

Comisión 7:

**Título: Inembargabilidad de la vivienda única. un caso controvertido: “Romero contra Lema”.**

Daniel Alejandro Carrión y María Isabel Urquiza\*

El derecho, en tanto sistema de reglas objetivo y diferenciado, sanciona formas opacas y complejas de distribución de bienes y de poder. Esta opacidad, en cuanto monopolización deliberada del saber y estrategia de reproducción del poder, produce desconocimiento, falta de comprensión de las reglas y de su alcance, anomia. En particular, el lenguaje tribunalicio con sus arcaísmos, sus sofisticadas complejidades sintácticas contribuye a preservar y reproducir la falta de transparencia jurídica.

En este sentido, afirma Michel Foucault: “... *el poder, si se lo mira de cerca, no es algo que se divide entre los que lo detentan como propiedad exclusiva y los que no lo tienen y lo sufren. El poder es, y debe ser analizado, como algo que circula y funciona –por así decirlo- en cadena. Nunca está localizado aquí o allí, nunca está en las manos de alguien, nunca es apropiado como una cosa o un bien. (...) En otras palabras, el poder no se aplica a los individuos, sino que transita a través de los individuos.*”<sup>1</sup> El poder atraviesa todo el campo social, constituyendo un conjunto de técnicas, estrategias, tácticas y tecnologías que parten de su núcleo central bajo la forma de ramificaciones sutiles y silenciosas, promoviendo el ejercicio de su eficacia; incluso, la resistencia al poder forma parte de sus mecanismos y es interior a la relación de poder, la cual está entrelazada con otros tipos de relación (económicas, políticas, de familia, etc.)<sup>2</sup>. Dicha relación es mutable, histórica y multiforme, permitiendo que el poder no se exprese en actos de pura negatividad. Así, el derecho prohíbe y permite; censura y obliga a hablar; ordena y convence; impone y persuade.

Los operadores jurídicos conocen el derecho, lo sancionan, lo aplican, lo monopolizan técnicamente a través de un lenguaje críptico y de rituales de difícil comprensión para los ciudadanos comunes. El discurso jurídico en cuanto discurso de

---

\* Daniel Alejandro Carrión es abogado del foro de Córdoba y docente de Ética y Problemas del conocimiento y razonamiento jurídicos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

María Isabel Urquiza es doctoranda y docente de Sociología Jurídica e Introducción al derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>1</sup> FOUCAULT, M. 1996. *Genealogía del racismo*, Altamira, Bs. As., p. 31-32.

<sup>2</sup> Cfr. FOUCAULT, M. 1992. *Microfísica del poder*, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid.

poder y saber, y en particular, el discurso de los jueces a través de sus sentencias, aparece como un conjunto de justificaciones por las que sus mecanismos y dispositivos quedan encubiertos tras una superficie de racionalización. Las sentencias judiciales tienen apariencia lógica de silogismo; sin embargo, tras correr este velo, emergen valores, intereses, relaciones multiformes que conforman un complejo entramado argumentativo.

### **Un caso reciente: Romero contra Lema.**

El 04 de julio de 2006, el Tribunal Superior de Córdoba, máxima autoridad del Poder Judicial de la provincia de Córdoba, por fallo dividido, resolvió en “Romero, Carlos E. c/ Andrés F. Lema – Desalojo – Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”<sup>3</sup>, declarar la inembargabilidad de la vivienda única.

En el juicio citado, por cobro de honorarios de un desalojo, se ordenó la subasta de una modesta y única propiedad, ubicada en un barrio humilde de la ciudad de Córdoba, sede de la vivienda familiar de los garantes, que plantearon incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad en función de la protección constitucional federal a la vivienda, y por encuadrar la misma en los requisitos de la ley N° 14.394. Invocaron también igual garantía contemplada en el art. 58<sup>4</sup> de la Constitución de la Provincia de Córdoba, y la ley N° 8.067 de igual provincia, ambas de fecha anterior a las deudas reclamadas. La última, en su art. 1 establece que los inmuebles que posean las características que la ley de fondo requiere para el bien de familia gozan en forma automática de tal protección constitucional, excepto renuncia expresa.

---

<sup>3</sup> Auto Interlocutorio N° 108, Córdoba, 04/07/2006. La mayoría estuvo integrada por los votos de los ministros: Luis E. Rubio, Ma. E. Cafurre de Battistelli, Aída L. Tarditti y Ma. De las M. Blanc de Arabel. La minoría estuvo integrada por los ministros: Domingo J. Sesín (quien votó individualmente), Jorge M. Flores y Alberto F. Zarza (quienes votaron conjuntamente).

<sup>4</sup> Constitución de la Provincia de Córdoba, **art. 58.- Vivienda:** “*Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y al tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable en las condiciones que fija la ley.*”

*El Estado Provincial promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho. A tal fin planifica y ejecuta la política de vivienda y puede concertarla con los demás niveles jurisdiccionales, las instituciones sociales o con el aporte solidario de los interesados. La política habitacional se rige por los siguientes principios:*

*“1. Usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad.*

*“2. Impedir la especulación.*

*“3. Asistir a las familias sin recursos para facilitar su acceso a la vivienda propia.”*

\* (La negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de esta ponencia.)

- PRIMERA INSTANCIA: Se discutió si la facultad de fijar los requisitos y trámites para inscribir y publicitar un inmueble sito en la Provincia de Córdoba como bien de familia, correspondía a esta última, incluso en caso de establecerse la innecesariedad del trámite o de que automáticamente se entendiera inscripto como tal.

El Juez de Primera instancia hizo lugar a la inconstitucionalidad invocada por la actora, fundamentalmente basado en que se violarían los principios registrales de la inscripción.

- SEGUNDA INSTANCIA: Los incidentistas apelaron el fallo. Criticaron el argumento de la inscripción registral y sostuvieron que el art. 2.505 Cód. Civil es exigido para transmisión de derechos reales, hipótesis disímil a la debatida. Sostuvieron que no se violaban los principios de inscripción o prioridad registral, en tanto la consideración de inscripción automática surge de la misma ley publicada en el Boletín Oficial, y que la prioridad estaba dada desde el dictado de la ley. Asimismo, sostuvieron que las garantías en protección no serían de derechos individuales, sino de orden social y familiar, de orden público; que éstas no dependen de una decisión y manifestación individual, sino que puede ser dispuestas por las leyes en forma general, ya que tal protección de derechos humanos reconocidos por los tratados de rango constitucional no puede quedar supeditada a un mero trámite.

La Cámara rechazó el recurso basándose, sobre todo en que la ley N° 8.067 en cuanto considera a los bienes de familia “*automáticamente inscriptos*”, viola la exigencia del requisito de inscripción de la ley federal.

- TERCERA INSTANCIA: Los incidentistas plantearon recursos de inconstitucionalidad y casación por ante el Tribunal Superior local, fundando el último en la causal de unificación jurisprudencial, al contradecir el fallo de Cámara la que hasta entonces era la última doctrina del TSJ unificando jurisprudencia<sup>5</sup>, y que entendía constitucional a la normativa provincial. Al recurso de inconstitucionalidad lo fundaron en el hecho de que se cuestionó la constitucionalidad de una norma constitucional provincial y se decidió por su inconstitucionalidad, siendo que en virtud de una interpretación sistemática y teleológica de nuestra carta magna nacional, con la amplitud del reconocimiento de tratados y declaraciones internacionales, correspondería

---

<sup>5</sup> “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini –P.V.E.- Ejecutivo – Apelación – Recurso Directo” (Auto N° 456 del 20/10/1999), L.L.Cba., año 2000.

interpretar que el art. 58 de la Constitución de Cba. ha venido a profundizar el aspecto tuitivo de derechos fundamentales preexistentes del orden social, que imponen limitaciones al ejercicio liberal e irrestricto de la propiedad.<sup>6</sup>

En el caso que se analiza, el TSJ de Córdoba entrando al análisis del recurso de inconstitucionalidad, hizo lugar al mismo, por voto mayoritario, revocando el fallo de Cámara y admitiendo la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única. Así como principales argumentos sostuvo:

- Que un fallo no es arbitrario si proporciona nuevas razones que difieran de los argumentos anteriormente descalificados. En este sentido entendió que el núcleo de la sentencia por la que la CSJN revocó la que pronunciara el TSJ en favor de la constitucionalidad el art. 58 de la Constitución Provincial,<sup>7</sup> giró en torno de la competencia del Congreso de la Nación (para dictar normas de derecho de fondo civil o de seguridad social), habilitando la nueva reflexión sobre el punto.

- La proyección de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la operatividad de derechos protegidos constitucionalmente abona una nueva reflexión, a la vez que los estados nacional y provinciales, al amparo de la situación de emergencia económica, han dictado numerosas leyes suspendiendo las subastas de viviendas únicas<sup>8</sup>.

- Que las bases constitucionales de la protección de la vivienda tanto federal como local, proporcionan rasgos individualizadores de los derechos patrimoniales y los derechos sociales (art. 17 y art. 14 bis de la CN), siendo que en los últimos, el rol del Estado no se limita a la exclusión de intromisiones, sino que el constituyente pretende un rol activo, “...*el establecimiento de directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y*

---

<sup>6</sup> Cabe acotar que mientras se sustanciaba el trámite de los recursos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional la legislación provincial, revocando el fallo fundamento del recurso de casación. A raíz de ello, el Tribunal Superior provincial, en un primer momento adaptó su jurisprudencia a la de la Corte, si bien manteniendo a salvo su criterio dispar, por razones de economía procesal. Conf. entre otros TSJ de Córdoba, Sala Civil y Com., Auto N° 163 del 27/08/2002 *in re*: “Funes Germán Darío c/ Aníbal Enrique Polliza y ot. – Ejecutivo – Recurso de Casación”.

<sup>7</sup> “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini – P.V.E. – Ejecutivo – Apelación – Recurso Directo”. CSJN, B.737.XXXVI, 19-03-2002.

<sup>8</sup> Ley nacional N° 26.062 (año 2005), ley N° 13.302 de la Provincia de Buenos Aires, ley N° 5.525 de la Provincia del Chaco, ley N° 5.979 de la Provincia de Corrientes, ley N° 9.619 de la Provincia de Entre Ríos, ley N° 7.335 de la provincia de Mendoza, ley N° 4.174 de la provincia de Misiones, ley N° 7.583 de la provincia de San Juan, ley N° 5.514 de la provincia de Tucumán, etc.

sobre todo en la de los Tribunales supremos”.<sup>9</sup> Similar distinción se encuentra en los tratados constitucionalizados a partir de la reforma de 1994<sup>10</sup> y en la Constitución de la Provincia de Córdoba<sup>11</sup> por lo que la vivienda única no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino como derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales<sup>12</sup>.

- La defensa del bien de familia es garantía particularizada del derecho a la vivienda digna reconocido por el art. 14 bis C.N., y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la protección de los derechos sociales demanda del Estado “*medidas apropiadas para asegurar la efectividad*”.

- La norma que estatuye que la vivienda única es inembargable en las condiciones que fija la ley no es contraria a las normas federales (CN, art. 14 bis), que la Constitución Provincial haya explicitado la medida de protección no implica contradecir las normas constitucionales, siendo que la vivienda afectada coincide con las condiciones que la ley N° 14.394 requiere al bien de familia. La diferencia radica en cuándo un inmueble adquiere ese carácter, si con la inscripción en el registro inmobiliario, o está “*automáticamente inscripta*” (ley N° 8.067) desde la vigencia de la ley, contradicción sobre la que no hay precedente de la Corte. Cabe preguntarse si la variación en la modalidad de reconocimiento de bien de familia de la ley provincial es equivalente o no a la nacional. La inscripción en el Registro de Propiedad del régimen nacional se explica porque la vivienda objeto de declaración no debe ser necesariamente única y queda afectada mediante una selección del titular que la

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L. 1999. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, p. 109. Citado por el voto de la mayoría en: “Romero, Carlos E. c/ Andrés F. Lema – Desalojo – Recurso de Casación e Inconstitucionalidad...”, considerando IV.3, 2º párrafo. TSJ, Auto Interlocutorio N° 108, 04.07.2006.

<sup>10</sup> “...Así la protección de la propiedad privada decanta en prohibiciones al Estado y los particulares de intromisiones o abusos (CADH, 21, 3 y 3); mientras que la protección de los derechos sociales demanda del Estado “*medidas apropiadas para asegurar la efectividad*”, es decir medidas activas (PIDES y C, 11,1)...” TSJ in re: “Romero Carlos...” citado precedentemente, considerando IV.3, tercer párrafo del voto de la mayoría.

<sup>11</sup> Constitución de la Provincia de Córdoba, arts. 1, 67, 58.

<sup>12</sup> “Cabe entonces reflexionar nuevamente si la singularidad que caracteriza la **protección de la vivienda única y que no puede circunscribirse a la óptica de la propiedad** sino también como un **derecho social**, implica la competencia exclusiva del Congreso Federal para normar o si aunque sea condicionada queda un remanente de competencia conservada por las Provincias, concurrente con aquélla.” Considerando IV.4, segundo párrafo del voto de la mayoría.

(El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de esta ponencia.)

inscribe como tal, lo que explica la necesidad de conocimiento *erga omnes*. En la provincia, el reconocimiento estatal tiene por objeto una vivienda única asiento del grupo familiar, siendo la habitación un hecho objetivo y la situación no carece de publicidad porque lo fija la ley, asegurando el conocimiento por los terceros equivalente a lo normado por la ley nacional, por lo que no hay desborde de competencia, siendo que es de competencia provincial la reglamentación. Registra esto excepciones en caso de abuso de derecho y supuestos excluidos por la ley, lo que no se da en el caso.

- Que en el balance de los intereses en juego, no cabe duda que la preferencia por la protección de la vivienda única coincide con el sistema de normas supranacionales, nacionales y locales.

### **Tras el primer velo: la argumentación.**

Desde la consolidación del Estado de Derecho en occidente, existe ciertamente el anhelo de que el ámbito jurídico sea un ascético y neutral campo de batalla de los conflictos y tensiones sociales. Y si bien tal ideal, cuasi platónico por cierto, ha sido permanentemente desmentido por la cruda sordidez subterránea de los hechos históricos, y puesta en evidencia sus limitaciones como tal por diversas concepciones que entienden que más que un escenario ecuánime se trataría de un instrumento de dominio o sometimiento, o por quienes entienden que nos encontraríamos en una situación de anomia; no por ello deja de resultar paradigmático el modo en que, desde el Campo de Marte de la contienda tribunalaria, se proyectan debates que hacen a la misma conformación de la propia autoconsciencia social del derecho.

Es que las resoluciones judiciales de debates jurídicos con potencial proyección a situaciones particularmente sensibles, tales como cuando se encuentran en juego derechos fundamentales o sociales, más allá del acto de poder que en sí mismo encierran, conservan cierta analogía con las batallas olímpicas de la antigua Grecia. Así como la lucha olímpica adquiriría su trascendencia moral, en la medida en que el atleta buscaba en el triunfo la “*areté*” o virtud social, los núcleos que aglutinan fuerzas o tensiones colectivas –sea de una u otra tendencia-, buscan en los casos judiciales paradigmáticos lograr esa “*areté*” que legitima socialmente su posición.

En esa particular categoría de tensión dialéctica, podemos ubicar la solapada lucha de posiciones conservadoras y progresistas en el ámbito de los derechos económicos y sociales, a través de la dicotomía entre derecho de propiedad individual y derecho de propiedad social. Y así como cada atleta quiere llevar la lucha al campo de su propia localía –donde seguramente le resultará más accesible obtener una victoria-, cada uno de los polos de esta particular tensión, pretende focalizar la argumentación jurídica en la batalla judicial al plano que le resultará fértil a su siembra.

Dentro de ese marco, asistimos a una suerte de batalla olímpica contemporánea en el ámbito de la dicotomía jurídica propiedad individual-bien social, sobre un tema álgido: la embargabilidad y ejecutabilidad o no del bien de familia.

Cada polo concentra marcados intereses sociales: los intereses financieros, bancarios, inmobiliarios, etc., de quienes pretenden perpetuar una concepción individual de la propiedad que no admite mayores límites en la función social de ciertos bienes con beneficiarios particulares, por una parte; y el de aquellos que pretenden asegurar acciones protectoras de naturaleza social, profundizando en la noción de derechos fundamentales.-

Los campos o ámbitos jurídicos de batalla a los que cada contendiente pretende llevar a su adversario, se marcan claramente: el derecho privado de propiedad individual, su garantía y sistema positivizado con las facultades legislativas delegadas por las provincias hace más de 150 años al tiempo de concretarse la Constitución Nacional; o los derechos económicos y sociales positivizados como derechos fundamentales a partir de las reformas constitucionales de la segunda mitad del siglo pasado, y a través de los tratados internacionales, jerarquizados con rango constitucional.

Un episodio singular de batalla judicial sobre tal tema, lo constituye el debate acerca de la constitucionalidad o no de la vivienda familiar única, reconocida como garantía constitucional por la Constitución de la Provincia de Córdoba a partir de su reforma de 1987 y normas reglamentarias (ley N° 8.067).

Como antecedente, cabe señalar que ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso anterior, declaró inconstitucional la normativa provincial por

entender que violaba la delegación de facultades al Congreso de la Nación para el dictado de normas de derecho de fondo<sup>13</sup> (fin del 1er. round?).

Pero la batalla sigue: en otro caso, y con otros argumentos, recientemente el TSJ de Córdoba en autos “Romero Carlos F. c/ Andrés F. Lema – Desalojo – Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-“, en un raptó de indisciplina quizás, o independencia, de kamikaze o de abanderado de la justicia, tal vez –según la perspectiva desde la cual se lo valore-, ha vuelto sobre los pasos del máximo Tribunal Federal, y nuevamente declara constitucional la normativa provincial sobre el punto. (fin del 2do. round?).

### **Tras el segundo velo...**

Se advierte que el discurso deontológico sobre la cuestión puede centrarse en dos focos: analizar el ordenamiento jurídico desde una perspectiva del derecho de propiedad individual, o bien desde una perspectiva social y de derechos fundamentales.

Desde la primera, el ordenamiento jurídico faculta al acreedor a ejecutar cualquier bien del deudor, con la sola limitación de los gravámenes regístralmente inscriptos que garantizan la seguridad jurídica (que sería en la especie “seguridad de cobrar”). Dentro de tal visión, si bien la CN (art. 14 bis) protege la vivienda, ello no sería operativo, sino programático y se debe estar a las leyes que reglamenten el ejercicio de los derechos, entre las que se encuentra la ley N° 14.394 que requiere como condición de protección la inscripción regístral; de modo que la consideración de inscripción “automática”, según la norma provincial (al permitir así la posibilidad de no inscribir), sería un avasallamiento sobre el derecho federal.

Desde el otro ángulo, el derecho a la vivienda digna y a la protección de la misma del art. 14 bis de la CN, si bien puede haber sido programático en su texto original, ha dejado de serlo, en tanto que con la reforma constitucional de 1994 al haber incorporado los tratados internacionales con rango jerárquico superior a la ley N° 14.394; las normas de los tratados que imponen acciones efectivas a los fines de asegurar las garantías, implican que la limitación de la garantía a la inscripción regístral (ley N° 14.394) sería inconstitucional en cuanto por vía de reglamentación del ejercicio

---

<sup>13</sup> “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini – P.V.E. – Ejecutivo – Apelación – Recurso Directo”. CSJN, B.737.XXXVI, 19-03-2002. Citado en nota a pie N° 7.



del derecho, puede implicar la frustración del mismo en casos concretos; lo que sería contradictorio con tal exigencia de acciones efectivas, y en consecuencia, resultaría constitucional la normativa provincial respecto de la “inscripción automática” sin necesidad de inscripción registral.

Otro argumento deontológico en favor de la segunda postura podría ser el hecho de que la interpretación de la norma, no debe acotarse a la letra estricta de su texto; de modo que la “inscripción en registro respectivo” a la cual se refiere la ley N° 14.394 como condición de la protección de bien de familia, debe interpretarse en el sentido de “publicidad necesaria” de que el bien está protegido y no estrictamente en el registro de propiedades como reza el texto literal. En este rumbo, en el sentido de que inscripción registral es equivalente a publicidad suficiente, la norma provincial al reglamentar un modo de publicidad suficiente como sería el reconocimiento legislativo a la pública posesión del único bien sede de la familia, no estaría contraviniendo la norma federal, y por otra parte permitiría armonizar las garantías de los tratados internacionales y de la CN (art. 14 bis) al bien de familia. Este es uno de los argumentos concretos del fallo analizado cuando entiende que como la garantía de bien de familia del art. 58 de la Constitución Provincial se refiere a una única vivienda (lo que excluye la posibilidad y necesidad de optar por la constitución como tal de un bien, especificando cual), y la posesión como sede de vivienda es un modo de publicidad, existiendo fecha cierta del *dies a quo* de la protección con la fecha de la publicidad en el Boletín Oficial de la ley ( N° 8.067), no habría contradicción con la norma federal.

La situación nos revela que, aún en el plano deontológico, coexisten superpuestas en nuestro ordenamiento jurídico, soluciones antagónicas sobre la cuestión; de modo que cualquier decisión que se tome al respecto, implicaría trascender el mero plano deontológico jurídico, y requeriría de fundamentos de otra índole, a fin de justificar no ser una mera opción enmarcada en una decisión ideológica o de ejercicio arbitrario del poder.

En tal sentido, entendiendo que el ejercicio de la función judicial puede ser analizado como una ética aplicada, y aún admitiendo que como tal su naturaleza es preeminentemente deontológica, en casos extremos o difíciles, tal como cuando existe conflicto entre dos garantías de igual jerarquía, o de dos visiones deontológicas posibles ambas con fundamentos constitucionales y a la luz de interpretaciones del mismo

sistema; es posible y lícito buscar una solución desde una perspectiva diferente, sea axiológica o consecuencialista.

Desde una perspectiva axiológica, el análisis de la *télesis* de las normas o del ordenamiento se debe realizar en función del valor en juego en el caso concreto: el derecho de propiedad individual del acreedor en función del principio de seguridad jurídica del sistema que le permita hacer efectivo su crédito, o frente a él, el interés social de proteger la vivienda familiar concebido como un bien social. El carácter vertical de cualquier dicotomía ético axiológica determina que uno de los dos valores en conflicto es de naturaleza superior.

En un análisis consecuencialista, el fundamento de la decisión por cualquiera de los esquemas de interpretación deontológicos señalados, pasaría por los efectos para la sociedad en su conjunto de permitir o evitar subastas de viviendas únicas en función de las consecuencias sociales de ello. En ese contexto; debería interpretarse cuando el Tribunal en el fallo sostiene, entre las razones que llevan a una nueva reflexión sobre la cuestión *a posteriori* del fallo de la Corte Suprema en sentido contrario, la tendencia en la legislación de emergencia nacional y provincial a evitar las ejecuciones de viviendas únicas. Tal vez, desde allí deba entenderse la expresión del TSJ de Córdoba en el fallo analizado, cuando la postura de la mayoría finalmente sostiene que “... *la preferencia por la protección de la vivienda única que reúna las condiciones del bien de familia emerge coincidentemente del sistema de normas supranacionales, nacionales y locales.*”<sup>14</sup>

Este criterio, por otra parte sería acorde con la tendencia de concebir al juez ya no como juez legal decimonónico con un credo positivista, sino como juez constitucional, operador de la constitución; lo cual “...*obliga a repensar a todo el derecho positivo en **clave constitucional** y a decidir los casos primero (y no después o nunca) desde la perspectiva constitucional. El veredicto judicial, en definitiva, tiene que estar insuflado de constitucionalidad, lo que implica la condena de la sentencia ‘abstemia’ de la Constitución, y no sólo de la opuesta a la Constitución.*”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> “Romero...” Cit., voto de la mayoría, considerando IV, tercer párrafo *in fine*.

<sup>15</sup> SAGÜÉS, N. 2000. Del juez legal al juez constitucional, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid., p. 337. Citado por “Banco Bisel S.A.c/ Edinco S.A. y otros – Ejecutivo particular (ant.)- tercería de dominio – (Expte. 24188/36)”, sentencia N° 223, de fecha 17/11/2005, Cámara 3ª Civil Y Comercial de Apelaciones de Cba., considerando 5, tercer párrafo.

### **Algunas conclusiones.**

-Los ordenamientos jurídicos que pretenden dar una solución neutral o “imparcial” a los conflictos sociales, en cuanto a la aplicación concreta del derecho en la función judicial, no escapan a la contaminación ideológica, política y social, características del mundo donde se encuentran inmersos.

-La pretendida neutralidad de los discursos deontológicos en la interpretación de la constitucionalidad de situaciones conflictivas de especial sensibilidad social, encuentra marcadas limitaciones cuando el mismo ordenamiento permite interpretaciones deontológicas antagónicas, pues cualquier decisión al respecto excederá el mero análisis normativo y correrá el peligro de constituirse en ideología en lugar de verdad, o acto de poder en lugar de justicia.

-En situaciones en que coexisten soluciones deontológicas antagónicas, constituye un razonable intento de evitar arbitrariedad en la decisión, el buscar criterios axiológicos y consecuencialistas legitimados en las pautas fundamentales del propio mundo jurídico y social. En este sentido, constituye un aporte clave la idea de que la Constitución deba ser aplicada inmediatamente por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia, sin la distinción basada en la dogmática legicentrista de matriz decimonónica respecto de normas operativas y programáticas<sup>16</sup>.

### **Bibliografía.**

FERRAJOLI, L. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid.

FOUCAULT, M. 1992. *Microfísica del poder*. Las Ediciones de La Piqueta, Madrid.

FOUCAULT, M. 1996. *Genealogía del racismo*. Editorial Altamira, Buenos Aires.

GUASTINI, R. 2003. La constitucionalización del ordenamiento jurídico, en CARBONELL, M. y otros, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid.

SAGÜÉS, N. 2000. Del juez legal al juez constitucional, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

---

<sup>16</sup> Cfr. GUASTINI, R. 2003. La constitucionalización del ordenamiento jurídico, en CARBONELL, M. y otros, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.