Lamentablemente, en muchos de nuestros países latinoamericanos las condiciones laborales muchas veces son cercanas a la explotación.

Es por este motivo que la protección se limita a que esas prácticas abusivas sean prohibidas por la ley, es decir, los estatutos relativos a las relaciones de trabajo deben prohibir expresamente toda práctica de esta naturaleza. La cuestión que queda por dilucidar es si una mera defensa formal es suficiente, y si el Estado cumple con su obligación con el simple dictado de la normativa correspondiente.

A priori, parece que tal conclusión no es válida, porque la protección brindada puede quedar en letra muerta. Ahora, ello no implica que puedan imponerse al país estándares descontextualizados. Por ello, a la hora de analizar los esfuerzos que realiza un Estado para cumplir con esta manda, debe ponderarse su situación política, económica y social. Resulta evidente que las malas condiciones laborales son un flagelo para muchos de los países, pero la forma de combatirlo no es sancionando a los Estados por no tomar medidas que son de imposible cumplimiento. Si los jueces, a la hora de resolver estos casos, se colocan en pedestales y simplemente dictan sentencias declarativas no ayudarán a resolver la cuestión de fondo en los países miembros.

7. El acceso al sistema de protección interamericano de derechos humanos en casos del artículo 21

Más allá de las estipulaciones de la Convención, si éstas no son aplicadas en los casos concretos, como cualquier norma jurídica se vuelven obsoletas. En ese sentido es muy interesante el caso "*Marzióni vs. Argentina*" (1087), en el donde el gobierno nacional sostuvo ante la Comisión que la cuestión se trataba de diferencias monetarias y no de privación de propiedad. El tema en disputa era el contenido de una condena indemnizatoria por despido, que fue tachada de exigua por efectos de la política monetaria.

La Comisión receptó en buena medida los argumentos del Estado Nacional y consideró que el derecho de propiedad estaba salvaguardado, y que este derecho no puede ampliarse de modo que comprenda una eventual indemnización o la mera posibilidad de obtener un fallo favorable en litigios referentes a la adjudicación de sumas de dinero. Sostuvo además que la información dada por el peticionario no tiende a demostrar que haya sido lesionado el uso o goce de un bien que le pertenece, o de un interés referente a un objeto sobre

(1087) CIDH, N° 11.673, informe 39/96.

el que hubiera adquirido derechos legítimos conforme la legislación interna, ni que el Estado lo haya despojado de sus derechos. Por lo tanto, la Comisión concluye que la cuestión del monto, en este caso de una indemnización laboral, no queda comprendida en los términos del artículo 21, sino que se trataría de un caso donde se utilizaría al sistema como una cuarta instancia judicial.

Existe una cuestión que merece especial análisis en este punto, referida a la supuesta imposibilidad de conculcar el derecho de propiedad en función del monto o el contenido que se le asigne. En ese sentido, según el criterio expuesto parece que en la medida que el Estado formalmente reconozca el derecho de propiedad, no puede objetarse el contenido que le asigne. Es decir, el sujeto tiene derecho a una indemnización, y con su otorgamiento queda salvada la responsabilidad del Estado, argumento que puede ser trasladado a un sinnúmero de situaciones.

En este sentido, una mera disputa respecto al monto, tal como lo plantea la Comisión, no es asunto de su competencia. Sin embargo, pueden existir casos donde si bien se reconoce el derecho en la práctica ésta queda totalmente conculcado, ya sea a partir de quitas, esperas, arbitrariedades en su cuantificación, etcétera. Evidentemente, se trata de casos donde puede afectarse el derecho de propiedad, que es cierto deben ser valorados con carácter restrictivo. Pero ello no es lo mismo que descartar a priori cualquier violación toda vez que el contenido del derecho es el derecho en sí mismo.

8. La afectación del derecho de propiedad, la doctrina de emergencia y la Convención

En función de la reserva efectuada por la Argentina, cuyo alcance ya fue comentado en el punto 2 de este comentario, quedan exceptuadas de la jurisdicción de la Corte IDH las “cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno”. Por lo que, si bien ella no puede emitir opinión respecto de la bondad de las medidas económicas, sí está habilitada para efectuar un análisis mínimo de las medidas tomadas por el Estado, las que no pueden conculcar el derecho de propiedad en forma absoluta. De otra forma hubiera debido reservarse todo el artículo.

La doctrina de la emergencia y su recepción por parte de nuestro Alto Tribunal no parece poder impugnarse por vía de la Corte IDH. La razón es que el Estado, cuando adopta medidas que afectan el derecho de la propiedad, lo hace basado en verdaderas situaciones de dificultad, lo que impide tildarlas de arbitrarias o descontextualizadas. Por lo tanto, quedan dentro del ámbito de la reserva en la medida en que superan exitosamente un escrutinio mínimo. Es cierto que en los casos más antiguos que aceptaron este tipo de medidas, como *Ercolano* (1088) y *Cine Callao* (1089), podría afirmarse que el Estado tenía otras vías de resolver la cuestión, y que la afectación del derecho

(1088) CSJN, *Ercolano*, 1922, Fallos 136:161.

(1089) CSJN, *Cine Callao*, 1960, Fallos 247: 121.

de la propiedad no cumplía con el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Aún así parece difícil que se habilite en casos como los mencionados la jurisdicción de la Corte Interamericana.

Si es difícil admitirla en esos casos, parecería imposible que dicho Tribunal tenga jurisdicción cuando efectivamente estaba en juego el sistema económico nacional. En esta línea de casos se encuentran *Peralta* (1090), *Banco de Galicia en autos: Smith* (1091), *Bustos, Alberto* (1092) y *Massa, Juan* (1093). Frente a tales situaciones de anormalidad y emergencia es indiscutible que la política económica está severamente amenazada y es allí donde, en mi opinión, adquiere total operatividad la reserva efectuada por la Argentina.

(1090) CSJN, *Peralta*, 1990, Fallos: 313:1513

(1091) CSJN, *Banco Galicia en autos Smith*, 2002, Fallos: 325:28

(1092) CSJN, *Bustos Alberto*, 2004, Fallos: 327:4495.

(1093) CSJN, *Massa Juan*, 2006, Fallos: 329:5913.

LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROYECCION EN EL DERECHO ARGENTINO



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

CRISTINA ADÉN, ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA,
JORGE AMOR AMEAL, CAROLINA S. ANELLO,
MARÍA ELEONORA CANO, AYELEN ARGELIA CASELLA,
JOSEFINA COMUNE, SANTIAGO EYHERABIDE, DIEGO FREEDMAN,
AGUSTINA FREIJO, SANTIAGO J. GARCÍA MELE, LUCAS GUARDIA,
SONIA SOLEDAD JAIMEZ, JESSICA MOIRA KAWON,
FEDERICO LAVOPA, PABLO LEPERE, DANIEL LEVI,
NATALIA M. LUTERSTEIN, ANGELINA GUILLERMINA MEZA,
MARIÁNGELES MISURACA, DIEGO M. PAPAYANNIS,
NICOLÁS M. PERRONE, ROMINA VERÓNICA PETRINO,
MARÍA LUISA PIQUÉ, LUCIANA T. RICART,
VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, SHUNKO ROJAS,
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, FEDERICO THEA,
LEONARDO TOIA, ALEJANDRO TURYN



LA LEY

Alonso Regueira, Enrique M.
Convención Americana de Derechos Humanos y su
proyección en el Derecho Argentino.. - 1a ed. - Buenos Aires :
La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de
Derecho, 2013.
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2415-7

I. Derecho Público. I. Título
CDD 340.9

Copyright © 2012 by Facultad de Derecho U.B.A. Av. Pte.
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados Ninguna parte de esta
obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o
mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin
el previo permiso por escrito del Editor

Printed in Argentina

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723