

2008



Derecho de Propiedad,
La Inconstitucionalidad Del
Corralito y La Acción De Amparo

TRECCO RAFFAELLO
ABOGACIA

INDICE GENERAL

**CAPITULO I
EL DERECHO DE PROPIEDAD**

I	Introducción	8
II	El Derecho	10
III	El Derecho de Propiedad	11
1	El concepto constitucional de propiedad	11
IV	Antecedentes Constitucionales	12
1	Estatuto Provisional de 1815	12
2	La Constitución de 1819	12
3	La Constitución de 1826	12
4	Proyecto de Alberdi	13
V	Tratados Internacionales	13
1	Declaración Universal de los Derechos del Hombre	13
2	Convención Americana sobre Derechos Humanos	13
3	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	14
VI	La Constitución Nacional y el Derecho de Propiedad	14
VII	Fuentes del Derecho de Propiedad	16
VIII	Diferencia entre el concepto Constitucional y el Civil	16
IX	Función social de la Propiedad	17
1	La escuela de Angers	17
2	La Democracia Cristiana	18
3	Los Centristas	18
X	Reglamentación del Derecho de Propiedad	20

CAPITULO II
DOCTRINAS RESTRICTIVAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y
JURISPRUDENCIA

XI	El Marco Constitucional	21
1	La Era Lochner	22
2	El fin de la Era Lochner	25
3	La clausula de inalterabilidad de los contratos	28
4	La jurisprudencia de la Corte Argentina y la adopción del modelo estadounidense	30
XII	La emergencia en la Constitución Nacional	39
1	Concepto	39
XIII	Emergencia y Estado de Derecho	42
XIV	Clasificación de la Emergencia y sus instituciones	44
XV	Breve análisis de las Instituciones de Emergencia en la historia institucional de nuestro país	46
1	Instituciones previstas por la Constitución	46
2	Instituciones prohibidas por la Constitución: el artículo 29	62
3	Instituciones no previstas por la Constitución	63
XVI	El Estado de Necesidad	67
XVII	Jurisprudencia de la Corte (evolución en el control de constitucionalidad en épocas de emergencia)	69
1	Periodo 1870/1950	69
2	Periodo 1950/1966	76
3	Periodo 1966/1973	77
4	Periodo 1973/1976	78
5	Periodo 1976/1983	79
6	Periodo 1983/1989	80
7	Periodo 1989/1999	81

8	A partir del año 2000	84
---	-----------------------	----

CAPITULO III
REGLAMENTOS-DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA -
JURISPRUDENCIA

XVIII	El Reglamento	85
XIX	El decreto-Ley	85
XX	Decreto de Necesidad y Urgencia	86
XXI	El decreto de Necesidad y Urgencia 1570 del PEN	89
XXII	La reacción popular	91
XXIII	Los derechos individuales violados	92
XXIV	La inconstitucionalidad de dichas medidas	94
XXV	El caso Smith	95
XXVI	La ley de emergencia 25.561 y su inconstitucionalidad	98
XXVII	El decreto de necesidad y urgencia N° 214 del PEN	101
XXVIII	El decreto de necesidad y urgencia N° 320	104
XXIX	La ley 25.587, su inconstitucionalidad	106
XXX	El decreto de necesidad y urgencia 905 de reordenamiento del sistema Financiero	109
XXXI	El decreto de necesidad y urgencia N° 1326	112
XXXII	Jurisprudencia	116
1	El caso San Luis	116
2	El caso Cabrera.	130
3	El caso Bustos	149
4	El caso Massa	160

CAPITULO IV
GARANTIA - LA ACCION DE AMPARO
CONCLUSIONES

XXXIII	La acción de amparo en general	171
1	Orígenes	171
2	Evolución histórica en Argentina	172
3	Elaboración Jurisprudencial	173
4	Regulación legal	174
5	Reforma Constitucional: art 43	175
XXXIV	Naturaleza jurídica: el amparo ¿es una acción o un recurso?	176
XXXV	El amparo como garantía constitucional	179
1	Concepto	180
2	Objeto de la acción de amparo	180
3	Procedencia	182
4	Modo de funcionamiento de la garantía:¿Es una vía principal o subsidiaria?	183
5	Principio de celeridad	188
XXXVI	La acción de amparo en particular, el caso del corralito financiero	189
1	Competencia Judicial	189
2	El plazo para la interposición del amparo	190
3	La legitimación en el amparo y su jurisprudencia	191
4	La producción del informe circunstanciado	194
5	Información simple sin prueba. Efectos sobre la documentación	196
6	Información y contestación sin prueba. Efectos	199
7	La omisión del informe. ¿Hay rebeldía o incontestación?	199
8	Admisión y sustanciación de los recursos contra medidas cautelares	200
9	Inaplicabilidad de sistema de la ley antigoteo	202
10	Formación de incidente separado	203

11	Recursos contra la sentencia definitiva	203
12	El recurso extraordinario	205
13	Vías procedimentales	207
14	Materialización de las medidas cautelares	209
15	El dato temporal	210
XXXVII	Conclusiones Finales	212
XXXVIII	Bibliografía	223

CAPITULO I

EL DERECHO DE PROPIEDAD

INTRODUCCION

La situación del país a fines del año 2001 hasta nuestros días, me lleva a analizar un tema de gran actualidad: El llamado corralito financiero que afectó el derecho de propiedad protegido por nuestra Constitución.-

Ante la masiva huída de depósitos del sistema financiero y a los fines de evitar el colapso del sistema, el Poder Ejecutivo dictó el 1 de diciembre de 2001 el Decreto No. 1570, que en su art. 2 prohibió los retiros en efectivo que superaran los \$ 250 o US\$ 250 por semana (por parte del titular o de los titulares que actuaran en forma conjunta o indistinta, del total de sus cuentas en cada entidad financiera) y las transferencias al exterior (con excepción de determinadas operaciones sujetas a la autorización del Banco Central de la República Argentina). De esta forma, el Decreto 1570/01 estableció el llamado “corralito”: cada persona podía disponer de la totalidad de los fondos depositados pero se exigía la utilización de algún medio de pago bancario (cheque, transferencia entre cuentas, etc.), de forma tal que los fondos no salieran del sistema (de ahí la idea de “corral”).

Por medio de este Decreto, el Poder Ejecutivo buscaba eliminar “el riesgo de que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas... y a la economía nacional toda” e impulsar “una mayor utilización del dinero bancario” a fin “de recuperar el volumen de la recaudación tributaria”.

Con la caída del gobierno de De la Rúa, el nuevo gobierno de Eduardo Duhalde decidió la reprogramación de todos los depósitos bancarios, cuyos lineamientos generales se encuentran en la Resolución N° 6/2002 del Ministerio de Economía (modificada por

Resolución N° 46/2002). Además, se llevó adelante un programa económico de “pesificación” de todas las obligaciones de dar suma dinero. En este sentido, el Decreto 214/02 –de fecha 3/2/2002- dispone en su art. 1 que *“a partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas en Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen –judiciales o extrajudiciales- expresadas en Dólares Estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a Pesos”*. En lo que concierne específicamente a los depósitos bancarios, el art. 2 del Decreto 214 establece que *“todos los depósitos en Dólares Estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes en el sistema financiero, serán convertidas a Pesos, a razón de \$ 1,40 por cada US\$ 1, o su equivalente en moneda extranjera. La entidad financiera cumplirá con su obligación devolviendo Pesos a la relación indicada”*.

Por otra parte, el art. 9 del Decreto 214 prescribe que *“la emisión de un Bono en Dólares Estadounidenses, con cargo a los fondos del Tesoro Nacional, por el que podrán optar los depositantes en el sistema financiero a los que se refiere el art. 2 del presente, en sustitución de la devolución de sus depósitos. Dicha sustitución alcanza hasta la suma tope de Dólares Estadounidenses Treinta Mil por titular y por entidad financiera.. Los interesados en tomar la opción de restitución podrán ejercer tal derecho dentro del plazo de noventa días de publicada la norma que reglamente la forma de emisión del Bono”*.

En cumplimiento de esta disposición, se dictó el Decreto 494/2002 que reglamenta la emisión del Bono. El art.1 de dicho Decreto establece que *“Los titulares de depósitos en moneda extranjera en entidades financieras que fueran convertidos a Pesos, en virtud de lo dispuesto en el Decreto N° 214/02 y reprogramados en los términos de las Resoluciones del Ministerio de Economía N° 6/02, 9/02, 23/02 y 46/02 tendrán la opción de recibir a través de la entidad financiera correspondiente, en sustitución total o parcial de dichos depósitos ... bonos en dólares estadounidenses por un valor nominal total equivalente al importe del depósito reprogramado, antes de su conversión a pesos, adicionando los intereses devengados desde la fecha de la reprogramación establecida*

hasta la fecha de la emisión de los bonos o hasta dólares estadounidenses 30.000, o su equivalente en otra moneda extranjera, de ambas la menor, por titular y por entidad financiera...” Como es sabido, estas medidas provocaron una avalancha de acciones de amparo por parte de los ahorristas con la finalidad de obtener la recuperación de los fondos depositados.

El propósito de este trabajo es tener una visión del derecho de propiedad, desde su origen, pasando por sus fuentes, su función social y evolución jurisprudencial con el fin de conocer y comprender los diferentes aspectos del mismo, estableciendo, además las normas jurídicas que lo protegen como así también las doctrinas judiciales de la emergencia y la del estado de necesidad que se utilizan como instrumento de restricción del mencionado derecho de propiedad. Hechando mano al poder de policía que es ejercido por parte del Estado, creando como en el que caso que analizo las leyes y decretos de necesidad y urgencia del llamado “corralito” bancario, de la “reprogramación de depósitos” y de la “pesificación” de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, cuya inconstitucionalidad deseo probar.

Para incursionar luego en la acción de amparo estableciendo su origen e importancia como una herramienta idónea para proteger el derecho de los ahorristas.

EL DERECHO

La convivencia de los hombres en la sociedad exige inevitablemente la vigencia de normas a las cuales deben ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible.

Hay algunas normas cuyo respeto se reputa necesario a la convivencia social, que el Estado las impone con carácter obligatorio: son las normas jurídicas. Pero no es suficiente para considerarlo derecho porque además es necesario que sea conforme a la

idea de justicia. Estas normas forman el derecho positivo argentino que lo podemos definir como el conjunto de leyes vigentes en un país.

Pero este conjunto de leyes en su sentido subjetivo significa la facultad de otro de exigir una determinada conducta. Existen distintas categorías pero la que nos interesa analizar en este trabajo es el derecho subjetivo como facultad de goce de una cosa por ejemplo: el derecho de propiedad, usufructo, etc. que se traduce en el poder de incluir o excluir la influencia ajena sobre una cosa.¹

Carranza Torres define a los derechos como las facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres, ya sea de manera individual o colectiva, por su sola calidad de seres humanos.²

EL DERECHO DE PROPIEDAD

La propiedad privada, jurídicamente hablando, se traduce en el derecho que le permite a su titular satisfacer razonablemente una amplia gama de necesidades, tanto de índole material como espiritual, de carácter individual o social.

El concepto constitucional de propiedad:

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, fallo "**bourdieu**" de 1925 donde establece que: *"El termino propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional o en otras disposiciones de este estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) a condición de*

¹ Borda, Guillermo A., Manual de Derecho Civil Parte Gral., pág... 23.

² Carranza Torres, Luis R., "La Garantía de la Propiedad en el Der. Const. Arg.", El Derecho, 21/02/02, pag.1.

*que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad..."*³

Por lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciable en dinero, alcanzan el nivel de derechos patrimonialmente rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.⁴

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Estatuto Provisional de 1815:

Definía el derecho de propiedad de las personas como "*el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos*" (art.2, cap.1, sec.1)

La Constitución de 1819:

Establecía que "*siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los miembros del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades sin el consentimiento del cuerpo legislativo, o por un juicio conforme a las leyes*" (art.123).

La Constitución de 1826:

Disponía que "*siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los habitantes del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades, sino en los casos establecidos por la ley*"(art.175). Agregaba que, "*cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún individuo particular sea destinada a usos públicos bajo las formalidades de ley, el propietario recibirá por ella una justa compensación*"(art.176).

³ CSJN, fallos, 145:327.

⁴ Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Arg., T1, Ediar, Bs. As., 1992 pág... 323.

Proyecto de Alberdi:

Disponía "La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone contribuciones. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su descubrimiento. La confiscación y el decomiso son abolidos para siempre..."(art.18).

En todos estos antecedentes resalta claramente la importancia individual y social del derecho de propiedad como así también la necesidad y el deber de tutelarlos con garantías eficientes.

TRATADOS INTERNACIONALES

Existen diversos tratados internacionales donde se reconoce y protege el derecho de propiedad:

Declaración Universal de los Derechos del Hombre:

"Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad"(art.17). En tanto que el art.27 pto.2 establece: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 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. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley" (art.21).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

"Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio"(art.9); "Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia" (art.10); "Toda persona...tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor" (art.12); "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y de el hogar" (art.23).

Vemos en estos tratados internacionales como va evolucionando la idea de derecho de propiedad ya que pasa de ser individual y absoluto a un derecho de propiedad con mayor contenido social.

LA CONSTITUCION NACIONAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 17 de la C.N. reconoce y protege este derecho al establecer: *"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art.4. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el termino que le acuerde la ley..."*.

Se relaciona también este derecho con el art.14 de la C.N. que reglamenta su ejercicio al disponer expresamente que: *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio..."*.

El principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la C.N. también es aplicable al decir: *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio"*.

Del análisis del primer artículo mas allá de que resulta evidente que nuestros constituyentes tomaron el proyecto de Alberti como fuente; al hablar de la inviolabilidad se refiere a la titularidad del derecho de propiedad la cual no puede ser conculcada, sino en virtud de sentencia fundada en ley o por un acto expropiatorio por causas de utilidad pública y previamente indemnizada, esta excepción a la inviolabilidad viene del derecho francés contemplada ya en la misma declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano que reza: *"Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y anterior indemnización"*(art.17).

En cambio la inviolabilidad referida al ejercicio del derecho de propiedad puede ser limitada por el legislador en virtud del art.14 de la C.N. que le otorga al Congreso Nacional el poder reglamentario por ejemplo: para armonizar el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

El art. 28 promulga la razonabilidad de dichas reglamentaciones evitando desembocar en la negación o desnaturalización del derecho de propiedad, vemos que esas limitaciones son impuestas teniendo en cuenta el interés público protegiendo globalmente a la sociedad para el logro de las metas impuestas por el bien común.

También integran el concepto de propiedad constitucional según el art. 17 de la C.N. la propiedad intelectual, industrial y científica pero es de duración limitada por el término que establezca la ley.

Con la reforma Constitucional de 1994 a través del art.75 inc. 22 se le dio jerarquía Constitucional a una serie de tratados y concordatos sobre derechos humanos, no obstante la salvedad de la última parte que condiciona la jerarquía de los tratados aprobados *"...en las condiciones de su vigencia y no derogan artículo alguno de la*

primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...".

FUENTES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Las fuentes del derecho de propiedad podemos sustraerlos de la lectura de los artículos 14 y 17, por lo tanto tienen relación con otros derechos, del primero que reza: "*todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...de trabajar y ejercer toda industria lícita...comerciar...usar y disponer de su propiedad...*"; del segundo cuando dice: "*...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...*". Es decir tenemos dos fuentes, por un lado el trabajo físico o intelectual mediante el cual se crean los valores que conforman el patrimonio de una persona o los instrumentos que determinan su producción. Por otro tenemos los valores patrimoniales que se traducen en un capital que, al ser afectados a labores productivas de bienes, genera un rédito que se incorpora al patrimonio.

DIFERENCIA ENTRE EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL Y EL CIVIL

El concepto constitucional de propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto recogido por la legislación civil, el objeto de la propiedad son las cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio para la Constitución, supera el marco del dominio y el de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.⁵

⁵ Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la Propiedad Privada", La Ley, 05/03/02, pág. 2.

Incluye todos los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales e inmateriales que constituyen el patrimonio de una persona.⁶

Se diferencia el derecho "de" propiedad, consistente en el derecho de usar, gozar y disponer de los bienes, del derecho "a" la propiedad, que amplía los modos de adquisición de la misma, antes ligados a la herencia o derecho de sangre y desde la modernidad a otras formas entre las que sobresale el contrato por compra, la prescripción, etc. materias reguladas por la legislación civil.⁷

FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La denominada función social del derecho aparece como uno de los institutos característicos del Estado social de derecho que limitó el ámbito del derecho de propiedad en la que influyó la Doctrina Social de la Iglesia Católica.

Muchos dicen que comenzó a partir de la encíclica Rerum Novarum, para otros no fue así porque esta encíclica fue una sistematización mayor de la Doctrina Social de la Iglesia; ella es presentada en un cuerpo más orgánico y coherentemente doctrinal. Podemos mencionar algunos de los hombres que se anticiparon a la formulación de buena parte de la doctrina incorporada a la Encíclica de León XIII:

La Escuela de Angers: Influenciada por resabios del liberalismo sostenía el abstencionismo del Estado y la libertad absoluta; no cuidaba de la necesaria defensa del obrero; impugnaba la unión de los trabajadores en sindicatos; sostenía el derecho de propiedad sin limitaciones, como medios exclusivos para solución de los conflictos sociales.

⁶ González Calderón, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", paga. 416.

⁷ Dalla Via, Alberto R., "Derecho Constitucional Económico", Abeledo-Perrot, 2000, pág. 234.

La Democracia Cristiana: Representaba la izquierda del pensamiento Católico. Sostenía las reivindicaciones obreras pero sin detenerse en el justo medio pretendían una reforma social de la misma iglesia, decían que la única forma de gobierno legítima era la republicana, que el régimen de salarios era injusto, pedían que desapareciesen las desigualdades de fortunas de forma tal que ya no hubiese ricos ni pobres, sino que todos fuesen iguales.

Los Centristas: Nombre que puede darse a las tendencias del catolicismo social, que encajaron perfectamente con las normas de la Encíclica cuyo tema central es la situación de los trabajadores. La cuestión social es la relación de los patrones y obreros en el seno de las empresas, había aparecido una nueva forma de propiedad que era el capital y una nueva forma de trabajo que era el asalariado, caracterizado por gravosos ritmos de producción, sin la debida consideración para con el sexo, la edad o la situación familiar, y determinado únicamente por la eficiencia con vistas al incremento de los beneficios; pero también la pretensión del individualismo liberal que reclama la abstención del Estado en la vida económica. El "*dejar hacer, dejar pasar*" era el lema del parlamento francés, era como la norma de conducta. Se desemboca en una libertad absolutizada. Como si ella por si sola asegurara la justicia, Lacordaire dijo al respecto: "*Entre el pobre y el rico, entre el débil y el fuerte es la libertad lo que oprime y la ley la que libera*". Es una libertad tan absolutizada que niega la justicia. El hombre queda indefenso ante los poderosos condenado a una especie de esclavitud como lo menciona León XIII.

Por otra parte los socialistas de entonces solo veían la solución en la abolición de la propiedad privada. Ellos absolutizaron a su vez la justicia, de tal modo que niega la libertad. Contra unos y otros se expresa la Rerum Novarum (cosas nuevas): *Se proclama el valor de la iniciativa privada, el destino universal de los bienes, la propiedad privada considerada como fruto del trabajo mismo, la necesaria intervención del estado en defensa, sobre todo, de los más débiles, el derecho de asociación censurado*

por el liberalismo, el derecho al salario justo, es decir suficiente, que pueda permitir el ahorro, la limitación de la jornada laboral y la defensa de los niños y las mujeres.

El art.38 de la Constitución justicialista de 1949 consagraba la función social de la propiedad, bajo su vigencia la Corte Suprema en autos "Torra c/ Blas Montecchi" dice: "*...Que en las circunstancias señaladas está en juego, desde el punto de vista de las exigencias urbanas, la función social que según el artículo 38 debe tener la propiedad...*". En el caso, no obstante mantenerse vigentes las leyes urbanas que prorrogaban las leyes urbanas, la Corte hizo lugar al desalojo de un inquilino que destinaba terrenos urbanos para plantar hortalizas.⁸

La Constitución Nacional vigente no establece ninguna limitación de ese carácter, y la Constitución Justicialista de 1949 que careció de legitimidad al no cumplir los extremos del art. 30 de la Constitución Nacional en cuanto a las mayorías necesarias en cada Cámara.

La reforma del Código Civil por la ley 17.711 ha receptado las limitaciones al ejercicio absoluto de la propiedad cuando se ven afectados los bienes sociales o derechos de terceros, e incluyó la figura del abuso del derecho (art.1071), el vicio de lesión (art.954) y la teoría de la imprevisión (art.1198).⁹

Como toda libertad, la propiedad privada es inviolable. Pero, la inviolabilidad no significa que ella tenga carácter absoluto en el marco de la convivencia social. Un Estado personalista, cuya finalidad consiste en concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad de las personas, reconoce jurídicamente la propiedad privada y la reviste con las garantías necesarias para que su ejercicio sea amplio, posible y efectivo. Pero, como no se trata de una libertad absoluta, el Estado tiene el deber de armonizar su ejercicio con las restantes libertades reconocidas a todos los individuos y grupos sociales, aunque sin caer en el extremo de desconocer su inviolabilidad mediante restricciones o reglamentos que conduzcan, en definitiva, a su negación o desnaturalización.¹⁰

⁸ Fallos, (232:134).

⁹ Dalla Via, Alberto R., "Derecho Constitucional Económico", Abeledo-perrot, 2000, pág. 244.

¹⁰ Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la Propiedad Privada", La Ley, 05/03/02, pág. 2.

REGLAMENTACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Como ya cite anteriormente la propiedad no es una libertad absoluta y su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales. La potestad reguladora del ejercicio de los derechos le pertenece al Estado y es llamada técnicamente poder de policía.

La Corte ha tenido en cuenta dos principios básicos para establecer la constitucionalidad de una reglamentación o, en otras palabras, fijar los límites al poder de policía: El principio de legalidad, según el cual la reglamentación del derecho se debe instrumentar por ley, es decir por el legislador o por norma basada en ley (decreto reglamentario de ley; ordenanza municipal habilitada por una Constitución o por una ley provincial). El principio de razonabilidad que califica como constitucionales solamente a las normas reglamentarias que sean razonables. Se refiere, pues, a un control de fondo o de contenido de la ley o precepto regulatorio. Pueden distinguirse tres niveles de razonabilidad:

Normativa: Aquí debe cuidarse especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales.

Técnica: Impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos.

Axiológica: Exige una cuota de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales. Al legislador, en síntesis, no le está permitido obrar caprichosamente.¹¹

¹¹ Sagues, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional, Depalma, T2, pág. 399.

CAPITULO II

DOCTRINAS RESTRICTIVAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y JURISPRUDENCIA

EL MARCO CONSTITUCIONAL

Los alcances y límites constitucionales del derecho de propiedad y de la libertad contractual han sido delineados en numerosos precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia. Estos fallos de la Corte Suprema se fundamentan –en gran medida- en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos. Es por ello que en primer término se va a explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y después se examinará como la Corte Argentina adoptó esas pautas jurisprudenciales en nuestro país y determinó el “standard” aplicable a este tipo de casos.

La protección de la libertad contractual y el control de constitucionalidad en materia socio-económica en el derecho constitucional de los Estados Unidos en lo que concierne a la protección constitucional del derecho de propiedad y de la libertad contractual en el derecho estadounidense, se pueden observar dos etapas claramente diferenciadas: a) una primera etapa, conocida como la era “Lochner”, en donde la jurisprudencia de la Corte Suprema consideró la libertad contractual como una “libertad fundamental” y declaró la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones que importaban –según la concepción de esa época una intromisión estatal en el ámbito privado; b) una segunda etapa, en donde se deja de lado y se repudia la jurisprudencia de la era “Lochner”, admitiéndose la intervención del estado en la economía y en las relaciones contractuales privadas por razones de interés general.

La era Lochner

Para comprender la jurisprudencia de esta época, es necesario tener presente la filosofía jurídica subyacente. “Lochner” y los demás fallos de esta época se enmarcan en el denominado “pensamiento legal clásico” (también conocido como “formalismo”). Las principales características del “pensamiento legal clásico” son las siguientes:

a) Separación entre Derecho y Política: una de las grandes obsesiones de los pensadores estadounidenses de esa época era como evitar “tiranía de la mayoría”; o sea, la tiranía del Poder Legislativo. En este sentido, el “pensamiento legal clásico” postula que el derecho es una ciencia y que el razonamiento legal es esencialmente diferente al razonamiento político. Como destaca Horwitz, la fuerza de este postulado puede observarse en los debates acerca de la conveniencia de la “codificación” durante el siglo XIX¹². Una de las razones por las cuales se rechaza el movimiento codificador es el convencimiento que el derecho no es “político” y por ende no puede ser determinado por las Legislaturas. Por el contrario, se creía que el derecho era “científico” y debía ser descubierto por el Juez. De esta forma, el “pensamiento legal clásico” buscaba aislar el Derecho de la “Política” (y por ende de las Legislaturas), evitando así el desborde del Poder Legislativo y la tan temida “tiranía de las mayorías”.

b) Separación entre derecho público y derecho privado: de acuerdo al “pensamiento legal clásico”, el derecho privado (contratos, obligaciones, derechos reales, derecho comercial) regulaba exclusivamente las relaciones entre particulares, es decir, regulaba acerca de “lo mío” y “lo tuyo”¹³. En esta área del derecho privado, el Estado no podía inmiscuirse más que para asegurar la efectiva vigencia de “lo mío” y lo “tuyo”. No se consideraba legítima la intervención del Estado en este ámbito con fines redistributivos y de interés general¹⁴

¹² Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford University Press, 1992, New York, p. 9

¹³ Horwitz, Morton J., *op cit.*, p. 11

¹⁴ Horwitz, Morton J. *op cit.*, ps 27-31

c) Neutralidad del Estado: el pensamiento legal clásico iba de la mano con el “laissez faire” característico del liberalismo económico y creía en el principio de “neutralidad del Estado”, según el cual el Estado no debía entrometerse en los conflictos de las clases sociales y de los grupos de interés. Se concebía al mercado como una “entidad natural” que distribuía premios y castigos, de forma justa y neutral y se rechazaba cualquier intervención del Estado en el “mercado”. La influencia de esta noción de “neutralidad” del Estado se aprecia en los límites impuestos al poder de policía. En efecto, “el pensamiento legal clásico” sólo aceptaba la regulación estatal por razones de salud, seguridad y moralidad pública, pero no admitía las regulaciones estatales de fines redistributivos, es decir, que favorecían a un determinado sector social en perjuicio de otro.

Es en este contexto filosófico que se debe analizar el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Lochner v. New York*¹⁵ y los demás fallos de esta época.

En *Lochner* (1905), la Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba la jornada laboral en las panaderías a un máximo de 10 horas diarias o 60 horas semanales. En este fallo, se puede apreciar el tipo de control que ejerció la Corte Suprema en materia de regulaciones socio-económicas durante esta época. En primer lugar, la Corte realizó un control acerca de los fines perseguidos por la norma. Como ya se ha señalado, existía la convicción de que el Estado no podía dictar leyes de carácter redistributivo, que beneficiaran a un grupo determinado de personas en desmedro de otros. Es por ello que la Corte Suprema sostuvo, en *Lochner*, que la “cuestión acerca de si la regulación es válida como una ley laboral pura y simple puede ser rechazada en pocas palabras. No hay ninguna razón para interferir con la libertad de la persona o su derecho a contratar libremente, mediante la determinación de la jornada laboral en las panaderías. No se afirma que los panaderos como clase no posean la misma inteligencia y capacidad que los hombres que trabajan en otras profesiones u ocupaciones manuales, o que ellos no son o no puedan hacer

¹⁵ 198 U.S. 45 (1905).

valer sus derechos y protegerse a sí mismos sin el brazo protector del Estado”. En otras palabras, la Corte entiende que la ley del Estado de Nueva York no podía ser justificada como un intento de ayudar a los panaderos, ya fuera incrementando su poder de negociación o asegurándole directamente unas condiciones laborales decentes. Por otro lado, la Corte Suprema efectuó también un control de razonabilidad en donde verificó si los medios utilizados guardaban una relación substancial y real con los fines de la norma. En el caso concreto, la Corte Suprema rechazó la afirmación del Estado de Nueva York de que el límite de la jornada laboral en las panaderías estaba significativamente relacionado con la salud del empleado y afirmó que no hay dudas de que la ocupación de panadero no afectaba la salud “hasta el punto de autorizar al Poder Legislativo a interferir con el derecho a trabajar y con el derecho a contratar libremente (ya sea como empleador o como empleado)”. La Corte Suprema señaló que es cierto que había algunas ocupaciones que eran más saludables que otras, pero el mero hecho que una ocupación no fuera perfectamente saludable no confería el derecho al Poder Legislativo de supervisar y controlar las horas de trabajo. Por todo lo expuesto, la Corte Suprema concluyó que leyes de esta naturaleza, que limitan las horas que una persona madura e inteligente pueda trabajar para ganar su sustento, constituían una interferencia con el derecho de las personas a contratar y regular sus relaciones laborales como estimaran más conveniente.

Lochner constituye el ejemplo más claro de la actitud de la Corte Suprema de Estados Unidos frente a los primeros intentos legislativos de regular la actividad económica e interferir en la libertad contractual de las partes, para proteger a los grupos sociales más débiles. Pero no es el único caso en donde la Corte Suprema sustituyó el punto de vista del Congreso y declaró inconstitucional leyes de tipo “redistributivo” en el ámbito económico. Así, en *Adkins vs Children Hospital*¹⁶, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que establecía un salario mínimo para las mujeres. Y en *Coppage vs Kansas*¹⁷ se invalidó una ley que prohibía los contratos

¹⁶ 261 U.S. 525 (1923)

¹⁷ 236 U.S. 1 (1915).

denominados “yellow dogs” que son aquéllos que impedían al trabajador asociarse a sindicatos o asociaciones gremiales. En *Coppage*, la Corte sostuvo que la libertad contractual era tan esencial para el pobre como para el rico, para el trabajador como para el capitalista, y que el derecho a asociarse a sindicatos era un derecho que los trabajadores tenían que poder renunciar –en el marco de la negociación contractual- si era conveniente para ellos. La Corte Suprema también declaró inconstitucionales leyes que controlaban precios, señalando que la regulación de los precios sólo era permisible en actividades afectadas a un interés público.¹⁸

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario remarcar que hubo durante esta época fallos que reconocieron algunos límites a la libertad contractual, en casos específicos. Así, en *Muller vs Oregon*¹⁹, la Corte reconoció la constitucionalidad de una ley estadual que establecía un límite a la jornada laboral de las mujeres (con fundamento en la distinta naturaleza del hombre y de la mujer) y en *Holden vs Hardy*²⁰ sostuvo que era constitucional una ley que limitaba la jornada laboral de los mineros (con sustento en que la minería –según el “common law”- era una actividad tradicionalmente reconocida como inusualmente peligrosa).

En síntesis, durante este período, la Corte revisó con particular atención las regulaciones socio-económicas dictadas por el Poder Legislativo (tanto estadual como federal), invalidando un número significativo de estas regulaciones por considerar que afectaban el derecho constitucional a contratar libremente.

El fin de la era “Lochner”

La era “Lochner” no fue simplemente el producto de un poder judicial conservador y hostil a las regulaciones socio-económicas que tendían a proteger a los grupos sociales

¹⁸ *Williams v. Standard Oil Co*, 278 US 235 (1929).

¹⁹ 208 U.S. 412 (1908)

²⁰ 169 U.S. 366 (1898)

más vulnerables²¹, sino que fue la consecuencia natural de una filosofía jurídica determinada, cuyos rasgos principales ya han sido destacados en el punto anterior. El fin de la era “Lochner” llegó después de treinta años de ataque a los postulados filosóficos del “pensamiento legal clásico” y de una serie de cambios en la realidad económica que hicieron inaplicables esos postulados²².

Los primeros indicios de la existencia de un cambio en la postura de la Corte se perciben en *Nebbia vs New York*²³, en donde la Corte declaró constitucional una regulación de un organismo administrativo del Estado de Nueva York (Junta de Control de la Leche) que tenía facultades para fijar precios mínimos y máximos de venta de dicho producto. En este fallo, la Corte sostuvo que bajo “nuestra forma de gobierno, el uso de la propiedad y la realización de contrato son normalmente cuestiones de interés privado y no público. La regla general es que ambos deben estar libres de la interferencia del gobierno. Sin embargo, ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos, porque el gobierno no puede existir si el ciudadano usa a su arbitrio su propiedad en perjuicio de sus conciudadanos o ejercita su libertad contractual para causarles un daño. Tan fundamental como el derecho individual es el derecho del público de regular en miras del interés común”.

El fallo que claramente marcó el fin de este período es *West Coast vs Parrish*²⁴, en donde la Corte (todavía fuertemente dividida) se apartó expresamente del “holding” de

²¹ Esta es la tesis de Arnold Paul, quien concibe la era Lochner como la consecuencia de un Poder Judicial imbuido de ideas conservadoras y hostil a la reforma social, y a la regulación económica (Paul, Arnold M., *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench*, Peter Smith, Gloucester, Mass., 1976).

²² Entre el fin de la Guerra Civil y el comienzo de la Primera Guerra Mundial se producen importantes cambios económicos y sociales en Estados Unidos que hacen totalmente inaplicables las premisas del “pensamiento legal clásico”. En efecto, comienzan a surgir las primeras grandes empresas y se produce una masiva inmigración en el territorio norteamericano. Estos cambios sociales debilitan seriamente los fundamentos del pensamiento legal clásico, tales como la “neutralidad del Estado”, y la concepción del “mercado” como una entidad natural que distribuía los premios y castigos, de forma justa y neutral. (Horwitz, Morton J., *op. cit.*, 194-195). El golpe final es dado por la depresión económica de los años 30, pues como afirma Tribe, ya no se podía argüir con convicción que la mano invisible de la economía estaba funcionando simultáneamente para proteger los derechos individuales y el bien común (Tribe, *op. cit.*, p. 1358).

²³ 219 US 502 (1934)

²⁴ 300 U.S. 379 (1937).

Adkins y declaró la constitucionalidad de una ley estadual que establecía un salario mínimo para las mujeres. En *West Coast*, la Corte reconoció la existencia de un legítimo interés público en proteger no solamente a las mujeres sino a todos aquellos trabajadores que estaban en una posición de desigualdad al negociar sus contratos y que por ende se encontraban indefensos.

En *Nebbia* y en *West Coast*, la Corte se apartó de *Lochner* en lo que concierne a los fines que legítimamente podía perseguir la Legislatura, admitiendo las leyes de carácter redistributivo, pero en ambos fallos la Corte siguió exigiendo aún que los medios adoptados por el Poder Legislativo tuvieran una relación substancial y real con el fin que se buscaba alcanzar (control de razonabilidad). Sin embargo, el descrédito de la era *Lochner* y el rechazo a la filosofía jurídica de esa época llevó a la Corte a dar otro paso más, abdicando casi totalmente de dicho control de razonabilidad o de adecuación de medios a fines y dando de esta manera una preeminencia casi absoluta al juicio del Poder Legislativo. Este paso fue dado en *United States vs Carolene Products Co*²⁵, en donde la Corte afirmó que no iba a declarar inconstitucional una regulación socioeconómica por falta de adecuación entre el medio elegido y los fines perseguidos, a menos que dicha regulación careciera de toda base racional. A los efectos de determinar la existencia de esa base racional, no era necesario examinar los antecedentes parlamentarios sino que resultaba suficiente con inferir cualquier hipótesis que pudiera justificar dicha normativa²⁶. Y este es el “standard” actual que rige en el derecho constitucional estadounidense para analizar la constitucionalidad de las leyes o regulaciones en materia socio-económicas.

En síntesis, se observa en el derecho constitucional estadounidense actual una marcada abdicación del control de constitucionalidad cuando se trata de normas que regulan el ámbito socioeconómico, otorgando la Corte una clara preeminencia al juicio de

²⁵ 304 U.S. 144 (1938)

²⁶ *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955)

conveniencia que realiza por el Poder Legislativo²⁷. Esto es una consecuencia del descrédito en que cayó la era “Lochner” y la filosofía jurídica en que estaba imbuida. Tanto es así que al día de hoy se utiliza el verbo “lochnerize” como símbolo de una mala técnica de interpretación judicial.

La cláusula de inalterabilidad de los contratos

El art. I Sección 10 de la Constitución de Estados Unidos prescribe que ningún Estado podrá aprobar leyes que alteren las obligaciones contractuales. Esta disposición fue sancionada a los fines de evitar que los Estados dictaran leyes protectoras de los deudores (por ejemplo, leyes que pospusieran el pago de lo debido, o que autorizaran el pago en cuotas, etc.)²⁸. Durante el siglo XIX, esta norma constitucional representó el límite más importante para las regulaciones económicas de los Estados pero jugó un rol menos prominente durante la era “Lochner” en donde las regulaciones socio-económicas eran revisadas en el marco del debido proceso legal y de la protección igualitaria de las leyes. Con el fin de la era “Lochner” y la casi total abdicación del control judicial en materia socio-económica, decayó también el uso de la cláusula de la protección contractual como límite al Poder Legislativo, pero readquirió renovado vigor a partir de la década del setenta.

En lo que respecta a la inalterabilidad de los contratos, la Corte Suprema, desde el comienzo, ha distinguido entre una ley que afecta las obligaciones contractuales de una ley que solamente modifica los remedios legales para su ejecución²⁹. El caso más trascendente en este ámbito es *Home Building & Loan Association vs Blaisdell*³⁰. En este fallo, la Corte Suprema declaró constitucional una ley de moratoria hipotecaria del Estado de Minnesota que autorizaba a los jueces locales a extender el plazo de rescate (“redemption period”) de los inmuebles vendidos en ejecuciones hipotecarias (pero no

²⁷ Cfr. Tribe, Laurence, op. cit., p. 1362.

²⁸ Gunther, Gerald y Sullivan Kathleen M., *Constitutional Law*, 13º Ed., The Foundation Press Inc., New York, 1997.

²⁹ Cfr. Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 2º Ed., The Foundation Press Inc., New York, 1988, p. 615

³⁰ 290 U.S. 398 (1934).

más allá de 1 de mayo de 1935). El objetivo de esta ley era proteger a los deudores hipotecarios, amenazados con la ejecución de los inmuebles donde habitaban. La Corte sostuvo que el Poder Legislativo tenía una “autoridad residual para sancionar leyes tendientes a proteger los intereses vitales de la gente” y que la cláusula constitucional acerca de la inalterabilidad de los contratos “no puede ser interpretada como que impide intervenciones limitadas y temporarias respecto al cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una gran calamidad pública, como un incendio, una inundación o un terremoto”. Por lo tanto, “si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas... no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio sean producidas por causas económicas”. En este marco, la Corte concluyó que la ley de Moratoria Hipotecaria era válida porque: a) la ley de Minnesota expresamente declaró la existencia de una situación de emergencia que requería la protección de los deudores hipotecarios; b) la ley fue dirigida a un fin legítimo, es decir, no fue una mera ventaja particular de los individuos sino para la protección de un interés fundamental de la sociedad; c) la medida adoptada era razonable y adecuada para el fin buscado: en este sentido la Corte destacó que los intereses seguían corriendo y que la integridad de la deuda no había sido afectada; d) la ley era de vigencia temporal, limitada a la existencia de la situación de emergencia.

Este “standard” desarrollado por la Corte en *Blaisdell* fue aplicado nuevamente en *Allied Structural Steel Co vs Spannaus*³¹, pero con resultado opuesto. En efecto, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Minnesota que exigía a empleadores con planes de pensión (que dejaran de operar en el estado de Minnesota), dar una pensión a todos los empleados que hubieran trabajado diez años o más. *Allied Structural Steel Co.* se consideró agraviada con la sanción de esta ley puesto que importaba una modificación de las relaciones contractuales con sus empleados, en donde había establecido condiciones diferentes para la obtención del derecho de pensión

³¹ 438 U.S. 234 (1978)

(la empresa otorgaba el beneficio a aquellos empleados que trabajaban hasta la edad de 65 años, o que trabajaban durante 15 años hasta la edad de 60 años, o trabajaban durante 20 años hasta la edad de 55 años). Al invalidar la ley del estado de Minnesota, la Corte destacó que: a) la ley no fue promulgada para remediar una situación de amplia emergencia económica, a diferencia de lo que ocurría en *Blaisdell*, b) la ley sólo se aplicaba a aquellos empleadores que voluntariamente concedieron a sus empleados planes de pensión y que decidieran abandonar el estado de Minnesota o terminar sus planes de pensiones. De forma tal que la ley no podía ser caracterizada como una ley dirigida a proteger un interés social amplio, a diferencia de lo que sucedía en *Blaisdell*; c) la ley no establecía simplemente una alteración temporaria de las relaciones contractuales sino que disponía un cambio inmediato y permanente en esas relaciones.

Antes de concluir con este tema, es necesario señalar que la Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado un “standard” de revisión más estricto cuando es el gobierno federal o los estados quienes alteran unilateralmente sus propias obligaciones contractuales. En *United States Trust Co. vs New Jersey*³², la Corte expresó que una ley que alterara las obligaciones contractuales del Estado (ya sea federal o local) era constitucional en la medida que fuera razonable y necesaria para alcanzar un importante fin público, pero que al aplicar este “standard”, la Corte no debía otorgar una total deferencia al juicio del Poder Legislativo acerca de dicha necesidad porque el interés propio del Estado estaba en juego.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y la adopción del modelo estadounidense.

Al igual que en el derecho estadounidense, se constatan en el derecho constitucional argentino dos etapas claramente diferenciadas: a) un período que va desde 1888 hasta 1934 aproximadamente, que se caracterizó por una intensa protección del derecho de

³² 431 U.S. 1 (1977)

propiedad, como consecuencia del predominio del liberalismo económico y el principio de “laissez faire” (o no intervencionismo del Estado en la economía) y b) un segundo período, en donde se deja de lado la jurisprudencia de la etapa anterior, admitiéndose una mayor intervención del Estado en la economía y relativizándose los alcances del derecho de propiedad.

La era del “laissez faire”

El inicio de esta etapa está marcado por la sentencia de la Corte en Municipalidad de la Capital c/ Elortondo³³. Este fallo evidencia una concepción muy restrictiva en materia de expropiación, sosteniendo “*que la teoría fundamental del derecho de expropiación por utilidad pública ... no se extiende a nada más que la ocupación de aquella parte de la propiedad privada que sea indispensable a la ejecución de la obra o propósito público de que se trate, no pudiendo ir nunca más allá, ni cumplirse en consecuencia respecto de bienes que no sean necesarios a aquellos fines*”³⁴. En este orden de ideas, la Corte expresó que la expropiación no podía realizarse por propósitos meramente especulativos o con el fin de aumentar las rentas públicas (es decir por utilidad pecuniaria), “*ni llevarse a cabo aún cuando la obra sea útil y conveniente a los intereses sociales, si puede ejecutarse aquella, o es dado atender a éstos, sin recurrir a la expropiación o por otros medios que ésta*”³⁵.

Elortondo constituyó el primer esbozo de una protección muy intensa del derecho de propiedad. Pero la doctrina constitucionalista es conteste en que el fallo que mejor ejemplifica esta etapa es Hileret y Rodríguez c/ Prov. de Tucumán³⁶. En Hileret, la Corte declaró inconstitucional una ley provincial que establecía un impuesto a la producción de azúcar. A los fines de este impuesto, la ley fijaba un cupo a la producción azucarera, pagándose un centavo por cada kilo producido dentro del cupo y cuarenta centavos por cada kilo fuera del cupo. La Corte sostuvo que la ley provincial era

³³ Fallos 33:162 (1888).

³⁴ Fallos 33:162 (1888).Considerando 6°.

³⁵ Fallos 33:162 (1888).Considerando 7°

³⁶ Fallos 98-24 (1903).

inconstitucional ya que *“si fuese aceptable la reglamentación impuesta al azúcar, podría hacerse extensiva a toda la actividad industrial y la vida económica de la Nación, con las libertades que la fomentan, quedaría confiscada en manos de legisladores o congresos que usurparían por ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales. Los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es lícito producir; al agricultor la de cereales; al ganadero de sus productos; y así hasta caer en un comunismo de estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio y los árbitros del capital y de la propiedad privada”*.

Sin perjuicio de lo expuesto, se percibe en este período la aceptación a ciertos límites a la propiedad privada y a los derechos derivados de los contratos puede verse en la cuestión relativa a la constitucionalidad de la ley 11.157 de congelamiento de precios en locaciones urbanas³⁷. En el caso Erconlano c/ Lanteri³⁸, la Corte rechazó el planteo de inconstitucionalidad de esa ley con sustento en los siguientes argumentos: a) 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; b) la protección de los intereses económicos constituye para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como es la defensa de la seguridad, de la salud y de la moralidad; c) Sin perjuicio de ello, las restricciones a la propiedad y a las actividades individuales que tienden a proteger los intereses económicos no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesado en la Constitución; d) En principio, la determinación del precio es una facultad determinativa del propietario pero existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada,

³⁷ La ley 11.157 disponía que “Desde la promulgación de la presente ley y durante dos años, no podrán cobrarse por la locación de las casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria en el territorio de la República, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1º de enero de 1920”.

³⁸ Fallos 136-164 (1922)

justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad, a fin de evitar que el propietario imponga a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios; e) La ley no afecta derechos adquiridos puesto que en el juicio no se ha invocado la existencia de un contrato de cumplimiento exigible en el futuro sino una locación por simple convenio verbal, cuya duración obligatoria se determinaba por el tiempo fijado al precio. Se trata en realidad de una relación de derecho precaria e inestable que no creaba más obligaciones ni más derechos que los derivados de cada período de alquiler que se fuere devengando por reconducciones sucesivas y que, por lo mismo, no hacía ingresar en el patrimonio del locador ningún derecho que haya podido quedar afectado por la aplicación de la nueva ley.

En un caso posterior pudo comprobarse que la existencia de un contrato de locación sin término era un aspecto esencial del holding en “Ercolano c/ Lanteri”. En efecto, en *Horta c/Harguindeguy*³⁹, la Corte Sostuvo que era inconstitucional el art. 1 de la ley 11.157 que prohibía durante los dos años siguientes a su promulgación por la locación de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos.-

El ocaso del liberalismo económico y la aceptación de la intervención del Estado en la economía

El inicio de esta etapa coincide con la caída de la Bolsa de Nueva York en 1929, cuyas consecuencias económicas se extienden también en la Argentina. La depresión económica resultante hizo trizas las premisas del liberalismo económico, que postulaba la “autorregulación del mercado” y la no intervención del Estado.

*Avico c/ de la Pesa*⁴⁰ simboliza ese fin del liberalismo económico y el “laissez faire”. En *Avico* se cuestionó la constitucionalidad de la ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria que prorrogaba por el plazo de tres años las obligaciones hipotecarias vencidas y que

³⁹ Fallos 137:47 (1922)

⁴⁰ Fallos 172:21 (1934)

limitaba al 6% anual el máximo de interés que puede cobrarse durante la vigencia de la ley. La Corte Suprema rechazó el planteo de inconstitucionalidad de esa ley, con sustento en la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos en Blaisdell. De esta manera, la Corte argentina adoptó el “**standard**” elaborado por la Corte Suprema estadounidense, y afirmó que una ley de moratoria era válida en la medida que: a) existiera una situación de emergencia, que impusiera al Estado el deber de proteger los intereses vitales de la comunidad; b) que esa ley tuviera como finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no a ciertos individuos; c) que la moratoria fuera razonable; d) que la duración de la ley fuera por un tiempo determinado, necesario para conjurar la situación de emergencia. Al aplicar este “standard” al caso concreto, la Corte destacó, basada en los antecedentes legislativos, que existía una situación de crisis económica de una intensidad jamás conocida, que había motivado una enorme depreciación de los bienes inmuebles⁴¹ (los remates judiciales se realizaban casi todos sin bases y se adjudicaban a los acreedores a precios que importaban un despojo). En este marco, la Corte concluyó que *“la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y de los intereses por seis meses vencidos, así como el máximo del 6% en la tasa de interés, son justos y razonables, como reglamentación y regulación de los derechos contractuales”*⁴². Este fallo representa, además, el fin de la doctrina elaborada por la Corte Suprema en Horta c/ Harguidegui, puesto que se reconoce la facultad del poder legislativo para regular los efectos de un contrato celebrado con anterioridad.

La aceptación definitiva de la intervención del Estado en el ámbito económico se observa en Inchauspe Hnos c/ Junta Nacional de Carnes⁴³, en donde la Corte rechazó un planteo de inconstitucionalidad contra la ley 11.747 que creaba la Junta Nacional de

⁴¹ Fallos 172:21 (1934) Considerando 12°.

⁴² Fallos 172:21 (1934) Considerando 12°.

⁴³ Fallos 199:483 (1944).

Carnes y gravaba las ventas de ganado hechas en, o a mercados frigoríficos o remates ferias, con una contribución de hasta el 1,5% que sería percibida por esa Junta con cargo de invertir un quinto en gastos de administración y los cuatro quintos restantes, con aprobación del Poder Ejecutivo, en frigoríficos e instituciones comerciales, destinadas a la defensa de la ganadería nacional y abaratamiento de la carne para consumo. En cumplimiento de esa ley, la Junta Nacional de Carnes organizó la Corporación Argentina de Productores de Carne, que asociaba compulsivamente a los vendedores de ganado. El actor se agraviaba de que la ley 11.747 afectaba los siguientes derechos constitucionales: a) el derecho a ejercer toda industria lícita y de comerciar, en la medida que la intromisión del Estado por intermedio de la Junta Nacional de Carnes afectaba la libre concurrencia y trababa el ejercicio de las actividades industriales; b) el derecho a no ser asociado de forma compulsiva y c) el derecho de propiedad, en cuanto se establecía una contribución en beneficio de un organismo privado. La Corte, al rechazar la demanda del actor, destacó que *“el Congreso se propuso impedir el monopolio y las maniobras y procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda”* y que *“desde luego, el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos ... son ajenos a la jurisdicción y competencia de esta Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso...El Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes...”*⁴⁴ En este párrafo de la sentencia de la Corte puede observarse la misma actitud de recelo que tenía el Tribunal Supremo de Estados Unidos frente a la declaración de invalidez de regulaciones socio-económicas, con posterioridad a la era “Lochner”.

Ese mismo año, en *Martini, Vicente e Hijos*⁴⁵, la Corte Suprema mantuvo su actitud de deferencia frente a regulaciones socio-económicas, rechazando un planteo de

⁴⁴ Fallos 199:483 (1944). Considerando 7°.

⁴⁵ Fallos 200:450 (1944)

inconstitucionalidad de la ley 12.591 que establecía precios máximos de venta al consumidor de ciertos artículos. La Corte sostuvo que *“el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad. Para aquellos supuestos, esta Corte ha aceptado una injerencia mayor en el régimen de los derechos del propietario, traducida en la reducción de los intereses y arrendamientos; en la prórroga de los contratos de alquiler y de mutuo”*.

La misma actitud de respeto a las medidas adoptadas por el Poder Legislativo en materia socio-económica se percibe en Cine Callao. En este fallo, la Corte Suprema consideró que no era inconstitucional la ley 14.226 que obligaba la inclusión de espectáculos de variedades en los programas de las salas cinematográficas de todo el territorio de la Nación. La Corte destacó que *“el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues... el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas”*⁴⁶.

La vigencia del “standard” adoptado en Avico c/ de la Pesa respecto de leyes de emergencia que suspenden o alteran los efectos de los contratos, fue confirmada en

⁴⁶ Fallos 200:450 (1944) Considerando 13°.

1990 en el célebre caso Peralta Luis c/ Estado Nacional⁴⁷, en donde la Corte declaró constitucional un Decreto del Poder Ejecutivo que limitaba la devolución de los depósitos a plazos fijos a A 1.000.000 abonándose el excedente en Bonos del Estado (Bonos Externos 1989). La Corte reconoció la existencia de una situación de emergencia del sistema financiero argentino y expresó que *“al acudir a ese medio de pago se produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, más no necesariamente una quita”* puesto que *“aún admitiendo que la paridad del mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la normal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella quita haya efectivamente ocurrido”*⁴⁸. Por lo tanto, la Corte concluyó que la medida adoptada por el Poder Ejecutivo no afectaba el derecho de propiedad porque *“no hay violación del art. 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero”*⁴⁹.

Una excelente síntesis de la doctrina de la Corte Suprema en materia de emergencia se encuentra en el fallo Videla Cuello, en donde la Corte Suprema en forma unánime rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.696 de suspensión de las ejecuciones de sentencia. La Corte subrayó que su jurisprudencia *“ha admitido, en situaciones de emergencia, la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente ajustados por las partes, como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos u otras, a fin de proteger el interés público en presencia de graves perturbaciones”*. A

⁴⁷ LL 1991-C-158

⁴⁸ LL 1991-C-158. Considerando 52°.

⁴⁹ Considerando 56°.

título de ejemplo, la Corte recordó que, de acuerdo a su jurisprudencia, *“es lícito que la ley disponga la fijación del plazo y el precio de las locaciones urbanas; la reducción de las tasas de interés pactadas entre particulares; la moratoria hipotecaria; el establecimiento de precios máximos; la suspensión de desalojos y lanzamientos; la imposición de la agremiación obligatoria a los viñateros ..., la paralización transitoria de los juicios de reajuste de haberes previsionales; la disminución del monto de jubilaciones ya acordadas ...”*⁵⁰

En resumen el marco constitucional argentino en materia de regulaciones socio-económicas que alteran los efectos de los contratos privados puede ser sintetizado de la siguiente manera:

- La Corte Suprema no juzga el acierto o eficacia de las medidas adoptadas por el Congreso. Nuestro máximo Tribunal siempre ha rechazado la posibilidad de dar preferencia a su criterio de conveniencia o eficacia económica o social por encima del criterio del Congreso de la Nación. Al igual que en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, se evidencia en los fallos de la Corte argentina una marcada actitud de deferencia al juicio que realiza el Poder Legislativo sobre la oportunidad o conveniencia de una determinada regulación socio-económica.
- Son válidas las leyes que, en situaciones de emergencia, suspenden temporalmente los efectos de los contratos o de sentencias firmes siempre que no se altere la sustancia de unos u otras, a fin de proteger el interés público.
- En materia de leyes de emergencia que alteren los efectos de los contratos, rige el “standard” elaborado por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Blaisdell*, y que fue adoptado expresamente por la Corte argentina en *Avico c/ de la Pesa*: a) existencia de una situación de emergencia; b) que la ley tenga como objeto la protección de los intereses generales de la sociedad c) que la medida adoptada sea razonable; d) que la duración de la ley sea por un tiempo determinado, necesario para conjurar la situación de emergencia

⁵⁰ Fallos 313:1648 (1990) Considerando 7°

- A los fines de analizar la constitucionalidad de este tipo de medias que alteran los efectos de los contratos privados, resulta fundamental determinar si la norma en cuestión priva a los particulares de beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos o si sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios.

Este es el marco constitucional dentro del cual debe evaluarse la constitucionalidad del “corralito”, de la “reprogramación de depósitos” y de la “pesificación”.

LA EMERGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Concepto

En el Diccionario de la Lengua Española, sobre la voz emergencia se indica que proviene del latín *emergens* y tiene dos significados: 1. “Acción y efecto de emerger”, y 2. “Suceso, accidente que sobreviene”.

Tal como en la anterior definición se explica, este término deriva del inglés *emergency*, utilizado por el derecho anglosajón para referir a situaciones extraordinarias. Efectuadas estas aclaraciones previas sobre el origen y significado del término, nos adentraremos en la consideración del concepto jurídico, adelantando que existen múltiples definiciones al respecto.

Linares Quintana vincula este problema con la subsistencia del Estado y dice que *“...ante circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen el orden internacional y hasta la vida del Estado, como las que caracteriza a una conmoción interior o a una guerra, las autoridades deben hallarse investidas de los poderes adecuados para una eficiente defensa del orden constitucional, aun cuando ello se traduzca en un descaecimiento de las garantías de la libertad individual. Es una nueva aplicación del secular aforismo *salus populi suprema lex est*”*.⁵¹

⁵¹ Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Buenos aires, Ed. Alfa, 1956, t. 5, p. 395. El distinguido jurista continuaba de esta manera: “Nos privamos —decía Joaquín V.

A su vez, Bidart Campos sostiene que las emergencias son “...situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad”.⁵²

Seguidamente, el autor distingue las “emergencias” como “acontecimientos reales o fácticos que perturban el orden constitucional”, de los “institutos de emergencia” que en su pensamiento son “creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”. Asimismo, agrupa a las emergencias en tres categorías: a) la guerra; b) los desórdenes domésticos o internos, y c) la crisis económica; y menciona entre las instituciones de emergencia conocidas en la doctrina y derecho comparados las siguientes: a) el estado de guerra; b) la ley marcial; c) el estado de asamblea; d) el estado de sitio; e) las facultades extraordinarias; f) la suspensión de garantías; g) la suspensión del habeas corpus; h) los remedios innominados. Después, Bidart Campos indica como características fundamentales de estas instituciones, el producir un acrecentamiento de ciertas competencias del poder en la parte orgánica de la Constitución, mientras que por otro lado se origina una restricción en los derechos y garantías individuales en la parte dogmática de las leyes supremas.⁵³

González desde su banca de senador y citándola Blackstone— nominal y virtualmente de esta libertad para poder gozarla en realidad y efectivamente en adelante”. Mas nadie ha planteado mejor los términos el problema que el presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, cuando el 4 de julio de 1861 preguntaba: « ¿Existe en todas las repúblicas esta inherente y fatal debilidad? ¿Debe un gobierno de necesidad ser demasiado fuerte para las libertades de su pueblo o demasiado débil para mantener su propia existencia?»” (op. cit., p. 395).

⁵² Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2, p. 349.

⁵³ Op. cit., pp. 349-351.

Sagiés inserta la cuestión de la emergencia, considerándola como “un tipo o variable de la doctrina del estado de necesidad: la que refiere a una situación de necesidad imprevista y transitoria”.

En cuanto a los requisitos para operar genuinamente la doctrina del estado de necesidad, señala: a) una situación de necesidad, que signifique un peligro efectivo para la supervivencia del sistema político o de caos social; b) la inevitable adopción de una medida apta para enfrentar aquella situación de necesidad; c) un sujeto necesitado, que es quien tiene que tomar la medida y que generalmente es el Estado, aunque puede serlo el pueblo, cuando ejercita el derecho de resistencia a la opresión; d) el derecho de necesidad, que es el conjunto de principios y normas que regulan la situación de necesidad.⁵⁴

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a las situaciones de emergencia, expresó que *...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etcétera; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país —y en la generalidad de los países extranjeros— legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la Constitución: así, las leyes de moratoria hipotecaria y de prórroga de los arrendamientos...* También la emergencia puede provenir, sin duda, de un acontecimiento político como es la revolución, pues lo que hace que la situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados.

Luego, la Corte establece el principio básico en la materia, siguiendo a la Corte estadounidense: “*Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió,*

⁵⁴ Sagiés, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 2, p. 189.

ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados".⁵⁵

Después, la Corte expresa *"que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda"* ⁵⁶

Este breve repaso de los conceptos seleccionados, nos permite establecer los distintos elementos que caracterizan la emergencia: a) son situaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional; b) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; c) para enfrentar estos hechos, el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; d) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad.

EMERGENCIA Y ESTADO DE DERECHO

El origen de este problema se encuentra en la difícil y traumática relación entre poder y derecho. Se ha señalado que en el diálogo entre Sócrates y Trasímaco, relatado por Platón en el Libro I de la República, se encuentra el primer antecedente sobre el conflicto entre las teorías que entienden al derecho como voluntas (voluntad) y las que

⁵⁵ Caso "Perón Juan D.", sentencia del 21 de junio de 1957, citada por Bidart Campos, op. cit., p. 350.

⁵⁶ Caso "Peralta Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA", fallado el 27 de diciembre de 1990, cfr. Bidart Campos, op. cit., p. 351.

lo consideran como ratio (razón), lo que después originaría las escuelas “realista” e “idealista” del derecho.⁵⁷

Ya en el antiguo derecho romano existieron instituciones de emergencia como el senatus consultus ultimum (decisión por la que se reunían en la autoridad ejecutiva los poderes en situación de crisis), la legibus solvere (dispensa de las leyes en casos particulares) o la “dictadura” (cuando se otorgaba a un ciudadano distinguido plenos poderes por tiempo limitado y breve para defender la república) y se acuñaron aforismos como salus populi suprema lex est (el bienestar del pueblo es la ley suprema) o necessitas non habet legem (la necesidad no conoce ley), para fundamentar la posición de quienes no querían aceptar condicionamientos de orden legal en situaciones excepcionales, como así también el contrario necessitas ius constituit (la necesidad constituye derecho), que trataba de restringir y limitar el ejercicio del poder en dichas circunstancias.

Ya en el siglo XX autores como Frederick Watkins, Carl Friedrich y Clinton Rossiter, al desarrollar el modelo de la “dictadura constitucional” (que encierra una cierta contradicción en los términos) pusieron el énfasis en dos aspectos desatendidos por la teoría clásica: en primer lugar, que la prerrogativa (entendida como el acrecentamiento de poderes en la emergencia) debía ser compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo y finalmente, que la intervención del Poder Judicial debe ser esencial para controlar el ejercicio de las facultades de excepción.⁵⁸

En esta línea de pensamiento, Linares Quintana sostiene que la “*libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia*” y recuerda que quien planteara esta cuestión con su particular brillantez fue José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: *Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?... ¿Qué me importa tener leyes,*

⁵⁷ Negretto, Gabriel L., “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, *El Derecho*, 1989, t. 154, p. 883.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 884-887.

*Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?*⁵⁹

CLASIFICACIÓN DE LA EMERGENCIA Y SUS INSTITUCIONES

En este punto tomo la clasificación propuesta por Mario Midón⁶⁰, con base en los que considera “soportes esenciales” de la emergencia y que así enumera:

- 1) Por su grado de compatibilidad con la ley fundamental.
- 2) Por los efectos que su aplicación suscita.
- 3) Por la fortaleza que arriman al poder, y
- 4) Por las causas que lo motivan.

Se observa:

1- Por su grado de compatibilidad con la ley suprema, hay emergencias constitucionales e inconstitucionales:

a) Entre las primeras se encuentran la intervención federal y el estado de sitio, contempladas por la Constitución histórica, a las que se posteriormente se agregaron en la reforma de 1994, los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada por razón de emergencia,

b) Entre las segundas, no previstas por la Constitución, señala los gobiernos de facto, la ley marcial y el poder de policía de emergencia.

2- Según los efectos que producen las emergencias, y omitiendo las de carácter histórico (gobiernos de facto y ley marcial), existen:

a) Emergencias que autorizan la suspensión de ciertos derechos: estado de sitio y poder de policía de emergencia,

⁵⁹ Linares Quintana, Segundo V., op. cit., t. 5, pp. 396 y 397.

⁶⁰ Midón, Mario A. R., “Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 41.

b) Emergencias que permiten prescindir de la voluntad del órgano creador de la ley: decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada,

c) Emergencia que inhibe la autonomía de un Estado o de la ciudad de Buenos Aires: intervención federal.

3- En cuanto a lo vinculado al fortalecimiento del poder en la emergencia, el autor indica que ya sea de manera directa o indirecta, siempre el beneficiado es el Poder Ejecutivo, a saber:

a) Emergencias que fortalecen directamente al Poder Ejecutivo: decretos de necesidad y urgencia y estado de sitio.

b) Emergencias que vigorizan de modo indirecto al Poder Ejecutivo: estado de sitio e intervención federal dispuestos por ley del Congreso, poder de policía de emergencia y legislación delegada por razón de emergencia.

4- Según sus causas, se aprecia:

a) Emergencia causada por conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro la Constitución y las autoridades por ella creadas: estado de sitio.

b) Emergencia causada por subversión de la forma republicana de gobierno, incumplimiento del artículo 5to de la Constitución, actos sediciosos, invasión exterior o invasión de otra provincia: intervención federal.

c) Emergencia causada por necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley: decretos de necesidad y urgencia.

d) Emergencia causada por razón de una emergencia pública: legislación delegada.

e) Emergencia causada por un estado de peligro colectivo derivado de graves circunstancias económicas y sociales: poder de policía de emergencia del Estado.⁶¹

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 41-43.

BREVE ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE EMERGENCIA EN LA HISTORIA INSTITUCIONAL DE NUESTRO PAÍS

Instituciones previstas por la Constitución

La intervención federal

Comienzo con un breve análisis de las instituciones de emergencia en nuestro derecho por la intervención federal, prevista en el artículo 6to. de la Constitución Nacional de la siguiente manera: *El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.* La norma está correlacionada con el artículo 5to donde se establecen las siguientes bases para el ejercicio del poder constituyente por parte de las provincias de nuestra Federación: *“bajo el sistema representativo y republicano; de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria”.* Seguidamente se indica: *“Bajo de estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.*

Entre las garantías se destaca ésta de la intervención federal, que fue prevista para situaciones extraordinarias, de verdadera emergencia institucional, cuando se afectaren los principios esenciales de esta forma de Estado, que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales, en una *“unión indestructible de Estados indestructibles”.* Este remedio extremo, faculta excepcionalmente al gobierno federal a suspender o limitar la autonomía provincial, garantizada por el artículo constitucional antes indicado. Dicha autonomía es la naturaleza jurídica por antonomasia de los estados locales en un régimen federal, por lo que cualquier afectación de la misma, debe ser de carácter excepcional, temporario y de alcances restrictivos.

Aquél texto del artículo 6to proviene de la reforma de 1860, que modificó la redacción anterior de 1853 que rezaba: El gobierno federal interviene con requisición de las legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las provincias, al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior.

A su vez, Juan Bautista Alberdi en las “Bases” había incluido la institución como facultad del gobierno federal que *“interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición”*.

Como se advierte, en 1860 se precisa la redacción para asegurar la participación provincial a través de la requisición, según propuesta de carácter autonomista defendida por Domingo Faustino Sarmiento en nombre de la provincia de Buenos Aires, recientemente reincorporada a la Federación. Aquí se observa la defensa de un modelo más descentralizado de federalismo y por tanto más cercano al estadounidense, frente al modelo alberdiano, que postulaba una federación mixta más centralizada y que había puesto el énfasis en las atribuciones del gobierno federal para intervenir incluso sin requisición, y con el objetivo de terminar las guerras civiles que azotaron nuestro país en aquellos tiempos.

Para terminar con la práctica que hizo de la intervención una institución que sirviera a la centralización del país, la reforma constitucional de 1994 —que tuviera como una de sus ideas fuerza la profundización del federalismo—, estableció que la misma es competencia del Congreso en el artículo 75 inc. 31, pues aunque el Poder Ejecutivo en virtud del artículo 99 inc. 20 pueda decretar la intervención a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en receso de aquél, en el mismo acto debe convocarlo a sesiones extraordinarias para su aprobación o revocación.⁶²

También la ley suprema fue violada en su letra y espíritu en otros aspectos, como los vinculados a las causales de la intervención. Recordemos que el artículo 6to expresa que el gobierno federal interviene en las provincias o en la ciudad autónoma de Buenos

⁶² Hernández José María, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, cap. II, destinado al federalismo.

Aires (luego de la reforma constitucional de 1994) en dos supuestos: a) por derecho o de motu proprio, cuando se trata de garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores; y b) por deber o a requisición de las autoridades constituidas provinciales, cuando se trate de sedición o invasión de otra provincia.

El estado de sitio

Esta institución de emergencia está prevista en el artículo 23 de la ley suprema de la siguiente manera: En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Expresa Bidart Campos que esta institución tiene difusión universal y proviene del derecho francés, donde fue establecida por ley del 8 de julio de 1791, que distinguía tres situaciones de las plazas de guerra y puestos militares en tiempos de “paz”, de “guerra” y de “sitio”, siendo este supuesto el más grave pues implicaba transferir al comandante militar el poder de la autoridad civil, o sea una típica situación bélica que hacía aplicable la ley marcial.⁶³

Esto sirve para explicar que el Constituyente prescribió esta institución para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, al hacer referencia a las dos causales de “conmoción interior” o “ataque exterior”, que además debían cumplir con estos dos requisitos: a) poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella y b) producir la perturbación del orden.

⁶³ Bidart Campos, Germán J., Manual de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 172.

Para el primer supuesto, la conmoción interior, la ley suprema indica que el estado de sitio debe ser declarado por el Congreso y si el mismo está en receso, dicha facultad corresponde al Poder Ejecutivo, aunque posteriormente el órgano deliberativo debe aprobar o suspender el mismo (artículos 67 inc. 26 y 86 inc. 19 del texto originario, correspondiente a los actuales 75 inc. 29 y 99 inc. 16, luego de la reforma de 1994).

En cuanto a la segunda causal, de ataque exterior, la Constitución dispone que la declaración es competencia del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y que debe ser por un término limitado (artículo 86 inc. 19 del texto originario, correspondiente al actual 99 inc. 16). Con respecto a la aplicación de esta causal, que como se aprecia no ofrece margen alguno para la interpretación, debemos decir que sólo fue invocada en una sola oportunidad, en 1865, con motivo de la guerra contra el Paraguay, en la Presidencia del general Mitre.

En cambio, la otra causal de conmoción interior, al presentar una mayor amplitud de interpretación, fue utilizada en 52 oportunidades, en todas las presidencias, con las excepciones de las de Julio A. Roca e Hipólito Irigoyen en sus primeros mandatos, Marcelo T. de Alvear, Juan Domingo Perón en su primera presidencia y Carlos S. Menem en su segundo mandato y Eduardo Duhalde.

Un número tan elevado de estados de sitios dictados nos indica inicialmente que la institución fue utilizada de manera profusa, con un grado de habitualidad que rechaza el carácter extraordinario del mismo de acuerdo a su consagración constitucional. Además, y de manera similar a lo acontecido con la intervención federal, que en los 52 casos declarados entre 1853 y el 2000, en el 61% de ellos fue por decreto del Poder Ejecutivo, mientras que el Congreso actuó sólo en 31% de las oportunidades. A su vez, en un 2% lo hizo el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (por el único caso de ataque exterior ya mencionado) y el 6% restante, a la declaración efectuada por otras autoridades.

O sea que se produjo también aquí un nuevo desborde institucional, que significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Poder Ejecutivo, con evidente declinación de las funciones congresionales —como en el caso de la intervención

federal—, a lo que se sumó un notable decaimiento de los derechos y garantías individuales.

De esta manera, lo que el Constituyente pensó como transitorio, en la práctica adquirió considerable permanencia, ya que el tiempo de vigencia de estados de sitio en gobiernos constitucionales alcanzó al 13% de los mandatos respectivos, lo que se aumentó al 45% en los mandatos de los gobiernos de facto (desde 1853 hasta el 2000).

En este aspecto, la historia nos arroja un estado de sitio cada dos años y nueve meses, con un récord de extensión de 8 años, 11 meses y 22 días para el declarado por Decreto 1368 del 6 de noviembre de 1974 por la presidenta Martínez de Perón que rigió luego durante el posterior periodo de facto hasta el 28 de octubre de 1983.⁶⁴

Este uso y abuso de tan extraordinaria institución produjo una lesión gravísima al sistema republicano, al Estado de derecho y a la democracia argentina, pues este ejercicio autoritario del poder conllevó severas y profundas violaciones a los derechos personales. En torno a esta cuestión, el artículo 23 determina que el estado de sitio importa la suspensión de las garantías individuales.

En efecto, en la doctrina y jurisprudencia se distinguen éstas posiciones sobre los efectos del estado de sitio:⁶⁵

a) Sólo se suspende la garantía inherente a la libertad física o de locomoción. Es la opinión de Rébora, Sánchez Viamonte, Linares Quintana, Romero y Badeni, quienes sostienen que el único efecto producido es el aumento de competencias del presidente de la República quien se encuentra autorizado para arrestar o trasladar a las personas, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino. Sin embargo, esta opinión no ha sido receptada por los tribunales judiciales.

b) Se suspenden todos los derechos y garantías individuales. Es la tesis interpretativa amplia de Montes de Oca, Joaquín V. González, González Calderón y Ramella y de la

⁶⁴ Ziulu, Adolfo Gabino, op. cit., p. 208. También este autor destaca el “exceso cualitativo” cometido por los gobiernos de facto, que prolongaron en el tiempo los estados de sitio declarados por los gobiernos constitucionales de Irigoyen, Perón y Martínez de Perón.

⁶⁵ Bidart Campos, op. cit., pp. 440-444 y Ziulu, op. cit., pp. 52-58.

jurisprudencia hasta 1959, con casos como “Bertotto” de 1931 y “Juan Antonio Grosso” de 1956 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han expresado que quedan suspendidos durante el estado de sitio todos los derechos y garantías individuales.

c) Se suspenden los derechos y garantías que tengan relación con la causa determinante de su declaración. Esta es la tesis intermedia denominada “causalista”, originada por la interpretación efectuada en el caso “Antonio Sofía” de 1959 por el voto de los ministros de la Corte Suprema doctores Oyhanarte y Aráoz de Lamadrid, que admitieron que se admite excepcionalmente el control de razonabilidad de los actos de ejecución del estado de sitio que deben estar referidos a “la causa constitucional e inmediata del estado de sitio —situación de conmoción interior— y no a los motivos concretos que el legislador haya mencionado como sus factores iniciales”

d) Se suspenden los derechos y garantías que tengan relación con la finalidad específica determinante de su declaración. Esta es la tesis intermedia denominada “finalista”, originada por la interpretación efectuada también en el caso “Antonio Sofía” por el voto de los ministros de la Corte Suprema doctores Orgaz, Laplaza y Boffi Boggero, que sostuvieron que el control de razonabilidad alcanza no sólo a la causa del estado de sitio sino también a la restricción concreta del derecho en relación a la finalidad indicada por el legislador al declarar la medida. Posteriormente esta posición fue reafirmada por la Corte Suprema en el caso “Timmerman Jacobo” de 1978. Es asimismo la opinión doctrinaria de Vanossi, Sagüés y Bidart Campos.

e) Sólo pueden suspenderse algunos derechos y garantías determinados. Es la posición de autores como Colautti y Ekmekdjian, que admiten que la suspensión debe alcanzar sólo a algunos derechos o garantías que se vinculen con la necesidad de prevenir o reprimir la emergencia, como la libertad física, el derecho de reunión o la libertad de prensa y de Ziulu, que piensa que sólo se pueden suspender las garantías individuales en sentido estricto como el *habeas corpus*, el amparo, la inviolabilidad de la correspondencia, etcétera, pero no se pueden afectar la vigencia de los derechos y garantías que hacen a la dignidad humana.

Finalmente, el artículo 23 hace referencia al alcance de las atribuciones del presidente durante el estado de sitio, reiterando la prohibición de condenar por sí o aplicar penas. Esta limitación debe sumarse a la general del artículo 29 que prohíbe la concesión de las facultades extraordinarias o de la suma del poder público. Con ello, resulta claro que esta institución extraordinaria tiene sus bases y límites fijados por la Constitución, con la finalidad de preservar la vigencia de la propia ley suprema y de las autoridades creadas por ella.

En consecuencia, resulta evidente que las emergencias políticas sirvieron para una utilización arbitraria e ilegítima de esta institución de emergencia, más allá de la letra y espíritu constitucionales.

Los lineamientos básicos en esta materia, emergentes en particular del caso “Alem”, fallado por la Corte Suprema en 1893, y que consisten en que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que el mismo se declara para preservar y asegurar la ley suprema, fueron desconocidos a lo largo de nuestra historia. Con posterioridad al restablecimiento de las instituciones democráticas en 1983, se produjeron cuatro circunstancias que indican un avance sustancial en torno a las limitaciones que debe tener esta institución en su interpretación constitucional y vigencia: a) El dictado de la Ley 23.098 de *Habeas Corpus*, en 1984, que además de impedir el ejercicio de esta garantía durante el estado de sitio, posibilita en el artículo 4to. inc. 1 que los jueces puedan controlar hasta la legitimidad de su declaración. b) La consolidación de la jurisprudencia que extiende el control de constitucionalidad sobre la medida y que abarca no sólo los actos de ejecución concreta en relación con las personas, sino también lo relativo a la declaración del acto en sus modalidades extrínsecas de la ley o decreto respectivo y en sus requisitos como el plazo expreso y la determinación del lugar. c) La fijación de nuevos límites en la materia provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos, que a partir de la reforma de 1994, tienen jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22. d) La efectiva reducción de los estados de sitio declarados en estos años.

Los decretos de necesidad y urgencia

La reforma constitucional de 1994 incorporó esta institución de emergencia a la ley suprema con la siguiente redacción, a partir del párrafo dos del artículo 99 inc. tercero: *El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.*

El Constituyente le otorgó rango constitucional a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo. En efecto, además de los decretos reglamentarios, autónomos y delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, los presidentes dictaron decretos de necesidad y urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983.⁶⁶

Posteriormente entre este último año y 1989, el presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del peso por el austral, para llegar a la presidencia de Menen, que se caracterizó por un aumento tan

⁶⁶ Mario R. Midón en su trabajo “Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales” (La Ley, Buenos Aires, 2001)

impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”.⁶⁷

En cuanto a la jurisprudencia judicial, debe señalarse que en el caso “Peralta”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estas instituciones de emergencia⁶⁸. Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994 se regulase la institución, con el texto antes indicado del artículo 99 inc. tercero, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo el dictado de los mismos.

Significa que:

- a) Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.
- b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.
- c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.
- d) Deben ser decididos en acuerdo general de ministros y refrendados por todos ellos, además del jefe de gabinete y el presidente.
- e) Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente por parte del jefe de gabinete de ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario.
- f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el artículo 82, incorporado también por la reforma, que estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los

⁶⁷ Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina”, 1989-1993, El Derecho, pp. 158-748

⁶⁸ Véase el análisis efectuado por Midón, Mario R., op. cit., pp. 54-57.

casos, la sanción tácita o ficta”. En consecuencia, el Constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, tanto en las presidencias de Menem como de De la Rúa, ante la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuando a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, observaremos los casos principales, recordando en primer lugar al ya citado “Peralta”, que estableció las siguientes condiciones para el dictado de los decretos, según la síntesis de María Angélica Gelli.⁶⁹

a) una situación de grave riesgo social que pusiere en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado; b) razonabilidad de las medidas dispuestas, en términos de: b') relación entre los medios elegidos por la norma y los fines de ésta; b'') examen de la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas y b''') inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados; c) convalidación del Congreso, expresa o tácita.

Agrega la autora que “*la Corte intensificó el control de la emergencia pero diluyó los controles del Poder Legislativo al admitir la ratificación tácita, basándose en que éste, pudiendo hacerlo, no dictase una disposición en contrario*” . Posteriormente debe señalarse el caso “Rodríguez” de 1997, producido a causa de la privatización de los aeropuertos, en que la Corte rechazó por los votos de la mayoría, el planteo de inconstitucionalidad efectuado por diputados nacionales de la oposición, al sostener la falta de legitimación procesal de ellos, pero obiter dictum estableció nuevas consideraciones sobre la cuestión de los decretos.

⁶⁹ Gelli, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’. El regreso de Peralta?”, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 14 de febrero de 2000, pp. 3 y 4.

En efecto, el alto tribunal concluyó en esta síntesis: A) La jueza de grado careció de jurisdicción para revisar los decretos del Poder Ejecutivo, porque invadió la zona de reserva de dicho Poder, que es una cuestión política no justiciable. B) No obstante ello, afirmó que ello no implicaba convalidar el decreto de necesidad y urgencia, en tanto esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales —antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite siempre ante un caso concreto en el que la norma cuestionada se considerase en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Constitución—. C) O sea que aunque el Congreso tiene el control de los decretos de necesidad y urgencia, ante un caso de agravio concreto de derechos y garantías puede ejercer el control judicial. D) Ese control implica examinar si se cumplieron los requisitos formales de procedencia y si la materia sobre la que versó el decreto se encontraba dentro de las prohibidas expresamente en la Constitución Nacional. Pero en este caso no evaluó la grave emergencia que pusiese en peligro la existencia misma de la nación, como sí lo hizo en “Peralta” y en un caso posterior, “Video Club Dreams”, de 1995. E) La falta de ley reglamentaria de estos decretos no impide al presidente el dictado de los mismos.⁷⁰

Luego, en el caso “Verrocchi”, fallado el 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema produjo otra evolución en su jurisprudencia al disponer la inconstitucionalidad de los decretos 770/96 y su reglamentario 771/96 sobre asignaciones familiares, por violar las garantías de la protección integral de la familia consagradas en el artículo 14 bis de la ley suprema y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, que goza de jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la norma máxima.

La resolución del alto tribunal también fue dividida, conformándose la mayoría con los votos de los doctores Fayt, Belluscio, Bossert, Boggiano y Petracchi, aunque estos dos

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 8-10.

últimos difirieron en sus fundamentos de los tres primeros vocales. La minoría estuvo integrada por los votos de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor y López.

Así podemos sintetizar la doctrina del fallo, en su conformación mayoritaria: A) Los decretos cuestionados en materia de asignaciones familiares son inconstitucionales por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la Constitución prevé en el artículo 99 inc. 3, toda vez que las afirmaciones vertidas en los considerandos de tal decreto resultan dogmáticas e insuficientes, no alcanzando a justificar la imposibilidad de ejercer la función legislativa del Congreso de la Nación, máxime cuando se trata de derechos sociales que pueden y deben ser reglamentados por las leyes formales, pero nunca aniquilados, ni aún en la emergencia. B) La falta de sanción de la ley reglamentaria del trámite de los decretos de necesidad y urgencia, “refuerza la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación en el control constitucional de los mismos... C) A los efectos del control de constitucionalidad es atribución de la Corte Suprema evaluar el presupuesto fáctico que justificaría el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, por tanto, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto. D) Los constituyentes de 1994 mantuvieron intangible el sistema republicano y la división de los poderes y trataron de atenuar el presidencialismo al fortalecer el rol del Congreso y la independencia del Poder Judicial, al establecer una regla general categórica en la primera parte del artículo 99 inc. 3 al prescribir: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. E) La admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989...”⁷¹

⁷¹ La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 22 de octubre de 1999

Más recientemente, deben mencionarse los casos “Güida”, de 2 de junio de 2000, donde la Corte admite la constitucionalidad del Decreto 290 de 1995 que había reducido los salarios de los empleados públicos y por tanto retrocede en su tarea de control y luego, en “Risolía de Ocampo”, de 2 de agosto de 2000, donde el alto tribunal en cambio, declara la inconstitucionalidad del Decreto 260 de 1997 que había establecido el estado de emergencia para las empresas de transporte y sus aseguradoras, con criterios similares a los de “Verrocchi” .

Finalmente, en el caso “Smith”, resuelto el 1 de febrero de 2002, la Corte ratificó estos criterios al declarar la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01, que había impuesto el denominado “corralito” financiero y bancario.

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte no impidió ni impide el dictado de decretos de necesidad y urgencia al Poder Ejecutivo, mientras no se sancione la ley reglamentaria prevista por el artículo 99 inc. tercero.⁷² Pero es evidente que el alto tribunal fue modificando posiciones anteriores, al establecer un control más riguroso de constitucionalidad sobre los mismos. Precisamente esto es lo que ocurrió, ya que muchos jueces federales declararon la inconstitucionalidad de los decretos de Necesidad y Urgencia 214 y 320 de 2002.-

La delegación legislativa

Esta institución también fue incorporada al texto constitucional en la reforma de 1994, en el artículo 76 con la siguiente redacción: “*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa*”. La disposición transitoria octava, también correspondiente a dicha reforma, dispuso: “*La legislación*

⁷² Esta posición fue corroborada en el caso Verrocchi, pues sólo un ministro, el doctor Petracchi, sostuvo lo contrario, conforme la opinión doctrinaria de Bidart Campos

delegada preexistente que no tenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.”

A su vez, el artículo 100, destinado al jefe de gabinete de Ministros, al mencionar sus funciones, dispone en el inc. 12: *“Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”*.

Pero la delegación legislativa ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional. En el mencionado caso, en 1927, la Corte Suprema admitió lo que se dio en llamar la “delegación impropia”, al expresar *“Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular los pormenores para la ejecución de aquélla”*, por oposición a la denominada “delegación propia”, a la cual se refirió el alto tribunal de esta manera en el mismo fallo: *“Ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos”*.

O sea, que los decretos o reglamentos delegados —que no deben confundirse con los decretos reglamentarios que son atribución del Poder ejecutivo para reglamentar las leyes— son normas *praeter legem* como expresa Ekmekdjian, que integran una ley incompleta para hacer posible su aplicación y que sólo pueden ser dictados por el órgano ejecutivo en virtud de una delegación legislativa expresa en tal sentido.⁷³

Todo esto fue posibilitando un extraordinario avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes ministerios, etcétera, que además

⁷³ Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, pp. 705 y ss

afectaron el ejercicio de los derechos individuales, más allá del principio de legalidad de los artículos 14 y 19 de la ley suprema. Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

Así llegamos a la reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa ya transcrita anteriormente, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de esta institución de emergencia. En efecto, la norma establece el principio general de la prohibición de delegación legislativa genérica, conforme los lineamientos del sistema republicano y del artículo 29, indicando que sólo habrá excepciones cuando se trate de determinadas materias de administración y de emergencia pública, siempre dentro del marco fijado por ley del Congreso y en el tiempo prescrito, al cabo del cual se produce la caducidad de dicha legislación delegada, sin que ello implique la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de dicha delegación.

En consecuencia, y con la misma teleología que en el caso de los decretos de necesidad y urgencia, el Constituyente intentó establecer límites precisos a los avances del Poder Ejecutivo, en el ejercicio de una institución que ya había sido admitida en la práctica institucional desde hacía décadas y convalidada por nuestro más alto tribunal desde 1927.

Para Badeni la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional limitada y de interpretación restrictiva. Asimismo, el autor distingue en el artículo 76 la legislación delegante y la legislación delegada, siendo la primera aquella en cuya virtud el Congreso transfiere provisoria y transitoriamente algunas de sus facultades propias al Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración y en situación de emergencia que así lo justifique; mientras que la legislación delegada consiste en la normativa que debe dictar el presidente respetando los límites y el marco de la legislación delegante.⁷⁴

Así llegamos hoy a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada,

⁷⁴ Badeni, Gregorio, *Límites de la delegación legislativa*, op. cit., p. 2.

a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la Ley 25.148 de 1999 y las más recientes provenientes de las leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002.⁷⁵

En efecto, las leyes de emergencia y de reforma del Estado números 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la Ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la disposición transitoria octava de la reforma de 1994.

Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la presidencia de De la Rúa; la número 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión⁷⁶ y la 25.453 de déficit cero y por último, en el 2002 en la presidencia de Duhalde, la Ley 25.561, Esta última ley, en su artículo 1 declara la emergencia pública y delega facultades en los siguientes términos: *Declárese, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2.*

Por su parte, el artículo 2 dice: *“El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1, para establecer el sistema que*

⁷⁵ Palacio de Caeiro, Silvia B., op. cit., p. 3. La autora establece el número de 1,900 normas hasta la sanción de la Ley 25.414 y por ello, nosotros aumentamos a más de 2,000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas hay que sumar las correspondientes a la Ley 25.561.

⁷⁶ Colautti, Carlos, “La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la Ley 25.414”, La Ley, 2001-D-1272 y Pérez Hualde, Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, pp. 16-17

determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el artículo 6to. segundo párrafo, en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero; tercer párrafo, en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y, por último, en el quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendentes a preservar el capital perteneciente a los ahorradores. A la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y, en consecuencia, concentra el poder en el presidente y unos pocos funcionarios.

Instituciones prohibidas por la Constitución: el artículo 29:

La ley suprema expresa en el citado artículo: *El Congreso Nacional no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.* En consecuencia, dichas instituciones no pueden ser utilizados jamás y por cierto tampoco en las emergencias.

En cuanto al significado de la concesión de las “facultades extraordinarias” a los poderes ejecutivos, Ekmekdjian interpretó que ello consiste en permitirles la realización de “*actos que son competencia de algunos de los otros poderes del Estado o bien que, siendo actos complejos, requieren la participación de algún órgano fuera del Ejecutivo*”⁷⁷

⁷⁷Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, cit., t. III, p. 124, donde el autor menciona como ejemplos la autorización a ejercer funciones legislativas o judiciales al Ejecutivo, o bien la convalidación de actos del mismo que requieren autorización o acuerdo del Congreso o de alguna de

Con respecto a la “suma del poder público”, el autor expresó que significa “asumir las tres funciones esenciales en que se descompone el ejercicio del poder”. Y en cuanto a las “sumisiones y supremacías”, el constitucionalista indicó que son conductas del Poder Legislativo o Judicial que, sin llegar a la delegación de facultades, en los hechos implican otorgar al Poder Ejecutivo una influencia ilegítima en el funcionamiento o en las decisiones de los otros poderes del Estado. Una subordinación de facto al Poder Ejecutivo, total o parcialmente.⁷⁸

Instituciones no previstas por la Constitución⁷⁹

Gobiernos de facto

Las emergencias políticas e institucionales han sido tan graves en nuestro país que en no pocas oportunidades llevaron a la ruptura de la ley suprema mediante golpes de Estado que instalaron gobiernos de facto, con lo que se produjeron las máximas lesiones al Estado de derecho.

La historia institucional argentina lamentablemente muestra sucesivas interrupciones del orden constitucional, que comenzaron en 1862, con el triunfo del general Mitre en la batalla de Pavón, en el siglo XIX y que se incrementaron en el siglo XX a partir del derrocamiento en 1930 del presidente Irigoyen por las Fuerzas Armadas, que volvieron a ejercer el poder en 1943, 1955, 1966 y 1976. A ello debe agregarse el golpe de 1962

las cámaras, mencionando específicamente el caso de las delegaciones que exceden los límites del artículo 76.

⁷⁸ Ídem. Asimismo dijo: “Ejemplos típicos de estas conductas prohibidas las constituyen la actividad del Poder Ejecutivo o de sus ministros o colaboradores que, basándose en las relaciones partidarias con los legisladores de la bancada oficialista, influyen en el destino de los proyectos de ley que se tramitan ante las cámaras o cuando lo hacen en la decisión de las causas que están a resolución de los magistrados judiciales. Esta figura es amplísima y significa que ninguna autoridad puede apartarse un milímetro de los carriles que marca la propia Constitución en la competencia de cada uno de los poderes del gobierno. Así, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Especial (Federal) de la Capital Federal entendió que se habían concedido supremacías al Poder Ejecutivo, en las resoluciones de ambas cámaras del Congreso Nacional, del 7 de mayo de 1952, las que habían declarado ‘Libertador de la República’ al entonces presidente Juan Domingo Perón, y en la Ley 14,036, que ordenó la erección de su monumento en vida. También expresó que la Ley 14,400 implicaba el otorgamiento de sumisiones en las personas, porque ponía en manos del Poder Ejecutivo la posibilidad de suprimir el derecho de reunión y de cultos, así como la Ley 14,184, que estableció como doctrina oficial la de un partido político” (pp. 126 y 127).

⁷⁹ Antonio M Hernández, Derecho municipal, Buenos Aires, Depalma, cap. VII, pp. 431 y ss.

que provocó la sustitución del presidente Frondizi por el presidente del Senado Guido, que no fue un gobernante de iure. Asimismo, deben recordarse los dolorosos periodos en que se impusieron proscripciones que impidieron la vigencia irrestricta del principio de la soberanía popular, única fuente de legitimidad democrática de los gobiernos conforme a la Ley Fundamental. Igualmente —como en los casos de ejercicio abusivo de instituciones de emergencia previstas por la Constitución—, estos gobiernos de facto fueron inconstitucionalmente convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que además fue ampliando paulatinamente su reconocimiento a la legislación de facto.⁸⁰

La ley marcial

Bidart Campos adhiere al concepto de Mitre sobre esta institución: “*La ley marcial, o lo que es lo mismo, el código militar o la competencia de los tribunales militares aplicada a los delitos comunes, con exclusión de las leyes y de los jueces ordinarios o naturales, no es institución de pueblos libres*”; y sostiene su inconstitucionalidad al no aparecer en la constitución formal, más allá que González Calderón y Casiello la consideraron implícita en los poderes de guerra del gobierno federal.⁸¹ Recuerda Ziulu que hasta 1930 esta institución fue utilizada en dos oportunidades, en Salta en 1868 y en San Juan en 1869 y que en el primer caso se originó un conflicto de competencias que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia en favor de la Justicia Federal.⁸² Pero a partir del golpe del general Urriburu, que dictara un bando que lo estableciera ese mismo 6 de

⁸⁰ Ekmekdjian, Miguel Ángel, en su Tratado de derecho constitucional, cit., t. III, pp.386 y ss., y por Nino, Carlos S., Un país al margen de la ley, Buenos Aires, Emecé, pp. 64-69, donde el autor analiza de manera crítica el accionar de nuestro más alto tribunal durante los periodos de facto, recordando además de las acordadas de reconocimiento de los gobiernos de hecho, los fallos “Malmonge Nebreda” de 1933 y “Arlandini” de 1947, que fueron ampliando el reconocimiento de atribuciones legislativas de dichos gobiernos, que en sus últimos casos no trepidaron en subordinar la Constitución a estatutos y leyes revolucionarias y en ejercitar poder constituyente como en 1972.

⁸¹ Bidart Campos, Germán, Manual de derecho constitucional argentino, cit., p. 170.

⁸² Ziulu, Adolfo Gabino, Estado de sitio, cit., p. 171. El caso se tituló “Competencia entre el juez nacional de Salta y el general en jefe del Ejército del Norte, don Ignacio Rivas”. El segundo caso tuvo consecuencias más graves, pues fue ejecutado Zacarías Segura por la aplicación del mismo, lo que repercutió en el Senado de la nación, donde pronunciara un célebre discurso el general Mitre descalificatorio de la posibilidad de la aplicación de las leyes militares a los civiles.

septiembre, fue utilizado con mayor asiduidad. En efecto, así lo hizo el gobierno de facto de 1943, aunque con una vigencia de cuatro días. La reforma constitucional de 1949 dispuso en el artículo 28 que los militares y las personas que les están asimiladas estarán sometidas a la jurisdicción militar en los casos que establezca la ley. El mismo fuero será aplicable a las personas que incurran en delitos penados por el Código de Justicia Militar y sometidos por la propia ley a los tribunales castrenses.

En 1960 el presidente Frondizi dictó el Decreto 2628/60 sobre el Plan Conintes que subordinó las fuerzas policiales a las fuerzas armadas para la prevención y represión de ciertos delitos contra la seguridad pública, cuyos acusados quedaban sometidos a las leyes militares. En 1969 el gobierno de facto creó consejos de guerra a los cuales habilitó para el juzgamiento de civiles. Y en 1976, el último gobierno de facto impuso nuevamente la ley marcial mediante las leyes 21.264 y 21.461, que dispuso el establecimiento de consejos de guerra especiales para determinados delitos vinculados con la actividad subversiva.⁸³

La doctrina mayoritaria —Bidart Campos, Sánchez Viamonte, Ekmekdjian, Linares Quintana, etcétera—, sostiene la inconstitucionalidad de esta institución. En cambio, defendió lo contrario González Calderón, de la misma manera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lo admitió con carácter excepcional en el caso “Ruggero, Conrado, Andrés Rodríguez Juan Carlos y Tambascio Juan Carlos”, de 1962.⁸⁴

El estado de prevención y alarma

El estado de prevención y alarma entraña una situación institucional preventiva ante la eventualidad de una crisis que implica el otorgamiento de facultades anticipadas y limitadas a los titulares de los poderes del Estado para que traten de evitar en el futuro la instauración del estado de sitio.⁸⁵ Esta institución fue introducida en la reforma

⁸³ *Ibíd.*, pp. 172 y 173.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 173. En cambio, la jurisprudencia de la Corte estadounidense a partir del caso “Milligan” en 1865 dispuso la inconstitucionalidad de la ley marcial.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 173 y 174.

constitucional de 1949 en el artículo 34 in fine, con el siguiente texto: *Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días. Dicha reforma fue derogada en 1956 y pese a que la institución no tuvo vigencia alguna, recibió críticas en la doctrina.*⁸⁶

El estado de asamblea

Esta expresión debe ser doctrinariamente aplicada al conjunto de efectos que lleva aparejada, en los casos de grave peligro público y especialmente de peligro exterior, la rápida formación o concentración de un ejército así como la organización de la defensa del territorio y de sus habitantes.⁸⁷

Por último debemos hacer referencia a que la reforma constitucional de 1994 derogó el inciso antes mencionado y que esta institución había caído en desuso desde hacía mucho tiempo.

El poder de policía de emergencia

El poder de policía es la facultad del Estado en sus diversos niveles de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades, que varían según un concepto restringido que comprende la seguridad, salubridad o

⁸⁶ *Ibídem*, p. 174. El autor recuerda la siguiente crítica de César Enrique Romero: “adolecía de vaguedades en el texto, repetición de los supuestos del estado de sitio y delegaba a la ley la fijación de su alcance y efectos jurídicos” y que “resultaba no fácil la distinción entre suspensión y limitación de garantías constitucionales, cuando una seguridad jurídica queda enervada muchas veces con la sola y mínima restricción” (p.174 y nota 13).

⁸⁷ Rébora, Juan Carlos, “El ‘estado’ de asamblea”, *La Ley*, Páginas de Ayer, año 2, núm. 10, noviembre de 2001, p. 27.

moralidad y un concepto amplio que además agrega el bienestar general. La doctrina confirma que el ejercicio de este poder en tanto significa la reglamentación de derechos personales debe corresponder al Poder Legislativo, sobre la base de los principios de legalidad y razonabilidad de los artículos 14, 19 y 28 de la ley suprema.

EL ESTADO DE NECESIDAD

El fallo "Peralta c/ Gob. Nacional" de enero de 1990 significó el paso del poder policía hacia el estado de necesidad como fundamento de la emergencia. En este fallo el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 36/90, por el que se limitó la devolución de los depósitos a la suma de A 1.000.000, abonándose el excedente en Bonos Externos serie 1989. A raíz de tales normativas iniciaron la presentación de una acción de amparo recabando la declaración de inconstitucionalidad del referido decreto, y pidiendo, por tanto, el pago íntegro del capital que se le adeuda, con más los intereses y las costas.

Se expresó que el acto de autoridad pública, lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, señalaron que se les confiscaban fondos de su propiedad sin fundamento legal. Al llegar a la Corte Suprema esta establece que el decreto de necesidad y urgencia es legítimo o constitucional dada la situación del país y nadie puede anteponer intereses particulares al interés de las instituciones que son las que protegen en definitiva a aquellos, y estas no pueden entregar recursos que no tienen, dada la época "distinta" en que vivimos, rechazándose de esta forma la demanda.

En este caso la Corte reitera que no hay derechos absolutos, todos se encuentran subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio (consid. 38). El límite del poder de policía es el de la propiedad privada no susceptible de ser tomada sin declaración de utilidad pública y previamente indemnizada (consid. 42).

Define aquí nuevamente los casos de crisis y de emergencia económica y social, y el ejercicio, en tales circunstancias de un poder de policía con mayor fuerza, lindando en el límite del artículo 28 de la Constitución Nacional, dejando a salvo la intangibilidad de la propiedad y la necesaria razonabilidad de los medios empleados.⁸⁸

Las continuas crisis económicas en nuestro país han llevado a algunos autores a hablar de la teoría del derecho de emergencia.

Néstor P. Sagues señala: a) existe un derecho de la emergencia; b) se trata de un derecho de tipo consuetudinario constitucional; c) durante el estado de necesidad se produce la subordinación del derecho positivo, ordinaria y extraordinaria, a la ley fundamental de subsistencia del estado. Agrega además que la necesidad operando por encima de la Constitución, puede admitir dos formas: a) como "evasión de la Constitución" donde todo vale para salvar al Estado siendo la necesidad en si misma legitima y fuente de poder y por ende subordina toda la Constitución a la misma y 2) como "dispensa" de la misma, es mas atenuada con limites en derecho natural afectando las reglas constitucionales con sentido y carácter restrictivo.⁸⁹

Benito Garzon critica a Sagues diciendo que hablar de la emergencia como derecho constitucional consuetudinario importa en sus consecuencias tanto como incorporar a la Constitución material el germen de su propia autodestrucción, el Estado nunca puede invocar las facultades de emergencia para beneficio de sí mismo, pues sucede que no habrá tribunal capaz de controlarlo y por ende desaparece el control de constitucionalidad, base del sistema.⁹⁰

⁸⁸ Dalla Via, Alberto R., "Derecho Const. Económico, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 381.

⁸⁹ Sagues Néstor P., "Derecho Const. Y derecho de Emergencia", L.L., 1990-D-1036.

⁹⁰ Garzon, Benito C., "La Constitución, la Emergencia y los Derechos Sociales", Boletín de la AADC. Nro. 72, pág. 5.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE (EVOLUCIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EPOCAS DE EMERGENCIA)

El poder de policía, fue admitido por nuestra jurisprudencia y doctrina desde hace largo tiempo, pero fue recién incorporado en forma explícita a la Constitución en el artículo 75 inc. 30, en la reforma de 1994, con un claro sentido federal.

Periodo 1870/1950:

"Empresa Plaza de Toros c/Pcia. De Bs.As."⁹¹: En este caso se admitió la validez de una ley provincial que había prohibido las corridas de toros, declarando que no podía obligarse a admitir la construcción de un establecimiento a esos efectos, ni aun invocando la cláusula constitucional de la libertad industrial o comercial. La Corte hace una aplicación del poder de policía en sentido restringido porque solo hace referencia a la seguridad, salubridad y buenas costumbres.-

"Saladeristas de Barracas c/Pcia. De Bs.As."⁹²: En este caso se rechaza la demanda de aquellos, en la que se reclama a la Pcia. daños y perjuicios por la suspensión de las tareas de faena de ganado, debido a la necesaria protección de la salud pública, frente a una actividad que la comprometía, puesto que los saladeros arrojaban desperdicios al río, contaminando las aguas sosteniendo la Corte que: "ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo"(consid.3), agregando luego que "la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado"(consid.6).

Este criterio fue mantenido en posteriores pronunciamientos como en los casos "Saladeristas de Barracas c/ Provincia de Buenos Aires", de 1872, donde se había impugnado una ley provincial que ordenaba la clausura del establecimiento comercial

⁹¹ Fallos, 7-152 (13/04/1870).

⁹² Fallos, 31-274 (14/05/1887).

del actor por afectar la salud del vecindario y la Corte se inclinó por la constitucionalidad de la misma y especialmente, en “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán”, de 1903, donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley provincial que había creado un impuesto a la producción del azúcar para indemnizar a los plantadores de caña que no habían podido vender y el Tribunal sostuvo la inconstitucionalidad de la ley porque, si fuese aceptable la reglamentación impuesta al azúcar podría hacerse extensiva a toda la actividad industrial y la vida económica de la nación, con las libertades que la fomenta, quedaría confiscada en manos de legisladores o congresos que usurparían con ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales. Los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es lícito producir, al agricultor la de los cereales, al ganadero la de sus productos y así hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio y los árbitros del capital y de la propiedad privada.⁹³

"Hileret y Rodríguez c/Pcia. de Tucumán"⁹⁴: Se discutía aquí la validez de una ley de esa provincia, sancionada en 1902, por medio de la cual se creaba un impuesto a la producción de azúcar. Se fijaba un cupo máximo de producción, pagándose un centavo por cada kilo fabricado dentro del cupo. Luego, por cada kilo producido fuera del límite máximo se abonaban cuarenta centavos. Este impuesto estaba destinado a indemnizar a los plantadores de caña que no habían podido vender el producto de su cosecha y se habían quedado con la caña en pie. La Corte declara inconstitucional la ley declarando que "es evidente que si una ley de carácter reglamentario no puede ni debe constitucionalmente alterar el derecho que está llamada a reglamentar, es porque debe conservar incólume y en su integridad ese derecho, lo que vale decir que no puede ni

⁹³ Maljar, Daniel Edgardo, “Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, *El Derecho*, Derecho Constitucional, 8 de mayo de 2002, p. 2. El autor señala que este Considerando 24 sería reiterado por el juez Bermejo en su disidencia en el caso “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” de 1922, donde el Tribunal por mayoría aceptase el criterio amplio de poder de policía.

⁹⁴ Fallos, 98-24 (05/09/1903).

debe degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte; ningún otro que éste puede ser el alcance que los constituyentes han querido dar al artículo constitucional de que se trata".

"Agustín Ercolano c/Julieta Lantieri de Renshaw"⁹⁵: Debido a la Primera Guerra Mundial sobrevino una crisis económica y una de sus manifestaciones fue la escasez de viviendas. Ello provocó el alza de los precios de las locaciones convirtiéndose estas en inaccesibles para personas de pocos recursos, motivo por el cual el Congreso sancionó la ley 11.157, por medio de la cual se congelaban los alquileres por dos años a los precios de 1920, dicha ley produjo la reacción de los propietarios que reclamaron su inconstitucionalidad por ser violatoria del derecho de propiedad y la libertad de contratar. La Corte falla a favor de la constitucionalidad de la ley sosteniendo que el derecho de propiedad al igual que cualquier otro, no es absoluto existiendo dice: *"circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve, o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir, la competencia, el propietario se hallaría en condiciones de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuanto mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, mas fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar al caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avidez o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a ese punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el Estado una*

⁹⁵ Fallos, 136-170 (28/04/1922).

obligación de carácter primario y tan ineludible como lo es la defensa de la seguridad, de la salud y de la moralidad".

Como vemos en este fallo la Corte concibe al poder de policía con un sentido amplio; a su vez el Dr. Antonio Bermejo votó en disidencia defendiendo la propiedad individual diciendo en el considerando 5: "*Aun prescindiendo de otros puntos vista extraños a las disposiciones constitucionales invocadas, no es posible desconocer que el art.1 de la ley 11.157 no encuadra en las garantías que para la propiedad y la libertad civil de todos los habitantes consagra nuestra Constitución inspirada en el propósito de fomentar la iniciativa y la actividad individual...*"

"Horta c/ Arguindeguy"⁹⁶: En este fallo se discutía la misma ley 11.157 pero en esta ocasión el resultado fue adverso al locatario. La Corte dijo que en este caso existía un contrato de locación formalmente celebrado y con un plazo de vigencia pactado con anterioridad. Aplicar la ley a ese contrato implicaría una intromisión en un asunto privado perfectamente regulado antes de la sanción de la ley, y una alteración, por consiguiente, del derecho de propiedad ya incorporado a su patrimonio. Sostuvo la Corte: "*Es posible que en algunos o muchos de los contratos que la ley 11.157 encontró ya formados, el monto del alquiler estipulado respondiese a la situación extraordinariamente privilegiada en que se habían encontrado los propietarios para imponer precios exagerados...Ha podido (la ley 1.157) invocar la situación apuntada, llegando con el máximo del alquiler hasta un límite en que el poder de policía no puede justificarse, sino como reglamentación transitoria y a mérito de circunstancias excepcionalmente anormales, pero no ha podido legislar el pasado, anulando o alterando contratos existentes, porque es solo a la justicia a la que incumbe que hayan viciado el consentimiento de las partes".*

⁹⁶ Fallos, 136-59 (21/08/1922).

"Mango c/Traba"⁹⁷: La Corte, en este fallo, impugnaba la constitucionalidad de la ley 11.318, que había prorrogado el termino de las locaciones, discutiéndose si la misma podía ser aplicada a un contrato ya vencido con anterioridad a su promulgación y sobre el cual había caído sentencia firme de desalojo. La sentencia rechazó la aplicación de la ley a tal caso, estableciendo que se trataba de una aplicación retroactiva de la ley a una situación ya consolidada y juzgada por decisión firme. La Corte dijo: *"Que este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente al derecho de usar y disponer de la propiedad, ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como medida de transitoria y corta duración"*.

Como podemos observar, en el fallo Ercolano c/Lantieri, donde se inicia la doctrina de la emergencia y se hace una aplicación en sentido amplio del poder de policía, las dos últimas sentencias, de la misma época, prueban que la Corte deseaba corregir los efectos nocivos de la emergencia pero no de confiar discrecionalmente en manos estatales la dirección de los negocios privados.

"Oscar Avico c/Saúl de la Pesa"⁹⁸: En este caso se discutía la validez de la ley 11.741 sancionada en 1932, que había dispuesto la prorroga por tres años del vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y, paralelamente, la reducción de la tasa de interés al 6% durante ese periodo. La Corte sostiene la constitucionalidad de la ley afirmando que: *"la coincidencia en el sentir de los grandes poderes del Estado Ejecutivo y Legislativo, y los hechos recordados, además de muchos otros que pueden invocarse, llevan al convencimiento de que había en realidad un estado de emergencia producido por fenómenos económicos, tan grave o más que el que pueda crearse por un contraste de la naturaleza, y que bien pudo decirse que ese estado tiene los*

⁹⁷ Fallos, 144-220 (20/08/1925).

⁹⁸ Fallos, 172-29 (07/12/1934).

caracteres del caso fortuito, capaz por su propio imperio, en principio, de modificar las relaciones contractuales creadas al abrigo de la normalidad...Ese desastre económico es tan hondo y ha cambiado tan bruscamente el valor de la propiedad y de todos los productos de la agricultura y la ganadería, y consiguientemente el precio de los arrendamientos de los campos y casas, que si el Congreso no se hubiera resuelto establecer la moratoria, y especialmente la rebaja del interés de los préstamos hipotecarios, los acreedores hipotecarios que percibieron durante años su capital en una moneda extraordinariamente valorizada dentro del país, por la emergencia, adquirirán en realidad un valor de compra muy superior al que dieron en préstamo...En consecuencia podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia, y que los medios empleados, la moratoria de los pagos del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el 6% en la tasa de interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales".

"Pedro Inchauspe y Hnos. c/Junta Nacional de Carnes"⁹⁹: Con la sanción de la ley 11.747 de 1933, se creó la Junta Nacional de Carnes. La ley autorizaba a la Junta a crear la llamada Corporación Argentina de Productores, entidad de naturaleza privada a la cual quedaban asociados los ganaderos por medio de una contribución compulsiva producto de una retención sobre el precio de venta de la hacienda. La empresa actora impugnó la constitucionalidad de la ley porque violaba la libertad de trabajar, de industria y de propiedad. La Corte rechazó la pretensión sosteniendo en el considerando 9 que: *"en el presente caso, la agremiación obligatoria de los ganaderos no parece como una imposición arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguarda de sus intereses y también de todos los habitantes del país y la economía*

⁹⁹ Fallos, 199-483 (01/09/1944).

nacional, afectados por la crisis de la ganadería...En nombre de un remoto interés público y el positivo de millares de ganaderos empeñados en la defensa de la ley tachada de inconstitucionalidad".

De estos fallos, que no son todos los que se produjeron en el periodo mencionado, son suficientes para extraer algunos principios fundamentales para tener en cuenta al efectuar el control de constitucionalidad de los actos de gobierno:

a) La situación de emergencia económica es idónea para poner en funcionamiento el poder de policía de emergencia, pero los medios a utilizar deben ser proporcionales a la intensidad de la crisis o sea a mayor emergencia, mayor regulación y por lo tanto mayor control.

b) La emergencia debe ser declarada por ley del Congreso. Por aplicación del artículo 14, el Congreso es el único habilitado en primer grado para reglamentar los derechos constitucionales porque es el órgano donde está representada la soberanía del pueblo, sin perjuicio de las delegaciones al Poder Ejecutivo.

c) La declaración de emergencia debe perseguir un fin público. El poder de policía se debe inspirar en la paz social armonizando los intereses de unos y otros y evitando que la emergencia viole el derecho de las personas.

d) Las restricciones de los derechos deben ser transitorias y no permanentes, un hecho extraordinario es siempre transitorio por lo tanto las medidas para combatirlas también deben serlo. Pero en nuestro país estamos acostumbrados a las emergencias interminables, siempre los gobiernos ponen plazos que nunca se cumplen, con relación al corralito bancario el plazo fue hasta el 15 de abril.

En la Argentina, como dice la Dra. Basterra, existe el "**standard**" de la "**eterna emergencia**" puesto que la Corte Suprema establece que la omisión de un plazo de duración de la medida no constituye un elemento descalificante de la validez de la norma y que es el Poder Ejecutivo el facultado de dejar sin efecto o no un decreto en la medida que se superen o no las causales que le dieron origen. Es esencial que las excepcionales situaciones de emergencia tengan un límite temporal estricto, de lo

contrario, la emergencia se convierte en una peligrosa regla que afecta el núcleo esencial del sistema del sistema democrático.¹⁰⁰

e) Las garantías constitucionales no se suspenden en su totalidad sino solo cuando sean incompatibles con el poder de policía. Analogía con el artículo 23 de la C.N.

f) Las restricciones no pueden afectar a personas o grupos determinados, deben ser generales e indeterminadas. En el caso del corralito las medidas recaen exclusivamente sobre el derecho de propiedad de los ahorristas

Periodo 1950/1966:

"Ángel Russo c/Delle Donne"¹⁰¹ : Se discutía en este caso la constitucionalidad de las leyes 14.442, 14.556, 14.775 por virtud de las cuales se habían suspendido por 120 días los desalojos ordenados por sentencia judicial firme. Se sostiene un poder de policía amplio basado en la existencia de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, sociales, etc.; esta emergencia da origen a una mayor intervención estatal reglamentando derechos constitucionales en forma más profunda, convirtiéndose en legítimos algunos medios que no lo serían en épocas de normalidad (consid.4).

"Cine Callao"¹⁰²: Juzgado en 1960, el más alto tribunal admitió la constitucionalidad de la Ley 14.226 que obligaba la inclusión de espectáculos de variedades "en vivo" en los cines en oportunidad de las funciones cinematográficas, para paliar la desocupación de los artistas respectivos. Aquí la Corte llegó a sostener lo siguiente: el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes supone, naturalmente, la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, correspondiendo al impugnante evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la Ley 14.226 en su relación con las modalidades del caso, deber

¹⁰⁰ Basterra, Marcela I., "Los dptos. de Nec. Y Urgencia", Boletín de Asociación Nro. 179, 03/01, pag.16.

¹⁰¹ Fallos, 243-472 (15/05/1959).

¹⁰² Fallos, 247-121 (26/06/1960).

procesal que no cumplió, corresponde declarar que el artículo 1 de aquélla... no es violatorio de los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

“Daste c/ Caja Nacional de Previsión”: fallado en 1967, la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 16.931 que había declarado inembargables los fondos de las cajas nacionales de Previsión y había paralizado por 16 meses el trámite de los juicios por cobros de reajustes jubilatorios.

Periodo 1966/1973:

"Muñiz Barreto de Alzaga c/Destefanis, Antonio"¹⁰³: En este caso se discute la constitucionalidad de la ley 14.451 que es dictada por el gobierno en ejercicio del poder de policía debido a la emergencia imperante. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley en cuestión diciendo que si bien cuadra el ejercicio del poder de policía por parte del Estado, la Constitución Nacional no lo autoriza a poner en práctica poderes que ésta no le concede ya que dicha ley es discriminatoria y hostil para determinado grupo de personas ya que si bien permite reajustar, por un lado los precios de los arrendamientos, por otro se obliga a algunos a seguir percibiendo un canon que puede resultar no remunerativo o aun deficitario (consid.12), violando de esta forma el principio de igualdad ante la ley de la C.N. (consid.14).

"Empresa Mate Larengeira Mendes S.A."¹⁰⁴: Aquí se cuestiona la constitucionalidad del decreto 1921/66 dictado bajo el amparo de la Ley de Abastecimiento 16.454 que autorizaba declarar el estado de emergencia económica, se prohibió la cosecha de yerba mate durante 1966, asimismo la Comisión Reguladora de la Producción y Comercio de la Yerba Mate fue autorizada a decomisar lo cosechado en infracción al citado decreto. La Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto diciendo que: "los derechos de trabajar y comerciar libremente, de recoger y transportar los frutos y productos del

¹⁰³ Fallos, 270-374 (10/05/68).

¹⁰⁴ Fallos, 269-393 (07/12/1967).

trabajo y de gozar de la propiedad así adquirida, resultan palmariamente lesionados y restringidos por este decreto. Restricción y lesión doblemente injustificada si se atiende al momento en que se decreta la medida, sin anuncio previo que permitiese obviar los perjuicios que derivan de las inversiones y obligaciones que demanda el proceso de la producción y sin que el sacrificio que se exige a quienes plantaron sea objeto de resarcimiento alguno en los términos del decreto que se impugna en el sub-lite, no obstante las previsiones de la C.N. a propósito de la justa y previa indemnización con que el Estado debe compensar el desapropio de lo que se toma a los particulares por causa de utilidad pública"(consid.6). Como podemos apreciar en este periodo la Corte retorna parcialmente -porque en este último caso, especialmente, la Corte tuvo que analizar la constitucionalidad de la ley de abastecimiento- al criterio clásico de protección de la propiedad individual de la era "Hileret-Lochner".

Periodo 1973/1976:

"Cía. Nobleza de Tabacos S.A."¹⁰⁵: En este caso la Corte rechazo la demanda de repetición del impuesto a la venta de la actora diciendo que: "no procede en razón de que la accionante no ha acreditado, como presupuesto de la acción, haber sufrido un correlativo y proporcional empobrecimiento derivado de la obligación fiscal a consecuencia del pago efectuado; en efecto, de la prueba rendida no surge que haya sido quien en definitiva soporto la carga tributaria -extremo este que, tratándose de sociedades comerciales o con fines lucrativos, no es inferible del solo hecho de los pagos y por su única virtud-"(consid.4).

"Alberto Francisco Ventura c/Bco. Central de la República Argentina"¹⁰⁶: El actor había entablado una acción de amparo contra una circular del Bco. Central, por medio de la cual se había establecido que los titulares de pasajes al exterior debían abonar la

¹⁰⁵ Fallos, 287-175 (02/11/1973).

¹⁰⁶ Fallos, 294-192 (26/02/1976).

diferencia, en moneda nacional, resultante entre el cambio vigente al momento de su emisión y pago y el que rigiera cinco días hábiles anteriores al momento de la iniciación del viaje. La Corte confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo y anulo la circular respectiva al recordar que: "es jurisprudencia de esta Corte que el termino propiedad empleados en los artículos 14 y 17 de la C.N., ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo, y de su vida y libertad; entre ellos, los derechos emergentes de los contratos". En este periodo la Corte comienza aplicando un criterio menos estricto del control de constitucionalidad sobre las restricciones a la propiedad, pero hacia el final del mismo, como surge del último fallo relatado, la Corte demuestra un criterio protector de la propiedad individual.

Periodo 1976/1983:

Durante este periodo el caso más relevante con relación al poder de policía donde la Corte mostró un criterio favorable al interés público fue en:

"Nicolás Antón"¹⁰⁷: En el caso se discutía la constitucionalidad de una ordenanza de la Municipalidad de Morón que había decretado la erradicación de los establecimientos destinados a la fabricación de ladrillos, debido a que dicha actividad produce importantes daños en el suelo al eliminar del mismo la capa de tierra vegetal, necesaria para la producción de aquellos. El accionante, propietario de uno de esos establecimientos, debidamente habilitado a tal fin en su momento había sufrido la clausura del mismo y la imposición de una multa. La corte señaló al rechazar la acción que: "ha reconocido al poder político la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la C.N. a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella, atribución que constituye la esencia misma de las potestades propias del Poder Legislativo"(consid.2).

¹⁰⁷ Fallos, 302-1579 (23/12/1980).

Periodo 1983/1989:

"Sánchez Granel Obras de Ingeniería c/Dirección Nacional de Vialidad"¹⁰⁸: Se debatía en este caso si se debía indemnizar los daños y perjuicios y el lucro cesante que había sufrido la empresa como consecuencia de la revocación, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, de un contrato administrativo de Obra Pública. En las instancias anteriores, solo había procedido el reclamo por los daños y perjuicios, pero la Corte revocó estos fallos ampliando el resarcimiento también a las ganancias frustradas, bien que decretando un resarcimiento prudencial que no abarco la totalidad de las mismas.

"Promenade S.R.L. c/Municipalidad de San Isidro"¹⁰⁹: En este caso la actora obtuvo de la Municipalidad de San Isidro una ordenanza por medio de la cual se la autorizaba a construir un edificio que no se ajustaba al Código de Edificación vigente en ese momento. Estando la obra avanzada en su ejecución, se dictó luego una segunda ordenanza, que revoca la anterior por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. La empresa actora inició juicio contra la Municipalidad reclamando daños y perjuicio más el lucro cesante sufrido por la decisión de la demandada. Al contestar la demanda la Municipalidad de San Isidro solicitó su rechazo, sobre la base de afirmar que la ordenanza que autorizó la construcción era un acto ilegítimo, violatorio del Código de Edificación entonces vigente y que, por ende, no podía generar derecho alguno. La demanda se radica en el Juzgado Civil y Comercial de San Isidro que se declara incompetente quedando las actuaciones radicadas en la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As. por ser una acción contencioso-administrativa. La Suprema Corte provincial rechazó la demanda estableciendo como fundamento de su decisión la llamada "inderogabilidad singular de los reglamentos", según el cual ningún órgano administrativo puede violar sus propias reglamentaciones generales. Se deduce recurso extraordinario fundado en razones de arbitrariedad y en la violación del derecho constitucional de propiedad. La Corte entiende que se trata de un supuesto de

¹⁰⁸ Fallos, 306-1409 (20/09/1984).

¹⁰⁹ Corte Suprema, Fallo del 24/08/1989 publicado en revista de "Derecho Administrativo", año 1, Nro.2, 1989, pag. 391-409.

responsabilidad del Estado por hecho lícito que genera perjuicios a los particulares, los cuales deben ser indemnizados, entonces hace lugar al recurso extraordinario y ordena devolver el expediente para nuevo juzgamiento. Podemos apreciar como con estos fallos del periodo, entre varios existentes, como La Corte protege la propiedad reconociéndose indemnizaciones por daños y perjuicios y aun lucro cesante, en casos de actividad lícita del Estado, al revocar por razones de interés público actos administrativos anteriores.

Periodo 1989/1999:

"Peralta, Luis A. c/Estado Nacional": Así llegamos al conocido caso "Peralta Luis c. Estado Nacional", resuelto por nuestro más alto tribunal en 1990, donde ratificó la doctrina judicial anterior en materia de emergencia y además avaló por primera vez el dictado de decretos de necesidad y urgencia, a través del 36/90 que había dispuesto el llamado Plan Bonex, que significó la incautación de depósitos bancarios y su cambio compulsivo por bonos en un periodo de hasta 10 años. ¹¹⁰ La Corte sostuvo que: *"el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico y social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autorizan al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución"*.

¹¹⁰ Lazzarini y Colautti y Pérez Hualde, Alejandro, "El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis", El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, pp. 15-18, y "Smith, o el final del sistema jurídico de la emergencia", "Depósitos bancarios Restricciones II", suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, marzo de 2002, p. 8, y su libro Decretos de necesidad y urgencia, cit., y de Midón, Mario R., su libro Decretos de necesidad y urgencia, cit., pp. 54 y ss.

Además de ello y como lo refiere Midón, el alto tribunal invocó una “interpretación auténtica” opuesta a una interpretación “estática... que importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la república” y con base en ello aceptó la validez del decreto de necesidad y urgencia, fundando su determinación en dos razones centrales: a) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopta decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y b) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.¹¹¹ Como si fuera poco, la Corte incluso sostuvo que el principio de la división de poderes es una “categoría histórica”.

Como se aprecia, este fallo constituye un ejemplo de la actitud convalidatoria que el alto tribunal desarrolló a lo largo de aproximadamente 80 años, en esta materia de la emergencia económica, pese a los excesos cometidos por los poderes Ejecutivo y Legislativo (este último por acción u omisión) en contra del sistema republicano y de los derechos individuales. Por ello se destaca tan nítidamente el dictamen del procurador general de la Corte Sebastián Soler en el caso “Cine Callao”, en 1960, donde señalaba que con estas actitudes nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no era compatible con el progreso.¹¹²

Se confirma entonces también aquí lo que veníamos observando en el análisis de las otras instituciones de emergencia, o sea un constante deterioro de los principios del Estado de derecho.

"Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía": La controversia se suscita por el llamado impuesto al video provenientes de dos decretos del Poder Ejecutivo: 2736/91 y 949/92 bajo la justificación de la emergencia cinematográfica. El

¹¹¹ Midón, Mario R., Decretos de necesidad y urgencia, cit., p. 56.

¹¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos, 247:121.

actor inició acción de amparo alegando la inconstitucionalidad de los mencionados decretos. En primera instancia la acción fue acogida favorablemente, siendo posteriormente confirmada por la Cámara de Apelaciones, el Procurador General de la Nación deduce recurso extraordinario basándose en la arbitrariedad de la acción al poner en tela de juicio: a) el plazo para interponer el amparo; b) la idoneidad de la vía elegida; c) lo relativo a los actos propios de la actora y d) la legitimación del peticionario. Establece por otro lado que la Cámara al declarar inconstitucionales los decretos hizo una interpretación estática de la C.N. y no dinámica a la luz de lo sostenido en el caso Peralta. La Corte al analizar los límites materiales del decreto de necesidad y urgencia establece que, estos, violan el art.99 inc.3 de la C.N. que prohíbe el ejercicio de tal facultad extraordinaria en forma expresa, por lo tanto hace lugar a la demanda declarando inconstitucional los decretos en cuestión.¹¹³

"Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo s/empleo público": Consistía en analizar la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 290/95, dicha norma -basada en la crisis que atravesaban las finanzas públicas en el marco de la aguda crisis internacional- había resuelto disminuir los montos de las remuneraciones de los agentes de acuerdo a la siguiente escala proporcional: remuneraciones de dos mil uno a tres mil pesos: 5%; de tres mil uno a cuatro mil pesos:10% y remuneraciones de cuatro mil pesos en adelante: 15% (art.2). Los agravios examinados cuestionaban los alcances del decreto por considerarlo confiscatorio, y por ende viola el artículo 17 de la C.N. La Corte Suprema resolvió declarar la constitucionalidad del decreto estableciendo entre sus fundamentos "que la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica una violación del art.17 de la Constitución Nacional" y "que la reducción es de carácter transitorio y de excepción...haber omitido el plazo de duración de la medida no constituye un elemento descalificante de la validez de la norma...".¹¹⁴

¹¹³ Basterra, Marcela I., "Los Dctos. de Nec. Y Urg....", Boletín de Asociación Nro.179, 03/2001, pag.11.

¹¹⁴ Basterra, Marcela I., "Los Dctos. de Nec. Y Urg....", Boletín de Asociación Nro.179, 03/2001, pag.13.

Debemos decir que este periodo comenzó con la ampliación del número de miembros de la Corte Suprema que de cinco fue llevado a nueve. Esta Corte debió efectuar el control de constitucionalidad, una vez más, sobre el llamado poder de policía de emergencia; con el fallo Peralta se comenzó a hablar de un derecho de la emergencia y se pusieron los fundamentos para declarar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia.

En el caso de "Video Club Dreams" si bien la Corte mantiene el criterio expuesto en "Peralta" reafirmando su atribución para examinar los estados de emergencia declara inconstitucional los decretos al respetar el artículo 99 inc.3 de la C.N. que impide la creación de este tipo de decretos en materia tributaria por mas excepcionales que fueren las circunstancias.

El caso "Guida" la Corte retrocede en su criterio respecto al control de constitucionalidad de las normas al declarar constitucional un decreto que conculca el artículo 17 de la C.N. permitiendo entre otras cuestiones la no fijación de un plazo cierto y determinado como límite de las restricciones establecidas, más allá de que reconoce la transitoriedad de las medidas le da un amplio margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo pudiendo prolongarse la situación en forma indefinida, de todos modos los argentinos ya estamos acostumbrados, haya o no plazo, a que las medidas, sobre todo económicas, se extiendan en el tiempo; tal es así que nadie cree actualmente que el plazo del corralito bancario se respete siendo su fecha de terminación el 15 de abril del 2002.

A partir del 2000

Así llegamos a la situación actual, caracterizada tal vez como la más profunda emergencia económica que haya sufrido el país, que diera origen a las más graves violaciones constitucionales mediante la utilización de este tipo de instituciones.

Durante este periodo el Poder Ejecutivo Nacional dicto, entre otros, los decretos de necesidad y urgencia 1570/01 y 214/02 que son objeto de análisis de este trabajo con la correspondiente jurisprudencia de la Corte.

CAPITULO III

REGLAMENTOS-DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

EL REGLAMENTO

Es un acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regulan situaciones objetivas e impersonales.¹¹⁵

Existen tres tipos de reglamentos: Los decretos-ley; Resoluciones y Disposiciones, pero en este trabajo nos interesa analizar los decretos, especialmente los de necesidad y urgencia, por haberlos utilizado el Poder Ejecutivo Nacional para la creación del llamado corralito bancario.

EL DECRETO-LEY

En épocas de anormalidad constitucional, el Poder Ejecutivo dicta normas de alcance general, sobre materias que deben ser reguladas por ley formal. En la realidad histórica de nuestro país el instrumento decreto-ley se ha limitado al proveniente del Poder Ejecutivo de Facto, llegando a reglar materias que formalmente corresponden a la ley.¹¹⁶

Es decir que el decreto ley no configura legislación delegada sino asumida por el Presidente, a causa de disolución del Congreso.

El dictado de los decretos-leyes se ha justificado en orden a la necesidad de asegurar la vida del Estado y su validez ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte,

¹¹⁵ Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, 1994, T1, pag. 136.

¹¹⁶ Bidart Campos, Germán J., "Derecho Const. del Poder", 1967, T1, pág....334.

continuando su vigencia aun después de instalado el gobierno de iure, sin exigirse para ello la ratificación expresa del Poder Legislativo.¹¹⁷

DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Podríamos decir que son aquellos dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la propia Constitución reserva al Congreso; por eso reciben también el nombre de decretos-leyes; sin previa autorización o sin que medie delegación alguna por parte de este.¹¹⁸

Para Linares es un acto estatal que se funda solo en la "habilitación" directa, hasta que sea aprobado o rechazado. No es necesario que en su parte dispositiva se declare que es de urgencia, basta que en sus fundamentos se señalen circunstancias sociales que delaten la urgente necesidad y su gravedad.¹¹⁹

Bielsa considera a estos reglamentos como decretos-leyes. El se opone a reconocer categoría dogmático jurídica a los decretos-leyes de los gobiernos de facto: "No es pues decreto-ley el que dicta un gobierno de facto porque por disolución del Congreso asume los Poderes Ejecutivo y Legislativo".¹²⁰

Marienhoff por su parte dice que el decreto de necesidad y urgencia es una norma excepcional dictada por el Poder Ejecutivo quien posee esa facultad privativa e indelegable. Su fundamento lo constituye una cuestión de hecho, pero ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento incluso de orden económico). Si el estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo por carecer de "causa". Estos reglamentos al igual que los delegados, tienen contenido legislativo es

¹¹⁷ Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", T1, pág., 408.

¹¹⁸ Basterra, Marcela I., "Los Dctos. de Necesidad y Urgencia después de la Reforma de 1994...", 2002, pag.2

¹¹⁹ Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", Astrea, 1986, pág. 109.

¹²⁰ Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Depalma, 1955, TII, pág. 195-207.

decir que su eficacia depende de la aprobación del Parlamento. La diferencia entre ambos decretos reside en que el asentimiento del Congreso en los reglamentos delegados aparece expresado "a priori" a través de una ley formal, en cambio en los reglamentos de necesidad y urgencia dicha aprobación es "a posteriori" por el Parlamento.¹²¹

Si el Parlamento los aprueba, estos quedan convertidos en leyes, y si es rechazado queda derogado pero ¿desde cuándo? ¿Desde su rechazo o desde su emanación? La mayoría de la doctrina se inclina a establecer que la derogación surte efecto desde su rechazo, es decir que desde su emanación del Poder Ejecutivo tiene plena validez, por lo tanto la derogación es hacia el futuro (ex nunc).

¿Que decir de la publicación de estos reglamentos como requisito de su eficacia y obligatoriedad? Los autores someten a dichos reglamentos a los requisitos comunes de publicidad exigidos para todo acto legislativo o administrativo (Boletín Oficial, Diarios particulares, etc.). Marienhoff desiste de este requisito al establecer que la eficacia y la obligatoriedad no debe supeditarse a dicha publicación, bastando una eficiente divulgación a través de una radio emisora oficial o que goce de una mayor preferencia en el público, ya que los beneficios de la radiodifusión están al alcance de la generalidad de las personas.

Si se tratare de un gobierno de facto y hubiese un estado de necesidad y urgencia, el decreto-ley no requiere aprobación legislativa, porque este gobierno es a la vez ejecutivo y legislativo, entonces en un gobierno de facto el decreto de necesidad y urgencia no tiene razón de ser, no lo necesita.

Desde 1853 a 1989 se dictaron treinta decretos pero a partir de la presidencia de Menem se llegaron a dictar más de trescientos proveniente del hiperpresidencialismo que ha avanzado permanentemente sobre los otros dos poderes fundándose en razones de "emergencia económica".

¹²¹ Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, 1965, TI, pág. 254 a 258.

Antes de la reforma constitucional de 1994 existían dos corrientes doctrinarias, los administrativistas que sostenían que tales decretos eran constitucionales y los constitucionalistas que entendían que estos resultaban violatorios de la Carta Magna porque afectaba el principio de división de poderes.

La Corte, en el caso Peralta, consideró que los decretos de necesidad y urgencia revisten constitucionalidad cuando: a) real situación de gravísimo riesgo social; b) necesidad de decidir la medida tomada y c) que el Congreso no adopte medidas en contra.

Agregando que ciertas resoluciones que la Constitución dejaba en manos del Congreso no podían, de hecho en algunos casos, ser concretadas por este, en razón de que tales medidas requerían para su eficacia una celeridad incompatible con un cuerpo colegiado y fraccionado en dos Cámaras¹²² convalidando de esta forma el hiperpresidencialismo.

La reforma de 1994 con el art.99 inc.3 se aclaran muchas dudas respecto a los decretos de necesidad y urgencia adquiriendo el derecho de necesidad carta de ciudadanía constitucional aunque quedaron muchas cosas sin resolver puesto que la Constitución no ha prescripto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinado al dictado de una ley especial. Aquí cobra trascendencia la doctrina -apoyada por la Corte- que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciare a condición de que no se alteren los criterios fundamentales de la política legislativa.

En este sentido ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el art.82 de la C.N. que al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes indica que "se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta". Esta norma se refiere a la sanción de las leyes mientras que con los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna. De todas maneras, aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga

¹²² Basterra, Marcela I., "Los Dctos. de Nec. Y Urg...", Boletín de Asociación nro.179, 03/01, pág. 6.

la vigencia del decreto hasta tanto sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial, de lo contrario sería imposible determinar la fecha de cesación de los efectos de la inactividad del Congreso o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aceptación o rechazo.¹²³

García Lema dijo "que el sentido que el art.82 de la C.N. en cuanto establece que el Congreso debe expedirse expresamente sobre esta materia, significa que tanto para la aprobación del decreto o para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del mismo por lo tanto no corresponde atribuir valor alguno al silencio".¹²⁴

EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN

Después de haber desarrollado el derecho de propiedad, cual es su origen, su función social, como está contenido en el ordenamiento jurídico argentino, paso a desarrollar los decretos y leyes que dieron origen al llamado "corralito financiero" y determinar sus inconstitucionalidades, como afecta al derecho de propiedad y cuales son las vías procesales para protegerlo.

El Poder Ejecutivo Nacional en Acuerdo General de Ministros, dictó con fecha 1 de diciembre de 2001 el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1570, -que fuera publicado el 3 de diciembre- y que estableció una nueva operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

En el art. 2 del instrumento se prohibieron los retiros en efectivo que superen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana, por parte del titular de las cuentas que posea en cada entidad financiera y las transferencias al exterior, con excepción de las

¹²³ Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, 1994, T1, pag.155.

¹²⁴ García Lema, Alberto, "Dctos. de Necesidad y Urgencia, en: La Reforma de la Const., Rubinzal Culzoni, 1994, p.p. 396-398.

que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso sujeto a que las autorice el Banco Central.

En el art. 3 se prescribió que el Banco Central "puede disminuir las restricciones establecidas en los artículos precedentes, cuando los saldos de depósitos totales del sistema financiero aumenten respecto a los niveles al cierre del día 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés a las que se realicen las diferentes transacciones sean, a su juicio, normales".

En los fundamentos del Decreto se expresaba que estas eran "*medidas de emergencia apropiadas por el corto tiempo que duren las operaciones mencionadas, para evitar que la continuidad de esta situación afecte en mayor medida la marcha de la economía, dando las seguridades necesarias tanto respecto al valor de los activos financieros, como sobre su liquidez, conservación e intangibilidad*".

Asimismo se decía, luego de una referencia a la intangibilidad de los activos bancarios por parte de los titulares, "*...que en situaciones como la presente puede restringirse por un breve periodo su uso y goce, limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior, que de ningún modo afectan el funcionamiento de la economía*".

Posteriormente, se indicaba "*que en la actualidad la tecnología provee los medios necesarios para que los mercados puedan valerse perfectamente de transferencias entre cuentas de la misma u otra entidad del sistema, permitiendo a sus titulares, la total disposición de su propiedad dentro del país o para realizar operaciones en el exterior..*". Y más adelante, textualmente se afirmaba: "*Que ello eliminará el riesgo de que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la ley N° 25.466, y a la economía nacional toda*".

Finalmente, se recurría a la utilizada argumentación de la imposibilidad de esperar el trámite normal para la sanción de las leyes con relación a decisiones de evidente necesidad y urgencia y se citaba las facultades de los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la

Constitución Nacional, para dictar el citado Decreto de Necesidad y Urgencia, que firmaron el anterior Presidente y sus Ministros en Acuerdo General.

Este Decreto, que instaló lo que se conoce como el "**corralito**" financiero, fue posteriormente modificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1606, dictado el 5 de diciembre de 2001, -que fuera publicado el 6 de diciembre- y que modificó algunos aspectos de los arts. 2 y 7, para excluir a algunas operaciones en el primer caso y ampliar el monto de las transferencias al exterior en el otro.

Luego, ya con el posterior gobierno nacional, se dictaron disposiciones para establecer feriados cambiarios e incluso para prohibir la transferencia de los fondos depositados en plazos fijos de un banco a una caja de ahorros o cuenta corriente de otro banco distinto, que agudizaron la situación al cerrar aun más el "corralito".

LA REACCIÓN POPULAR

Estas medidas provocaron una de las reacciones populares más importantes de la historia argentina, pues los sectores afectados por las mismas, o sea la inmensa cantidad de ahorristas que habían confiado en el país y tenían depositados más de 65.000 millones de dólares y pesos, salieron a las calles a manifestar su indignación contra este "corralito" a través de "cacerolazos", que provocaron ya la renuncia de los ex Presidentes De la Rúa y Rodríguez Saá.

Fue la respuesta a la frustración soportada por millones de argentinos que se agolparon impotentes ante los distintos Bancos para intentar obtener las más elementales satisfacciones en defensa de su derecho de propiedad y de otros derechos conculcados.

Por ello se comprende con claridad que el reclamo de millones de personas haya sido: a) en primer lugar, la devolución de los fondos depositados, -de inmediato y en la misma moneda en que se efectuaron-, y b) en segundo lugar, el juzgamiento y atribución de las

responsabilidades pertinentes tanto jurídicas como políticas de quienes ejecutaron tales actos en contra de la Constitución y del pueblo.

En este aspecto, se comprende que en un país caracterizado por los vaivenes económicos, algunos sectores repitieran que el dinero no estaba, o que la devolución del dinero no se podía hacer, o que no se podía solicitar el dinero a los bancos al mismo tiempo, o que si caían algunos bancos, los daños serian mayores, o que los dólares eran virtuales, etc., entre otras manifestaciones destinadas a explicar y justificar lo injustificable, y que constituyó tal vez la más grave y dañosa confiscación colectiva de nuestra historia, sin precedentes comparables.

No se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídicas sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas si no se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en cerca de cinco millones de ahorristas (lo que repercute en casi toda la sociedad argentina), 90 % de los cuales tenía depósitos que no superaban los 50.000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS

Los derechos individuales violados o amenazados en forma inminente fueron los siguientes:

a) Derecho de propiedad, reconocido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que establecen el uso y disposición de la propiedad privada con carácter de inviolabilidad. Asimismo, dicho derecho también se encuentra reconocido por las normas pertinentes de Tratados Internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y las Declaraciones de Derechos Humanos Americana y Universal entre otros, que integran el llamado "bloque de constitucionalidad federal", en razón de la jerarquía constitucional asignada a los mismos en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994.

En este caso resulta evidente que se violó el derecho de propiedad sobre el dinero depositado en los plazos fijos, ya que no se puede "usar" y "disponer" de los mismos, conforme la letra y espíritu del art. 14 de la Constitución Nacional. Asimismo se desconoció el carácter de "inviolabilidad" de la propiedad reconocido en el art. 17 de la Ley Suprema, que dispone que "ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley", puesto que no existe garantía alguna de devolución de dicho dinero ni tampoco en relación a plazo alguno ni en cuanto a la moneda en cuestión, con lo cual también resulta evidente no sólo el peligro de la depreciación de dicho dinero sino también la lesión evidente a los derechos y patrimonios.

Estas groseras violaciones constitucionales fueron producidas por los gobiernos anteriores, que dictaron y ejecutaron las normas mencionadas, a pesar de las malas experiencias ya vividas en el pasado y no obstante la vigencia de la Ley N° 25.466, sancionada muy poco tiempo antes, en cuya virtud el Congreso declarara la intangibilidad de los depósitos bancarios, como derechos adquiridos de propiedad, garantizados por la Ley Suprema de la Nación.

b) Derecho a la defensa del valor de la moneda, reconocido por el art. 75 inc. 19 de la Ley Suprema de la Nación, luego de la reforma constitucional de 1994, como respuesta a los disvaliosos antecedentes sufridos a lo largo de la historia a través de los periodos inflacionarios vividos. En tal sentido, Germán Bidart Campos enuncia entre los derechos civiles y económicos de dicho artículo 75 inc. 19 al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la generación de empleo y a la defensa del valor de la moneda. En este caso, en medio de la incertidumbre que se vivía, se hicieron públicas algunas propuestas de intentar devolver el dinero de los plazos fijos en dólares en una moneda distinta: pesos, o Lecop, o argentinos, que como resulta obvio, importaban lisa y llanamente una devaluación que está prohibida por esta disposición constitucional. Después el nuevo Presidente, Eduardo Duhalde anunció en su discurso inaugural que los plazos fijos serían devueltos oportunamente en la moneda en que se efectuaron los depósitos. Posteriormente, los argentinos asistirían a un nuevo

incumplimiento del contrato social y moral que debe unir a los gobernantes y gobernados, cuando el citado funcionario, incumpliera su promesa formal y firmara el Decreto N° 214, que dispuso lo contrario, como más adelante veremos.

c) Derecho al desarrollo humano, reconocido también por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994. Este derecho al desarrollo humano es el que mejor define dicho inciso 19, que ha sido caracterizado por la doctrina como la nueva cláusula del progreso, recordando la originaria del art. 67 inc. 16-

El concepto del desarrollo humano se comprende a partir de las claras definiciones de Paulo VI en la Encíclica *Populorum Progressio*: el desarrollo es el "*nuevo nombre de la paz*", que debe alcanzar a "*todos los hombres y a todo el hombre*". Se trata entonces de la promoción de los diversos aspectos de la personalidad humana, que se impone como obligación a cumplir por parte del Congreso, que en la norma suprema citada, ordena "*Proveer lo conducente al desarrollo humano...*".

En el caso en cuestión, resulta también indudable que las medidas adoptadas importan el desconocimiento del derecho al desarrollo humano, ya que no se puede disponer de los bienes fruto del trabajo, del ahorro y que son necesarios precisamente para el desarrollo humano.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS

Sostengo la inconstitucionalidad de los Decretos 1570 y 1606 del 2001 emanados del Poder Ejecutivo de la Nación y de las disposiciones dictadas en consecuencia por el Banco Central de la República Argentina, por las siguientes razones, que sintéticamente menciono:

a) Por el desconocimiento de los derechos constitucionales mencionados anteriormente de propiedad, de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano.

b) Porque los citados Decretos de Necesidad y Urgencia fueron dictados violando la disposición del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que estableció precisos límites al Poder Ejecutivo, como lo admitió la última jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso "Verrocchi", al avanzar en el control de constitucionalidad, modificando la anterior doctrina de los casos "Peralta" y "Rodríguez".

c) Porque tampoco pudieron fundarse en la emergencia económica, pues no se cumplieron los requisitos admitidos por la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal en los casos "Nadur", Fallos, 243:449 y "Russo", Fallos, 243:467:

1. Situación de emergencia reconocida por el Congreso.
2. Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país.
3. Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales.
4. Razonabilidad del medio empleado por el legislador.

d) Porque tampoco se puede admitir la fundamentación de dichos decretos en un "poder de policía de emergencia", que no tiene base constitucional alguna, a pesar de lo cual ha sido invocado y utilizado para violar los derechos individuales.

EL CASO "SMITH"

Decía Joaquín V González: "No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Por esta razón, no puede dejar de considerarse la importancia que en la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo el fallo del caso "Smith Carlos A. c/ P.E.N. s/Sumarísimo", del 1 de febrero de 2002, donde nuestro más alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1570 y sus normas complementarias que establecieran el "corralito".

En efecto, el más Alto Tribunal descalificó el art. 2 del citado Decreto y sus disposiciones reglamentarias y modificatorias, pues las limitaciones establecidas a los depósitos bancarios, pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, desconocieron derechos adquiridos y coartaron la libre disponibilidad de tales fondos, lo que careció de razonabilidad y atentó contra el derecho de propiedad amparado en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo que debe resaltarse sin dudar es el cambio que este fallo produce en relación a la posición que tradicionalmente había asumido el Tribunal en torno a las emergencias económicas, puesto que a partir del caso "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw" de 1922, o sea prácticamente a lo largo de 80 años, se limitó a producir convalidaciones a las violaciones producidas a los derechos individuales.

Esta legislación de emergencia que fue antepuesta a la Constitución Nacional, significó inexcusablemente la declinación de nuestro Estado de Derecho, mostrando el avallasamiento de la Constitución Nacional.

Recuérdese que hemos vivido -casi permanentemente- en emergencia en nuestra corta historia, como lo acreditan las largas interrupciones del orden constitucional, más de 50 declaraciones de estado de sitio y de 150 intervenciones federales y emergencias económicas desde hace décadas.

Las emergencias de todo tipo, institucionales, políticas o económicas, casi siempre contaron con una jurisprudencia judicial aprobatoria de las medidas que se dictaron, a lo que se sumó una paulatina declinación de las facultades legislativas y de control del Congreso, que a la par que fortalecieron al Poder Ejecutivo, también indicaron el incorrecto funcionamiento de nuestro sistema republicano y democrático.

Alejandro Pérez Hualde¹²⁵ distingue las dos etapas de la legislación de emergencia económica: la primera, desde la Ley 11.157 sobre contratos de locación, con un poder de policía de emergencia esencialmente en manos del Congreso, hasta el Plan Austral de 1985, donde comienza la segunda etapa, caracterizada por un predominio evidente del Poder Ejecutivo, que se consolida con la legislación dictada durante la Presidencia de Menem a través de las Leyes de Reforma del Estado, y especialmente, mediante el dictado de más de 500 Decretos de Necesidad y Urgencia.

Recuérdese también el excesivo ejercicio de las delegaciones legislativas, admitidas por la Corte Suprema desde el caso "Delfino" de 1927, hasta llegar a las recientes Leyes 25.414 y la actual 25.561.

O sea que prácticamente de nada han valido los límites fijados por la reforma constitucional de 1994, ya que en la realidad nada pudo detener los avances del Poder Ejecutivo, frente a la renuncia del Congreso al ejercicio de sus atribuciones legislativas y de control político y a un deficiente ejercicio del control de constitucionalidad, por parte de los Tribunales y especialmente de la Corte Suprema.

Hoy podemos comprobar el acierto efectuado ya hace más de 40 años en 1960- por uno de nuestros más distinguidos juristas, Sebastián Soler, que como Procurador General de la Nación, sostuvo en el dictamen del caso "Cine Callao":

"Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno de atribuciones

¹²⁵ Pérez Hualde, Alejandro: Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia, La Ley, Suplemento: Depósitos bancarios y restricciones II, Marzo 2002.

discrecionales para resolver los problemas"... y termina: "así se va formando lo que se da en llamar 'una nueva conciencia'. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso"¹²⁶.

LA LEY DE EMERGENCIA N 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 6 de enero de 2002 fue sancionada por el Congreso la Ley N° 25.561 de Emergencia pública y reforma del régimen cambiario, que por medio de sus arts. 6, 7 y 15, ratificó en forma tácita el Decreto 1570.

En efecto, el art. 6 en su última parte, dispone: *"El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esta protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras"*

Señalamos asimismo que en el debate ocurrido en la Cámara de Diputados sobre esta norma, el miembro informante Diputado Jorge Matxkin, sostuvo que obviamente ello significaba que se iba a respetar la devolución de los depósitos en la moneda pactada. Como después se verá, esta norma fue violada posteriormente por el Poder Ejecutivo de la Nación al dictar el Decreto 214 que dispuso la devolución en dólares, sin que se produjese reacción alguna por parte del Congreso.

En cuanto al art. 7 de la ley, en su primera parte, establece: *"Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos*

¹²⁶ Fallos 247:121 citado por Pérez Hualde, en su artículo "El Congreso Nacional frente a la crisis"

vigentes al 30 de noviembre de 2001 y transformadas en dólares por el Decreto N° 1570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derogase el artículo 1° del Decreto 1570/2001."

A su vez, el art. 15 de la ley, ordenaba: *"Suspéndase la aplicación de la Ley N° 25.466, por el plazo máximo establecido en el artículo 1, o hasta la oportunidad en que el Poder Ejecutivo Nacional considere superada la emergencia del sistema financiero, con relación a los depósitos afectados por el Decreto N° 1570/01"*.

Aclaremos que la ley 25.466 es la que sancionada en octubre de dicho año 2001 había asegurado la intangibilidad de los depósitos, lo que significó que los ahorristas siguieran confiando en el sistema financiero y bancario y no retiraran masivamente los mismos. De tal manera que resulta inconcebible la actitud del Congreso Nacional, puesto que aproximadamente dos meses después, suspendió dicha intangibilidad hasta el 10 de diciembre de 2003 o hasta que el Poder Ejecutivo lo indique, produciendo un vulgar engaño de gravísimas consecuencias. Una vez más se destruyó la confianza pública, al desconocerse aquélla regla fundamental de la ética, de la política y del derecho: *"pacta sunt servanda"*.

De más está decir que los artículos mencionados de esta Ley son manifiestamente inconstitucionales, por las razones aducidas en cuanto al Decreto 1570 y en particular, por los derechos individuales que se afectan.

Hace falta reiterar nuevamente que la emergencia, aunque haya sido declarada por el Congreso, no puede significar la suspensión, desconocimiento o lisa destrucción de la Constitución, o de sus derechos reconocidos y garantizados.

Es obvia la falta de razonabilidad de dichas normas, que en modo alguno respetan los mandatos del art. 28 de la Ley Suprema de la Nación ya que una cosa es limitar ciertos derechos por la emergencia, y otra completamente distinta, es alterar, desconocer o menoscabar la esencia de los mismos, que es lo que ocurrió con los ahorros de millones de argentinos, a consecuencia del "corralito" financiero y bancario.

A su vez, el art. 1 de la ley declaró la emergencia pública en los siguientes términos: *"Declárese, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la*

emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2".

Por su parte, el art. 2 dice: *"El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el art. 1, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias".*

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el art. 6 segundo párrafo en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero, en el art. 6 tercer párrafo en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y por último, en el mismo artículo, quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

A la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y en consecuencia, concentra el poder en el Presidente y unos pocos funcionarios.

Así como fue saludable la derogación efectuada de la Ley 25.414, por medio de la Ley N° 25.556 sancionada el 20 de diciembre de 2001, que pareció indicar un derrotero institucional distinto del Congreso, al poco tiempo se reincidió en similares criterios con esta nueva delegación. Es que además de la notoria incoherencia, se incurrió en un error mayor al haberse concedido una delegación todavía más extensa al entonces Presidente,

quien a su vez agravó la cuestión al delegar facultades indelegables por el art. 76 de la Constitución, en funcionarios inferiores.

El camino a recorrer debe ser completamente distinto al que venimos soportando desde hace años, o sea que necesitamos la reasunción del ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Congreso, para que allí, con transparencia y estilo republicano, se produzcan los debates que señalen los grandes rumbos de la política nacional como de alguna manera ha ocurrido en nuestros días con el decreto 125 y las retenciones al agro.

Para concluir, debemos señalar el art. 18, que establece una modificación del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para posibilitar el "*per saltum*" ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por las medidas cautelares en relación al "corralito" y el art. 19, en la parte que expresa: "*...Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos*". Son tan irrazonables, arbitrarios y groseros los fines perseguidos por estas normas como su redacción.

EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 214 DEL PEN

Posteriormente se dictaron por el Poder Ejecutivo los Decretos 71/2002, reglamentario del régimen cambiario establecido, que en el art. 5 facultó al Ministerio de Economía a establecer la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en monedas extranjeras y el 141/02, que modificó el anterior en cuanto a la devolución de saldos en monedas extranjeras.

Asimismo el Ministerio de Economía dictó las Resoluciones 6, 9, 10 y luego la 18 y su modificatoria 23 de 2002, que prescribieron los cronogramas de vencimiento y la reprogramación de la totalidad de los depósitos del sistema financiero y bancario a varios años.

Todo esto, a lo que debe sumarse el sistema de circulares del Banco Central, fue conformando un conjunto de normas profusas, difusas y en algunos casos contradictorias, pero que produjeron estos efectos:

a) la configuración de una segunda versión del "corralito", mucho más restrictiva de los derechos individuales que la anterior, y b) manifiesta improvisación gubernativa en una materia tan delicada como la monetaria y cambiaria, que fue profundizando la impotencia de los ahorristas y en definitiva del pueblo argentino.¹²⁷

Recordamos que dicha Resolución 23 fue dictada el 21 de enero y fue luego objeto de particular análisis en cuanto a su razonabilidad -según el art. 28 de la Ley Suprema de la Nación-, por el más alto Tribunal en el fallo del caso "Smith", que con fecha 1 de febrero declarara la inconstitucionalidad del "corralito", por privar y aniquilar el derecho de propiedad.

Como respuesta a dicho Fallo de la Corte, el Poder Ejecutivo Nacional, con fecha domingo 3 de febrero de 2002 dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 214 que en su art. 1 transformó en Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras y en el art. 2 convirtió a cada dólar en un peso con cuarenta centavos para su devolución por las entidades financieras.

O sea que así se terminó de concretar uno de las más graves engaños colectivos, pues se violaron las palabras empeñadas y los contratos de depósitos celebrados con los bancos, además de obligarse a una devolución que, sin lugar a dudas, significa una verdadera confiscación del patrimonio de los ahorristas, pues es más que evidente que un dólar no valía un peso con cuarenta centavos.

Asimismo, y aumentando el daño causado, por el art. 7 del Decreto se dispuso una compensación a los Bancos por devolver los dólares de esa manera.

¹²⁷ Bodin, en el Cap. III de su clásica obra *Los seis libros de la República*: "...En verdad, no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como la falsificación de moneda o la alteración de su curso, pues tanto ricos como pobres, en general y en particular, se ven perjudicados enormemente a causa de ello...". (Ed. Aguilar, Selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, p. 206).

Además de mantenerse los plazos de devolución antes fijados, por el art. 9 se introdujo la opción para los ahorristas de hasta 30.000 dólares, de recibir un bono en dicha moneda, cuyo plazo después fuera fijado en 10 años.

Por los arts. 3, 6, 8 y 11 se dispusieron que las deudas y acreencias en dólares quedaban convertidas a razón del valor de un peso por cada dólar. Ello después significaría, con la reforma dispuesta por el art. 1 del Decreto 320, que amplió sin límite alguno la pesificación de las deudas antes fijada en 100.000 dólares, es decir otra enorme licuación de pasivos de los sectores económicamente más poderosos del país.

Por el art. 4 se estableció que a los depósitos y deudas antes referidas se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central y que se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos.

Por el art. 10 se ordenó a las entidades financieras depositar en el Banco Central todos los billetes de dólares estadounidenses.

Este Decreto, añadiría otra muestra especial de la equivocación en materia institucional. En efecto, el art. 12, textualmente dispuso: *"A partir del dictado del presente Decreto, se suspende por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, por la Ley N° 25.561, el Decreto N° 71/02, el presente Decreto, las Resoluciones del MINISTERIO DE ECONOMÍA y del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias."*

A su vez, en los fundamentos del Decreto se decía lo siguiente:

"Que la preservación de la paz social como el necesario reordenamiento de las relaciones jurídicas, no se compece con la masiva concurrencia a los tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho de todos aquellos

que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero.

Que por esta razón, corresponde disponer la suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en el marco de la crisis y la emergencia."

Este artículo significó otra gravísima violación del orden constitucional, porque afectó el derecho a acceder a la justicia, al propio art. 43 que regula el amparo y a distintos tratados internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, entre los que se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 25 se refiere en particular a este tema. Por ello dicho artículo 12 fue reiteradamente declarado inconstitucional por numerosos Magistrados.

En definitiva, para finalizar con la consideración de este Decreto de Necesidad y Urgencia, a las razones anteriormente esgrimidas en cuanto al Decreto 1570, sumamos ahora las siguientes para sostener su inconstitucionalidad:

- a) Desconoció de manera más ostensible y profunda los derechos de propiedad, defensa del valor de la moneda y al desarrollo humano.
- b) Conculcó el derecho de acceder a la justicia.
- c) Lesionó otros derechos como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, enseñar y aprender, entrar y salir del país, a la salud, a la vida y a la dignidad. Este menoscabo de derechos producido depende de las distintas situaciones excepcionales que se están observando a través de los amparos presentados en la Justicia.

EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 320

Con fecha 15 de febrero de 2002 se dictó un nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia, el N° 320, que efectuó modificaciones al N° 214, destinadas a aclarar que la pesificación

de todas las obligaciones era a razón de un peso por un dólar, en su art. 1 y que el art. 8 del citado decreto es de aplicación exclusiva a los contratos y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 25.561, en su art. 2. Asimismo sustituyó el art. 12 de aquél Decreto, por el siguiente texto: *"A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, en la Ley N° 25.561, en el Decreto N° 71/02, en el presente decreto, en el Decreto N° 260/02, en las Resoluciones del MINISTERIO DE ECONOMÍA y en las Circulares y demás disposiciones del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa.*

Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales referidos a dicha normativa.

La suspensión de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias dispuesta precedentemente, no será de aplicación cuando mediaren razones que a criterio de los magistrados actuantes, pusieran en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas. Tampoco será de aplicación respecto de aquellas personas de SETENTA Y CINCO (75) o más años de edad."

Este cambio se operó ante las fuertes críticas recibidas por la norma anterior, sin dejar de limitarse el cumplimiento de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias vinculadas al "corralito" durante ese lapso de 180 días. Asimismo agregó en su último párrafo la posibilidad de que los Jueces no apliquen dicha limitación, para los casos excepcionales indicados.

En los fundamentos del Decreto se efectuaron continuas citas del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso "Peralta" de 1990, además de otras leyes de emergencia que efectuaron suspensiones similares.

Para concluir, este último decreto tampoco se adecua a la Ley Suprema de la Nación, en definitiva es parte de la pseudo-arquitectura jurídica que conformó el llamado "corralito" financiero y bancario.

Con fecha 5 de marzo de 2002 se conocieron nuevas decisiones del Gobierno, que a la intención anunciada de permitir la compra de bienes registrables con los depósitos confiscados, agregó la posibilidad de la elección de tres bonos, dos en dólares y un tercero en pesos, a diez años de plazo (como en el Plan Bonex) y que se indicaron como la última posibilidad de abrir este sistema. Demás está decir que ello ratificó una vez más la continua reiteración de medidas inconstitucionales que se siguieron adoptando a partir de la instauración del "corralito".

LA LEY N° 25.587, SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 25 de abril de 2002 se sancionó y promulgó esta ley, denominada popularmente "tapón" o "antigoteo", cuyo art. 1 dispuso que en los procesos judiciales de cualquier naturaleza vinculados con la ley de emergencia 25.561, *"...sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que debe ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega bajo ningún título al peticionario, de los bienes objeto de la cautela. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad*

física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco o más años de edad. Esta disposición, de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial".

En el art. 2 se prohibió la ejecución de las medidas cautelares sobre los fondos del Banco Central de la República Argentina. En el art. 3 se ordenó que a los fines del cumplimiento de toda medida cautelar previamente se oficie al Banco Central a los efectos de que informe sobre la "*existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente*". En el art. 4 se prescribió la apelación de las medidas cautelares referidas en el art. 1 con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. En el art. 5 se reglamentó el procedimiento de apelación de la medida cautelar ante la Cámara. En el art. 6 se indicó que estos procesos sólo corresponden a la competencia de la Justicia Federal. En el art. 7 se derogó el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el art. 8 se ordenó que en los supuestos en que por aplicación del artículo 195 bis del Código Procesal ahora derogado, se hubiere interpuesto recurso directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma remitirá a las respectivas Cámaras de Apelación las citadas actuaciones.

Finalmente, por el art. 9 se expresó que la ley comenzaba a regir a partir de su promulgación y tendría vigencia mientras dure la ley de emergencia 25.561.

En efecto, debo concluir en su inconstitucionalidad por las siguientes razones:

- a) Es atentatoria de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial, -que tiene como misión esencial aplicar la Constitución-, para impedir la concesión de medidas cautelares.
- b) Es violatoria del art. 43 de la Ley Suprema que constitucionalizó el amparo como garantía genérica frente a la lesión de los derechos individuales.

c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad.

d) En su art. 1 violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos¹²⁸.

e) En su art. 6 es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia federal en esta clase de juicios.

Además no podemos dejar de señalar que este instrumento legal merece también otras objeciones de carácter procesal, ya que:

a) Son marcadamente arbitrarios los arts. 2, que dispusieron la inembargabilidad de los fondos del Banco Central y el 3 en cuanto al previo oficio a dicho Banco antes de la medida cautelar, que sólo tuvo como intención la de demorar la ejecución de las mismas, para beneficiar a los bancos y dificultar la legítima acción de los ahorristas confiscados.

b) Resultan de deficiente técnica legislativa estas modificaciones por leyes especiales - como ésta y la 25.561- que sufriera en distintas oportunidades- el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según criterios de notoria arbitrariedad, con la finalidad señalada en el punto anterior.¹²⁹

¹²⁸ Gregorio Badeni, "Las normas de emergencia y el derecho a la propiedad privada-Los aspectos constitucionales de la ley antigoteo N° 25.587", *Abogados, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, mayo 2002, N° 56, p. 18.

¹²⁹ Véanse los aportes efectuados desde el ámbito procesal en la citada *Revista de Derecho Público* de Rubinzal-Culzoni Editores por Osvaldo Gozaini en su artículo titulado "Análisis de la Ley 25.587", pp. 361/382; por Roland Arazi y Jorge A. Rojas en "Emergencia y proceso", pp. 383/397 y por Julio Rodolfo Comadira y Patricio M.E.

EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO

Con fecha 31 de mayo de 2002 se dictó este extenso Decreto de Necesidad y Urgencia, suscripto por el Presidente Duhalde y sus Ministros, que fuera publicado en el Boletín Oficial con fecha 1 de junio.

De sus Considerandos destacamos estos párrafos: "*Que el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 494/02, modificado por su similar N° 620/02, estableció las condiciones generales y el procedimiento a través del cual los titulares podrían ejercer la opción de sustituir sus depósitos, constituidos en moneda extranjera o en pesos, por bonos con cargo al Tesoro Nacional.*"

"Que el agravamiento ya descrito, de la situación del sistema financiero, al que contribuyó la ejecución de las medidas cautelares autosatisfactivas dispuestas por magistrados actuantes en la totalidad de las jurisdicciones territoriales- con el consecuente desapoderamiento de activos líquidos y el canje optativo de los depósitos previsto en los decretos mencionados, resultan insuficientes para superarla."

"Que a este último efecto se considera que, en las actuales circunstancias, mejorar las condiciones de los títulos a emitir de manera de hacer más atractiva la opción de cancelar los depósitos que existían en el sistema, mediante la entrega de bonos redundará en un doble beneficio: resguardar los derechos de los depositantes sobre sus ahorros preservando al mismo tiempo el funcionamiento del sistema financiero en general".

"Que las condiciones financieras de los bonos a emitir, se han determinado respetando la moneda de origen de los depósitos, fijando cuotas y plazos para la amortización más pronta posible en el contexto de la antedicha situación de emergencia pública nacional y mediante el pago de una tasa de interés retributiva de la inversión, medidas éstas cuya razonabilidad, limitación en el tiempo y carácter paliativo se enmarcan en el contexto referido de grave crisis económica y de las demás medidas adoptadas por el

Estado Nacional para remediar esta última en aras del bien común, todo ello en el marco de razonabilidad que ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación para este tipo de situaciones de emergencia".

Asimismo se hacen varias citas del caso "Peralta", que como sabemos, había admitido la constitucionalidad de este tipo de solución con anterioridad en el caso de los Bonex. Queda entonces en claro que la intención del Gobierno, luego del fallo de la Corte en el caso "Smith", fue tratar de repetir la penosa experiencia referida, cerrando cada vez más el llamado "corralito" y prolongando por años la devolución de los depósitos confiscados.

No obstante ello, en el Decreto se dispuso que los ahorristas en general podrían optar entre diferentes bonos:

a) "Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2012", a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado, debiendo efectuarse deducciones en algunos casos entre los que se destaca el correspondiente a las medidas cautelares. (art. 2); y b) "Bonos del Gobierno Nacional en Pesos 2% 2007", a razón de un valor nominal neto igual al importe del depósito reprogramado (art. 3). Y para el caso de ahorristas que sean personas físicas de 75 años de edad o más, o que hubieran recibido sus depósitos como consecuencia de indemnizaciones o pagos de desvinculaciones laborales o que atravesen situaciones en los que estuvieran en riesgo su vida, su salud o su integridad física, se dispone además la opción c) de "Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005", a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado (art. 4).

Además, "sin perjuicio de lo establecido en el art. 2 del presente decreto, los titulares de depósitos originalmente en moneda extranjera en entidades financieras que tengan un saldo de depósito reprogramado de hasta Pesos 10.000, tendrán la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente,...Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005" (art. 5).

En el art. 6 se indicó un plazo para ejercer la opción, que luego tuvo que ser ampliado, ante la escasa aceptación de estas ofertas por parte de los ahorristas, -que obviamente

prefirieron esperar mucho menos tiempo para encontrarse con sus depósitos reprogramados cuya devolución fuera prevista a partir del 2003-, lo que originara como es de público y notorio, una persistente presión por parte de los banqueros ante el gobierno a los fines de que dichos bonos se transformaran en compulsivos.

A esta altura del análisis resulta evidente que esta pseudo estructura jurídica del "corralito" cada vez se complicó más, ante la decisión de consumir la privación de los derechos conculcados, extendiendo sus efectos a lo largo de los años.

Por eso y para no incurrir en repeticiones de conceptos y fundamentos antes expresados, también este Decreto es manifiestamente inconstitucional.

Este Decreto fue complementado posteriormente por varias Resoluciones del Ministerio de Economía, entre las que destacamos la N° 92/2002 de fecha 14 de junio de 2002, que en su art. 7 dispuso lo siguiente: *"Para el caso de los titulares de depósitos reprogramados que hayan iniciado acciones judiciales que aún se encuentren pendientes, donde se cuestione la normativa vigente aplicable a los depósitos en el sistema financiero, las entidades respectivas emitirán, si fuera el caso, las constancias de depósitos reprogramados a que hace referencia el artículo 6 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 905, una vez concluido el proceso judicial respectivo y por el monto correspondiente"*.

Simplemente mencionamos esta norma para indicar que ha sido una decisión permanente a lo largo del mencionado proceso, la de tratar de impedir que los ahorristas defendieran sus derechos constitucionales mediante los amparos presentados ante el Poder Judicial, ya que incluso esta opción por bonos queda diferida en el tiempo hasta la terminación de los procesos judiciales respectivos.

Ello sin mencionar los cálculos efectuados por los Bancos con respecto a los montos restantes de los depósitos reprogramados, en los casos en que se lograra un retiro parcial por medio de medidas cautelares dispuestas por Jueces en dólares o en pesos al cambio en el mercado libre, ya que para las entidades en cuestión el cambio sigue siendo de un dólar a un peso con cuarenta, lo que intenta convertir a algunos ahorristas amparistas en deudores, lo que demostró la falta de respeto a las decisiones judiciales, además del

desprecio por los derechos constitucionales violados de quienes confiaron en nuestro sistema financiero y bancario.

Finalmente, tampoco podemos dejar de mencionar la persistente campaña de desinformación que sobre la materia efectuara el gobierno a través de algunos medios de prensa, lo que no pudo impedir la permanente reacción popular ante cada una de las medidas tomadas, ni la continuidad de las presentaciones de acciones de amparo ante el Poder Judicial por parte de los ahorristas.

EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 1326

El Gobierno dictó este último Decreto de Necesidad y Urgencia, con fecha 23 de julio de 2002 y publicado al día siguiente, destinado a paralizar por 120 días hábiles el pago de las medidas cautelares en los amparos judiciales.

Este Decreto, en su Considerando expresa entre otros conceptos: *"Que la magnitud y el agravamiento de la crisis en el sistema financiero no ha podido ser paliada con las medidas legislativas y administrativas tomadas hasta el presente."*

"Que subsiste una falta absoluta de crédito interno y externo que paraliza e inmoviliza toda la economía nacional."

"Que es conveniente y constituye razón de condicionante para entablar las negociaciones de la deuda externa pública argentina con acreedores privados y con los Organismos Internacionales, alcanzar un sistema de estabilidad, aunque más no fuere provisional, para posibilitar y mejorar las condiciones del país en su posición negociadora con los acreedores externos."

"Que es necesario un tiempo mínimo y razonable de tregua procesal para proponer a la Nación Argentina las medidas reales y posibles en efectividad y eficacia para el reordenamiento de su sistema financiero bancario y crediticio."

"Que la continuidad de las extracciones de fondos y reservas, aunque satisfagan el interés individual, produce en el presente una lesión grave e irreparable al interés

común prevaleciente y superior de todos los sectores sociales y económicos de la Nación."

..."Que las situaciones de urgencia y extrema necesidad social calificadas como excepciones pueden atenderse en instancia administrativa con celeridad en lo inmediato, y con gratuidad en la tramitación."

"Que la medida que se dispone impone sólo una suspensión temporaria, sin afectar los derechos patrimoniales de los ahorristas, y únicamente significa prorrogar con un alcance procesal el tiempo de ejecución de las sentencias que recaigan en los procesos judiciales."

"Que el instituto procesal de la suspensión temporal de la ejecución de las sentencias tiene arraigo legal y jurisprudencial en nuestro derecho y no afecta la división de poderes ni la plenitud del ejercicio de las atribuciones judiciales para resolver las causas sujetas a conocimiento de los jueces, con la única limitación administrativa del tiempo de ejecución, y ello por razones absolutas de oportunidad, mérito y conveniencia."

"Que ante las condiciones de excepcionalidad que impone la emergencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha admitido la constitucionalidad de leyes que suspenden temporalmente los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de estas, a fin de proteger el interés público, en presencia de graves perturbaciones (de la doctrina citada en el caso «Videla Cuello c/ Provincia de La Rioja», Fallos 313:1651). "

Transcribo seguidamente la parte dispositiva del Decreto, que ordena:

"Art. 1 - Suspéndase por el plazo de CIENTO VEINTE (120) días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el Artículo 1 de la Ley N° 25.587, las que se ejecutarán conforme lo previsto en el presente decreto.

Las resoluciones judiciales que las dispongan deberán ser registradas en las entidades financieras y bancarias en orden cronológico, expidiendo constancia de la toma de razón de la medida o sentencia de que se trate, informando en tal sentido al Juzgado

requirente. Asimismo, las entidades deberán informar semanalmente al BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA de las medidas que registren."

"Art. 2 - Las resoluciones judiciales cuya ejecución se suspende por el presente decreto serán cumplimentadas una vez vencido el plazo indicado en el artículo anterior, en el orden de su registración y dentro de los siguientes TREINTA (30) días hábiles."

"Art. 3 - En los casos de excepción previstos en el Artículo 1 de la Ley N° 25.587, por razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de SETENTA Y CINCO (75) o más años de edad, la ejecución de las medidas cautelares o de las sentencias estimatorias de la pretensión, deberá ser tramitada ante el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, que cumplirá los mandatos judiciales con cargo y por cuenta y orden de las entidades financieras obligadas, dentro de los CINCO (5) días hábiles de formulado el requerimiento."

"Art. 4 - Las personas comprendidas en las excepciones del Artículo 1° de la Ley N° 25.587 que no hubieren iniciado proceso en sede judicial, podrán optar por requerir la liberación de fondos en sede administrativa, la que deberá ser gestionada por los interesados por ante el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, por procedimiento administrativo gratuito, las que serán otorgadas en la estricta medida de las necesidades para las que se ha peticionado su destino. La liberación de los fondos respectivos será resuelta por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA en un plazo máximo de CINCO (5) días hábiles. En las Provincias en que ello no sea factible la presentación se efectuará ante la Sucursal correspondiente del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, que dentro de los DOS (2) días hábiles subsiguientes deberá elevarla a consideración del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, que al estimarlo ordenará a la entidad financiera que efectúe el pago que corresponda dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas de recibida la comunicación respectiva.

La denegación por parte del BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA será apelable dentro de los CINCO (5) días hábiles judiciales, por ante la CÁMARA EN

LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL que corresponda por razón del territorio, la que resolverá en trámite sumarísimo.

El recurso deberá presentarse debidamente fundado y será elevado a la Cámara respectiva dentro de los DOS (2) días hábiles de su interposición. En los supuestos en los que se hubiere iniciado demanda en sede judicial que no contaren con resolución cautelar o sentencia definitiva, los interesados también podrán optar por el procedimiento administrativo, previo desistimiento del proceso."

Consideramos groseramente inconstitucional a este Decreto, por los mismos argumentos que utilizamos al calificar de igual modo a los anteriores Decretos de Necesidad y Urgencia 214 y 320 y a la Ley 25.587.

En consecuencia, sintetizando concluyo que:

- a) Es atentatorio de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial.
- b) Es violatorio del art. 43 de la Ley Suprema y de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 25.
- c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad.
- d) En sus arts. 1 y 2 violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos.
- e) En su art. 4 es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativa Federal.
- f) Es violatorio del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, pues no cumple los requisitos exigidos para los decretos de necesidad y urgencia.

Además no se puede dejar de señalar que estos instrumentos son marcadamente arbitrarios las disposiciones que ordenan la intervención del Banco Central.

JURISPRUDENCIA

EL CASO SAN LUIS

Este caso “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/Acción de Amparo” fue iniciado por la provincia de San Luis en contra del Estado Nacional, del Banco Central de la República Argentina y del Banco de la Nación Argentina, en razón de depósitos a plazo fijo que fueron incluidos en el denominado “corralito” y no abonados a su vencimiento. La provincia demandante reclamó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 del Decreto de Necesidad y Urgencia 214/02, del artículo 3 de su similar 320/02), del Decreto 1570/2001 y del artículo 2 del mencionado Decreto 214/02, en cuanto dispuso convertir a pesos los depósitos en dólares a un valor de 1 = 1,40, y en consecuencia, la devolución de los plazos fijos en la misma moneda en que fueron impuestos o en pesos correspondientes a su valor en el mercado libre de cambios.

Fundamentó la inconstitucionalidad del corralito financiero y de la pesificación compulsiva en la violación de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Expresó además que no se restringió con razonabilidad el derecho de propiedad en razón de la emergencia, sino que se aniquiló el mismo y que los obstáculos para disponer de los recursos representaron un acto normativo del Estado Nacional que atentó contra el normal desenvolvimiento del gobierno de la provincia, con violación de la garantía federal y la autonomía provincial.

Luego del dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Eduardo Becerra, producido el 18 de septiembre de 2002, la Corte Suprema finalmente dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2003, con voto mayoritario del presidente Julio Nazareno (según su voto) y los ministros Moliné O'Connor, Fayt (según su voto), Vázquez (según su voto) y López y voto minoritario en disidencia de los ministros Belluscio, Boggiano y Maqueda.

En definitiva, se hizo lugar a la acción de amparo y se declaró la inconstitucionalidad del plexo normativo que estableciera el “corralito” y la pesificación, en lo que constituye una de las resoluciones más importantes y trascendentes que el alto tribunal dictara en toda su historia.

El Dictamen del Procurador General

Este dictamen, sólidamente fundado, debe ser comprendido y valorado por su especial relación con nuestra forma federal de Estado, dado que en la causa fue una provincia la que demandó al gobierno federal. Por ello, en cuanto al procedimiento, el procurador sostuvo la misma solución que la Corte, o sea la aplicación del trámite conciliatorio del artículo 36 inc. 2 del Código de Procedimientos Civil y Comercial, y sostuvo que “La Corte ha venido actuando, entonces, cuidadosamente tratando de resguardar los dos valores en juego: por un lado, el funcionamiento del sistema financiero en su conjunto y, por el otro, el derecho de propiedad de la provincia actora” .

También destaca el dictamen que en este caso existía una relación especial de Estado a Estado, pues *la situación de autos es por demás distinta de cualquier otra que se relacione con los depósitos a plazo fijo de un ahorrista particular y así lo ha entendido no sólo el Estado nacional al fijar las respectivas reglamentaciones sino también V. E. a lo largo de la presente tramitación, según se verá en adelante.*

En efecto, el Estado nacional ha reconocido con el Estado provincial —y éste la aceptó— una relación especial, de Estado a Estado.

Posteriormente el Procurador General sostiene que la Corte debe intervenir en virtud del artículo 127 de la Constitución Nacional para dirimir este conflicto interestatal. Al respecto dice el dictamen: *Aquí se aprecia la cuestión que en el sub examine se analiza no puede ser circunscripta dentro de los límites y los alcances de una simple contienda judicial entre la provincia de San Luis y el Estado nacional, sino antes bien debe ser encarada por el superior tribunal de manera ineludible utilizando el instrumento adecuado que le otorga la Constitución Nacional, en su carácter de custodio último de ésta. Para ello se tiene en cuenta que esta controversia puede afectar sustancialmente la esencia del sistema federal, uno de los pilares de nuestra ley fundamental, por lo que la Corte debe garantizar la tarea que le fue encomendada: fortalecer la unión, paz interior y bienestar general.*

El fallo de la Corte

Luego del rechazo de las excusaciones de los ministros Moliné O'Connor y Fayt y de la recusación efectuada al ministro Maqueda por los ahorristas y con la abstención de Petracchi, la Corte sentenció el caso, con votos de mayoría y de minoría.

Analizaré los que estimo los principales puntos del extenso fallo que tiene 55 considerandos, que corresponden en su casi totalidad a los del voto del presidente Julio Nazareno.

Consigno algunas de sus partes, para su mejor conocimiento y comprensión.

1. Los argumentos de los demandados

La Corte así sintetizó dichos argumentos en el considerando 11: *Que los fundamentos para defender el plexo normativo consisten sustancialmente en: a) la provincia se encuentra excluida de la reprogramación relativa a la devolución de las imposiciones bancarias; b) las cuestiones de emergencia que determinaron el dictado de las normas y que son el fundamento de legitimidad del plexo normativo que se debe examinar; c) la presunción de legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia; d) la*

modificación de las circunstancias jurídicas y fácticas posteriores al pronunciamiento de esta Corte en el conocido caso “Smith”; e) la no vulneración de derecho patrimonial alguno sino su reglamentación en virtud de la situación de crisis y necesidad pública existente; f) la irrelevancia, a los efectos de la decisión de este caso, de las disposiciones contenidas en la Ley 25,466, dado que, según sostiene, dicha normativa no puede crear una situación inmutable al dictado de leyes de emergencia; g) la necesidad de evitar corridas bancarias; h) el poder de policía del Estado para tomar medidas excepcionales; i) la convalidación por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica de leyes de emergencia en materia hipotecaria y la necesidad de responder a situaciones particulares con decisiones particulares; j) la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional; k) las situaciones que llevaron a la peor crisis de la historia argentina en los últimos cien años; l) la iliquidez del sistema financiero que impide responder en forma inmediata a la devolución de los depósitos.

2. Admisibilidad del amparo

Sobre esta cuestión de especial importancia, se expresa en el considerando 12: *Que si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos: 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208, entre otros), a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos: 323:2519, considerando 5), circunstancias que se configuran en el caso...*

3. Ratificación del precedente fallo “Smith”

Posteriormente el tribunal analizó la normativa que se fue dictando en torno al “corralito” a partir del Decreto 1,570 y en especial, la Ley de Emergencia 25,561, concluyendo en la ratificación del conocido fallo de la Corte Suprema de 1 de febrero de 2002 en el caso Smith, según lo dice el considerando 17.

4. Las consecuencias producidas por el Decreto 214/02 en los ahorristas

Luego la Corte, comienza el análisis del Decreto 214 de pesificación, en relación específica con los ahorristas, destacándose en el siguiente considerando 20, que: *Que ha de puntualizarse, en primer término, que se encuentra en debate la constitucionalidad de un aspecto del complejo régimen jurídico que modificó sustancialmente la política monetaria seguida por el Estado durante varios años, parte del cual fue objeto de examen por este tribunal en la causa “Smith” citada... No cabe juzgar, por consiguiente, a quienes se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años y celebraron operaciones comerciales y financieras dentro de él, sino determinar si el abrupto cambio de esa política estatal se efectuó dentro de los márgenes constitucionalmente aceptables para la validez de tales decisiones y, en caso de que ello no ocurriese, resolver la controversia de modo compatible con el marco jurídico en que aquélla se configura y la crisis en que se inserta... Cabe señalar que cada ahorrista, al imponer su plazo fijo, pudo optar por efectuar una operación de cambio, retirando los dólares a fin de atesorarlos o depositarlos a plazo fijo, para desvirtuar la tesis de que aquéllos concretaban operaciones meramente ficticias. El argumento de que los dólares eran ficticios no puede utilizarse para favorecer al banco en la relación jurídica sub examine: si el banco efectivamente carecía de los dólares correspondientes a la operación para afrontar su pago, la responsabilidad por las consecuencias de esta circunstancia debe recaer sobre éste, no sobre el depositante, ajeno a la realidad interna de la institución (artículo 902, Código Civil).*

5. Las consecuencias de la pesificación asimétrica y la solución, en este caso, solamente del problema de los ahorristas

La sentencia se refiere luego a las consecuencias de la pesificación asimétrica, precisando que el alcance de este fallo sólo se aplicará a la situación de los ahorristas.

Expresa en tal sentido el considerando 21: *Que el rasgo más saliente del sistema sub examine es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula, lo cual torna inequitativo dar aquí una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis abarcadas por la norma. Por ello, todo lo que aquí se considere y decida quedará circunscripto exclusivamente a la situación planteada en este pleito, en el que se en cuenta en juego la validez del artículo 2 del Decreto 214/02, sin que sus efectos puedan proyectarse, sin más, a los otros supuestos cuyas particularidades serán examinadas por este tribunal en la medida en que arriben a sus estrados, para resolver conforme corresponda en cada caso.*

6. La posible aplicación de la doctrina de los actos propios

Después, el fallo se refiere a una situación hipotética que altera la claridad del discurso jurídico desarrollado vinculada a la posible aplicación de la doctrina de los actos propios.

Sostiene el considerando 22: *Que, en el mismo orden de consideraciones, es menester señalar que la decisión que aquí se adopta carecerá de virtualidad en el supuesto de que la situación jurídica de la depositante se modifique o consolidase en virtud de la normativa cuestionada. Ello es así pues, si se configurase alguna de esas hipótesis, resultaría de aplicación la doctrina de este tribunal según la cual el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (cfr. Fallos: 255:216; 279:350; 290:216; 297:236; 310:1623, 2117; 311:1695 y 1880; 316:1802; 317:524, entre muchísimos*

otros; así como las previsiones de los artículos 724, 725 y concordantes del Código Civil y 17 de la Constitución Nacional).

7. La confirmación de la jurisprudencia anterior sobre los límites de la emergencia

El fallo después —en los considerandos 23 y 24— comienza el análisis del Decreto 214 en relación con la Ley de Emergencia 25,561 y confirma la jurisprudencia clásica de la Corte sobre los límites de la legislación de emergencia, en cuanto a la razonabilidad, limitación temporal y no afectación de la esencia de los derechos individuales.

8. El alcance de la revisión judicial en torno del Decreto 214/02

Sobre esta cuestión tan significativa, dice el considerando 25: *la facultad de revisión judicial encuentra su límite en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado, pues la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la nación (Fallos: 254:43; 321:1252, entre otros).*

9. Las dos fuentes constitucionales disímiles del Decreto 214/02

Inmediatamente después el fallo —en el considerando 26— señala las dos fuentes constitucionales disímiles que menciona este Decreto 214 (o sea los artículos 76 y 99 inc. 3, decretos delegados o de necesidad y urgencia), lo que también sirve para descalificarlo por esta razón, además de las otras que oportunamente señaláramos.

10. La imposibilidad de utilizar en este caso las dos fuentes de decretos

Aquí la Corte avanza en una interpretación constitucional de notable trascendencia —en los considerandos 27 a 30— en un análisis inédito en el derecho judicial argentino sobre la posibilidad o no del Poder Ejecutivo de ejercitar ambos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, en el caso de una declaración de emergencia efectuada por el Congreso.

11. La discordancia entre la Ley 25,561 y el Decreto 214/02

La sentencia luego profundiza el estudio de la desvirtuación de la Ley de Emergencia 25,561 por parte de ese Decreto dictado por el Poder Ejecutivo. Aparece entonces en los considerandos 32 a 35 la importancia del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema, ante la evidente defección del Poder Legislativo en el cumplimiento de su deber de controlar al poder delegado.

12. La incorrecta comparación con la jurisprudencia estadounidense

Asimismo el fallo descalifica el argumento utilizado al intentar asimilarse esta situación con la ocurrida en los Estados Unidos, con una legislación del Congreso sancionada en 1933, que diera origen a una jurisprudencia de su más alto tribunal, según se expresa en el considerando 36.

13. La intangibilidad de los depósitos, la violación del derecho de propiedad y la petición de los ciudadanos ante los jueces

Después, el fallo se refiere a la intangibilidad de los depósitos; tema que, cronológicamente, inicia el proceso del “corralito”, en el considerando 37.

Seguidamente, en los considerandos 38 a 41, la sentencia resalta las violaciones producidas al derecho de propiedad.

Destacamos también el interesante el considerando 42 donde la Corte hace referencia a los principios del sistema republicano, a la jerarquía de los derechos humanos y a la misión de los jueces en el control de constitucionalidad.

14. La emergencia no ampara el desconocimiento de los derechos constitucionales

El considerando 43 tiene particular trascendencia por la contundencia de sus afirmaciones y su claridad conceptual, en consonancia con lo que oportunamente sostuviéramos al respecto: *Dice enfáticamente la Corte: “La emergencia —como lo ha sostenido reiteradamente y desde antiguo esta Corte— no ampara el desconocimiento*

de tales derechos, por lo que no podría esperarse que el avasallamiento del derecho de propiedad fuese tolerado por el tribunal”.

15. Los derechos adquiridos y la seguridad jurídica

La sentencia luego insiste en los considerandos 47 a 49 en destacar la importancia del derecho de propiedad, de los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica, desconocidos por el Decreto 214/02.

16. Inconstitucionalidad de todo el plexo normativo del “corralito”

La Corte declaró la inconstitucionalidad de toda la pseudoestructura jurídica que implementara el “corralito”. Dice pues el considerando 51: *“Que las consideraciones precedentemente expuestas conducen a declarar la inconstitucionalidad del plexo normativo cuestionado”.*

17. El impacto sociológico del “corralito” y el alcance de las restricciones en la emergencia económica

También la sentencia hace referencia en el considerando 52 al impacto sociológico producido por el “corralito” que originara la presentación de miles de acciones de amparo, en lo que observamos como una interpretación dinámica de la Constitución.

El fallo luego reitera la tradicional doctrina de la Corte sobre los límites de las restricciones a los derechos durante la emergencia económica en el considerando 53.

18. La misión del Poder Judicial y la parte resolutive de la sentencia

Finalmente se expresa sobre este particular en el considerando 55: *En rigor, al Poder Judicial le está vedado juzgar el acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica; mas es incontrovertible que aquél debe controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, éstas se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios, sin que resulte posible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza*

jurídica. Ante tales circunstancias, cuando la ley y la reglamentación vacilan en sus propósitos y finalidades, es la jurisprudencia la que debe mantener su firmeza pues“ la interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes” (cfr. Alberdi, Bases, cit.).

Queda claro, pues, que no es el Poder Judicial quien está facultado para delinear el derrotero de la legislación. Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea. Pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos, so pena de transgredir el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional.

Por ello y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor procurador general se resuelve: I. Declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas; II. Ordenar al Banco de la Nación Argentina que reintegre a la provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares estadounidenses, o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre de cambios tipo vendedor al día del pago. De dichas sumas deberán deducirse las ya extraídas por el Estado provincial (ver alcances de la presentación de fs. 459/460). A este último efecto la diferencia deberá determinarse entre la suma retirada en pesos y el valor de cada dólar en el mercado referido a la fecha de la extracción; III. Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el Tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado.

19. El voto del ministro Carlos S. Fayt

De este voto destacaremos los que nos parecen los aspectos más relevantes.

a) Análisis de la crisis política, económica y social del país y diferencias de este caso con “Peralta”, que se efectuara en el considerando 14.

b) La “celada” de la Ley 25,466 de intangibilidad de los depósitos y la inconstitucionalidad del Decreto 1570/01 y el artículo 15 de la Ley de Emergencia 25,561. Fayt califica de esta manera a dicha Ley y se pronuncia por la inconstitucionalidad de la normativa citada, en su considerando 20.

c) La inconstitucionalidad del decreto 214/02. El voto se refiere a esta importante cuestión en los siguientes considerandos 21 a 25.

d) La jurisprudencia de la Corte sobre la legislación de emergencia y la interpretación dinámica de la Constitución. En este voto en los considerandos 27 a 30 también se reafirma la doctrina judicial de la Corte sobre la emergencia económica y la interpretación dinámica de la Constitución, siguiendo a la jurisprudencia estadounidense.

e) El derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución. En el considerando 36 se comienza con la aseveración transcrita, pero además se introduce en la temática de la interpretación constitucional.

f) La confiscatoriedad producida y su inconstitucionalidad. Fayt termina su voto con el considerando 39, declarando la inconstitucionalidad producida por la confiscación de los depósitos.

20. El voto del ministro Adolfo R. Vázquez

De este otro importante voto, resaltamos éstos aspectos: a) Los fundamentos de la inconstitucionalidad del Decreto 214/02. Según se indican sintéticamente en el considerando 6: Que a juicio de esta Corte la “pesificación” de los depósitos bancarios ordenada por el artículo 2 del decreto 214/02, resulta manifiestamente inconstitucional por tres motivos fundamentales:

a) no se trata de una medida comprendida en la delegación legislativa instrumentada por la Ley 25,561; b) no se encontraban presentes las condiciones exigidas por el artículo 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, para implementarla mediante decreto de necesidad y urgencia; c) viola nuevamente (desde perspectiva distinta de la considerada en el caso “Smith”) el derecho de propiedad amparado por el artículo 17 de la carta

fundamental, imponiendo una privación de ella equiparable a una expropiación sin ley previa ni justa indemnización.

Y más adelante, en los considerandos 13 y 14, continúa el análisis sobre el Decreto y su inconstitucionalidad.

b) Las diferencias entre las dos versiones del “corralito” y con el fallo en “Smith”. En este voto en su considerando 18 se advierte con claridad las diferencias entre las dos versiones del corralito, y con el fallo recaído en “Smith”.

c) La confiscación producida. También este ministro se refiere a la confiscación producida en el considerando 19.

d) El arrasamiento de la seguridad jurídica y el recuerdo de la opinión del juez Antonio Bermejo. Debe destacarse en este voto la referencia en el considerando 21 a la opinión de quien fuera uno de los más prestigiosos presidentes de la Corte, Antonio Bermejo, cuando se opuso a la convalidación de la legislación económica de emergencia, en el comienzo de una etapa jurisprudencial que duraría prácticamente 80 años a partir del caso “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”.

e) El acceso a la justicia y la inconstitucionalidad del Decreto 1316/02 y del artículo 1 de la Ley 25,787. Este voto analiza en su considerando 24 además, las inconstitucionalidades producidas por la normativa mencionada, al violentar el derecho de acceso a la justicia, tal como también lo sostuvimos anteriormente.

f) La obligación de devolver los depósitos es de los Bancos y no del Estado. Este tema, está consignado en el considerando 25, que dice: *Que definida la procedencia del amparo en los términos hasta aquí desarrollados, corresponde señalar con especial y particular énfasis que la presente sentencia no impone ninguna responsabilidad al Estado nacional en orden a la devolución de las divisas depositadas por la actora. El Estado nacional en esta causa es, en efecto, totalmente ajeno a cualquier deber de restitución, ya que no contrató con la actora, ni en autos ha sido declarada su responsabilidad frente a esta última por título alguno. Por el contrario, la admisión de los planteos de inconstitucionalidad formulados por la provincia actora, exclusivamente llevan a hacer exigible el deber de restitución que el Banco de la*

Nación Argentina (que es una entidad autárquica con autonomía presupuestaria y administrativa; artículo 1 de la Ley 21,799) asumiera frente a esta última según los certificados de depósito respectivos. Dicho de otro modo, el reintegro a la provincia de San Luis de sus depósitos bancarios, no debe ser de ningún modo cumplido según esta sentencia por el Estado nacional, sino pura, exclusiva y excluyentemente por la citada entidad bancaria, conforme a los términos contractuales propios de la operatoria.

g) La vuelta al respeto de la Constitución. El voto prescribe sobre la necesidad de retornar al respeto de la Constitución Nacional. Expresa pues el considerando 26: *Que, sentado lo anterior y como reflexión final, no es ocioso recordar que esta Corte ha destacado reiteradamente la necesidad de que los jueces no prescindan en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues estas últimas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482; 302:1284, entre otros). Mas la sola visión de las consecuencias, no se puede erigir en la única pauta orientadora de los fallos judiciales, ni es posible que a fin de evitarlas se convaliden normas manifiestamente inconstitucionales. La oposición a la Constitución Nacional podrá existir o no, pero si existe incumbe a los jueces declararla sin más, debiendo los otros poderes del Estado, en el ejercicio de sus facultades propias, arbitrar las soluciones que se ajusten al texto constitucional según la interpretación que rectamente los jueces le den. Esta Corte, como custodio último de la carta fundamental, no está dispuesta a resignar su misión en ese sentido y se equivoca quien no lo entienda así. Pues bien, si la República Argentina ha perdido en los últimos tiempos el horizonte de la Constitución, es hora de que vuelva al camino del cual jamás debió salir.*

21. El voto de minoría de los ministros Belluscio, Boggiano y Maqueda

Del voto de minoría destacamos las siguientes cuestiones:

a) Dificultades para fallar esta causa mediante el amparo. Luego de dedicar una serie de considerandos a la admisibilidad del amparo, que comprende un análisis histórico que

comienza con la disidencia del juez Tomás D. Casares, el voto concluye en la afirmación de que no se puede utilizar esta vía para resolver el caso.

En efecto, expresan los considerandos 30, 31 y 32: 30) *Que, en razón de lo expuesto, se advierte la complejidad fáctica y técnica del tema en debate que involucra el examen de intrincadas cuestiones financieras y bancarias, lo que impone que los jueces extremen la prudencia para no resolverlas por la vía expedida del amparo. En este orden de ideas, la indagación de las materias planteadas en el sub lite llevaría necesariamente a ponderar la política económica del gobierno para distribuir las pérdidas ocasionadas por una situación económica desorbitada.* 31) *Que debe recordarse que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308: 2246, considerando 4; 311:2128, entre muchos otros) y, menos aún, cuando la imposibilidad de las entidades financieras de responder a sus obligaciones exigibles trascendió la particular situación económica de cada intermediario para adquirir la dimensión de una crisis sistémica, cuyo examen presupone un análisis integral a fin de superar el descalce bancario. La cuestión atañe no sólo a la recuperación y desenvolvimiento de las entidades que operan en un ámbito decisivo para la buena marcha de la economía, sino también a la aptitud de éstas para coadyuvar a la devolución ordenada e igualitaria de las inversiones o ahorros.* 32) *Que las consideraciones precedentes no obstan al ejercicio del control de legalidad respecto del procedimiento y de las normas dictadas en relación al tema en debate; pero esto no puede tener lugar en el marco limitado de un amparo en el cual, conforme conocida jurisprudencia del Tribunal, se ha rechazado este remedio cuando la cuestión es compleja u opinable (Fallos: 248:837; 250:772; 252:64; 281:394, entre muchos otros), conclusión elaborada ya antes de la sanción de la Ley 16,986 y que mantiene su vigencia al cabo de la consagración institucional del instituto después de la reforma de 1994 (Fallos: 319:2955, entre otros).*

b) No se abre juicio sobre la cuestión de fondo. De todas maneras, es importante aclarar que estos ministros no abren juicio sobre el fondo de la cuestión debatida. Dice al respecto el considerando 43: *“Que estas consideraciones no importan [obligan] abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la amparista en orden a los derechos que entienden le asisten, la que podrá ser debatida y dilucidada por la vía pertinente”*.

c) La insistencia en la recusación efectuada al ministro Fayt, la nulidad del fallo y el rechazo del amparo promovido. Este voto de la minoría insiste en su considerando 44 en la recusación antes efectuada a Carlos S. Fayt para sostener la nulidad del fallo y rechazar finalmente la acción de amparo promovida.

EL CASO CABRERA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al expedirse en la causa: "Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ PEN" (2004), consideró que quienes aceptaron voluntariamente y sin reserva la pesificación o la desafectación de sus depósitos en dólares a la paridad establecida por el decreto 214/02, no podían pretender recuperar la diferencia cambiaria. Sin duda, el decisorio constituye un retroceso en el camino hacia la recuperación de un "standard" razonable de control de constitucionalidad, en relación al derecho a la propiedad, que había iniciado en los precedentes "Smith" y "San Luis". En efecto, en oportunidad de expedirse nuestro máximo tribunal en el fallo Banco de Galicia y Bs.As. s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo (2002)¹³⁰ declaró la inconstitucionalidad de las normas desestimando el recurso de apelación interpuesto por el banco¹³¹.

¹³⁰ Sentencia del 1/2/2002, L.L 2002-A,770

¹³¹ En el caso un ahorrista -el Sr. Smith- promovió acción de amparo tendiente a que se declare inconstitucional el decreto de necesidad y urgencia 1570/2001, en cuanto restringe la disponibilidad de los depósitos bancarios mediante la prohibición de extraer más de 250 pesos o dólares semanales por

El Tribunal mas allá de reconocer la crisis económica consideró que el decreto y las normas dictadas posteriormente contienen tres abusos en relación a la Constitución: a) Un exceso en el uso de las facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art.17,18 y 28 de la C.N. en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares (considerando 11), b) una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de la legislación anterior como ser la que garantizaba la intangibilidad de los depósitos (considerandos 12°,13° y 14°), c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjunto de medidas financieras adoptadas provocó un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social, en consecuencia las restricciones cuestionadas carecen de razonabilidad y proporción -considerando 15°- e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre (considerando 9). Al año siguiente en la sentencia “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional” (2003)¹³² la Corte sostiene y aún, amplía el criterio protectorio del derecho de propiedad.

La Provincia de San Luis, en instancia originaria, promovió acción de amparo para que el Banco Nación le restituya en la moneda de origen –dólar estadounidense- fondos públicos de su propiedad que había constituido en dicha entidad, impugnando el bloque normativo conformado por el “corralito financiero” y la “pesificación” de ahorros en moneda extranjera. La Corte declaró inconstitucional el régimen cuestionado, ordenó la devolución en dólares o la cantidad de pesos necesaria para obtenerlos en el mercado libre y estableció que las partes acuerden forma y plazo de restitución dentro de los 60 días de quedar firme la sentencia. Los puntos sobresalientes de la sentencia fueron los siguientes: a) Es inconstitucional la “pesificación” de los ahorros en moneda extranjera

titular de cuenta en cada banco. Pidió como medida cautelar que se le devolvieran las sumas depositadas en plazo fijo una vez operado el vencimiento. El banco depositario interpuso recurso de apelación por salto de instancia en los términos del artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
¹³² Sentencia del 2/3/2003. Suplemento especial del Diario La Ley, 6/3/2003, Con comentario de Walter Carnota p. 2,4 y 30

–art. 2º, decreto 214/02-, pues el Poder Ejecutivo, mediante dicho régimen, transformó compulsiva y unilateralmente la sustancia de tales depósitos, disponiendo su conversión a pesos con apartamiento de lo dispuesto en la ley de emergencia pública 25.561, consagrando una grave lesión al derecho de propiedad –art. 17, Constitución Nacional-. b) La “pesificación” de las imposiciones bancarias en moneda extranjera –a razón de \$1,40 por 1U\$S- atenta contra el principio de razonabilidad, ya que si bien en situaciones de extrema gravedad es legítimo exigir a los miembros de la sociedad un sacrificio en virtud del principio de solidaridad social, dicho régimen no efectúa una distribución equitativa del perjuicio, haciendo recaer mayormente sobre el ahorrista los efectos perjudiciales de la crisis, excediendo el ejercicio válido de los poderes de emergencia. c) El sistema jurídico conformado por el “corralito financiero” y la “pesificación” de depósitos, al vulnerar los derechos adquiridos de los ahorristas mediante la modificación de la moneda de origen –pese a un régimen que garantizaba categóricamente su inalterabilidad-, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía de la propiedad –art. 17, Constitución Nacional- y destruido la seguridad jurídica, con olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido, pues la misma no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

Este precedente implica, una reivindicación de la inviolabilidad de la propiedad privada, eje de nuestro sistema jurídico. En este fallo la Corte les aseguró a los argentinos que sus depósitos son inviolables, que el cómo y cuándo se les devolverían es lo que se vería en cada caso puntual. No podrá alterarse y resulta claro que en adelante algo no podrá cambiar la Corte en ninguna sentencia y es que, “La pesificación compulsiva del art. 2 del decreto 214 es inconstitucional”, no podrá decir en otros casos que es constitucional. Sin duda es un buen retorno a un “Standard” razonable y, una vuelta del camino a la convalidación del aniquilamiento del derecho de propiedad, cuyo símbolo paradigmático fue el caso “Peralta”¹³³.

¹³³ Peralta, Luis Arsenio c/ Estado Nacional s/ amparo” CSJN Fallos, 313: 1513. Sentencia del 30-12-1990.

En la sentencia “Cabrera” si bien la Corte se preocupa por aclarar que esta decisión no implica, expedirse sobre el fondo de la cuestión- o sea, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios- consideró que la elección que hicieron los ahorristas en cuanto a la pesificación de sus depósitos en dólares, fue “voluntaria” y no forzosa, con lo que cierra la posibilidad, en el caso, de reclamar las diferencias cambiarias. Lo que hizo presumir que se decidirá de igual manera en los llamados “amparos de segunda generación” en los que no ha habido al momento de retirar los fondos “expresa reserva”. Con ello, quedaron nuevamente “desamparados” todos los ahorristas que coaccionados por las medidas confiscatorias que el Estado tomó en el período 2001/2002 aceptaron la pesificación de sus depósitos bancarios realizados en moneda extranjera, como única salida.

El ahorrista Gerónimo Cabrera y otros habían solicitado percibir la diferencia motivada por la paridad cambiaria por la cual aceptó que se cancelara su depósito. El actor poseía la suma de U\$S 28.342 depositada en una caja de ahorro en dólares al 11 de enero de 2002 que, posteriormente, convertida en pesos a la relación de cambio de \$ 1,40 por dólar, fue acreditada en moneda nacional -\$ 39.678,80- en una caja de ahorro en pesos, el 15 de febrero de ese año. La Cámara rechazó la acción de amparo, mediante la cual los actores plantearon la inconstitucionalidad de la ley 25.561, de los decretos 1570/01, 71/02, 141/02, 214/02 y 320/02 y de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 46/02 del Ministerio de Economía, en procura de que se les abone -con relación a una inversión en dólares estadounidenses efectuada en el Citibank- la diferencia entre la suma que les fue acreditada en pesos a la relación de cambio fijada por el artículo 2° del decreto 214/02 (\$ 1,40 por dólar), y la que hubiera resultado de realizar tal conversión según el valor de esa moneda extranjera en el mercado libre. La Cámara basa su argumentación 1) en que si bien la conclusión del juez de primera instancia en cuanto a la inconstitucionalidad de la normativa impugnada coincidía con doctrina precedente de esa sala, en el presente caso el actor había optado voluntariamente por desafectar de la reprogramación la totalidad de los fondos pesificados de su cuenta de ahorro en dólares, y 2) en que no corresponde reconocer la aludida diferencia de cambio por los dólares que el interesado

aceptó convertir a una cotización menor a la del mercado, en tanto se trató de una opción voluntariamente elegida por aquél entre las ofrecidas a partir del dictado del decreto 214/02 para concluir con el régimen de indisponibilidad de los depósitos. En esta línea de razonamiento, agrega, según jurisprudencia de esta Corte, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico obsta a su impugnación con base constitucional. Contra tal sentencia, Cabrera dedujo recurso extraordinario basando sus agravios en que la ley 25.561 y el decreto 214/02 son irrazonables e inválidos desde el punto de vista constitucional. Asimismo se agravio en que el régimen instituido por tal decreto tiene carácter compulsivo; que no hubo "voluntariedad" en la opción ejercida por los actores; puesto que no se trató de una decisión libre sino forzada por un estado de necesidad derivado de los problemas de salud padecidos por la madre de la coactora; motivo por el cual se inclinaron por el que consideraron "mal menor" en dicho momento. Por lo tanto, sostuvo que a) no es aplicable, en el caso, la teoría de los actos propios; b) que se vulneraron los derechos a la salud y a la propiedad, c) se desconocieron derechos adquiridos y d) que la sentencia es arbitraria.

La Corte, con el voto de los Ministros Belluscio, Higton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni (conformaron la mayoría) y los Ministros Fayt, Boggiano, y Vázquez, según su voto, decidió rechazar el recurso extraordinario planteado por el amparista, utilizando básicamente dos argumentos, desarrollados en los considerandos 4° y 5° ellos son: *1) deja establecido, "que la decisión de la cámara se apoya en la antigua y uniforme doctrina de esta Corte, expuesta a partir de Fallos: 149: 137, según la cual, con relación a los derechos patrimoniales, hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte que la objeta, por un acto anterior, ha excluido la posibilidad de ser oída sobre su validez; ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección". Esto es, entonces, que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y que ello sucede*

cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías (Fallos: 255:216, considerando 3°) o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar (Fallos: 187:444; 275:235; 279:283). De manera tal que no puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes el particular que antes de la iniciación del juicio renunció al derecho que alega (Fallos: 249:51).

2) Deja sentado que es correcta la aplicación que la cámara hizo de la reiterada jurisprudencia de la Corte en sentido que, “el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional.-” (Considerando 5°). Por lo tanto, consideró que el actor optó por un mecanismo que le permitió desafectar sus depósitos en moneda extranjera de las conocidas restricciones entonces vigentes a su disponibilidad, y lo ha hecho percibiendo los importes respectivos a la paridad establecida por el art. 2° del decreto 214/02, con lo cual -al no mediar reserva- corresponde considerar extinguida la obligación que pesaba sobre el banco depositario. De tal manera, “al haber el demandante realizado actos que importaron la liberación del deudor, no puede luego ponerse en oposición a ellos y reclamar una diferencia motivada por la paridad cambiaria por la cual aceptó que se cancelara su depósito, aduciendo la inconstitucionalidad de las normas que establecieron el régimen jurídico de emergencia. Dicho en otros términos, al tratarse de derechos patrimoniales -de los cuales su titular puede disponer e incluso, como se señaló, renunciarlos expresa o tácitamente- si aceptó el pago de su depósito a la paridad establecida por el art. 2 del decreto 214/02 sin efectuar reserva alguna no puede sustraerse de las consecuencias de dicho acto” (Considerando 7)

Improcedencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

La corte ha sostenido que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior

con base constitucional. Esto implica que en el caso se aplicó la denominada “teoría de los actos propios”. Ahora bien, ¿Es aplicable al caso esta doctrina? La reiterada jurisprudencia de la Corte en que se ha argumentado con base en esta doctrina, exige que el comportamiento de los actores haya sido deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz para que resulte aplicable la doctrina de los actos propios, conforme lo expreso en fallos: “Funes”¹³⁴ “Supeña”¹³⁵ “Miolato”¹³⁶ “Dickman”¹³⁷ “Szilaguyi”¹³⁸ “Guitard”¹³⁹ “De Miguel”¹⁴⁰ entre otros. En 1969 en oportunidad de fallar “Funes Telesforo c/ Colegio de Escribanos de Córdoba”¹⁴¹, el principio se aplicó al caso de un escribano que impugnaba la colegiación obligatoria y el aporte a un fondo común de sus honorarios profesionales, en los términos de las leyes 4138 y 4215 de Córdoba, el tribunal de la causa fundado en las alegaciones de las partes y en las pruebas producidas, estimó acreditada una conducta anterior del actor que importaba renuncia tácita, pero indudable, a la alegación de inconstitucionalidad. La Corte, confirma la sentencia y en la oportunidad señaló que “...Las garantías que la Constitución acuerda en defensa de los derechos de propiedad de los habitantes de la Nación pueden ser renunciadas y ello ocurre cuando antes del pleito el litigante ha asumido una actitud que supone reconocer la validez de la ley que se pretende impugnar...” (Considerando 6). En la sentencia “Miolato de Krebs Adelaida c/ Krebs Walter s/ divorcio”¹⁴² el tercerista y el marido divorciado vendedor de un inmueble habían renunciado al derecho de demandar la inconstitucionalidad del artículo 3 del decreto-ley 11643/63 de la Provincia de Buenos Aires adhiriendo al sistema de dicho ordenamiento, al solicitar y obtener, aunque tardíamente, la inscripción del inmueble en el respectivo registro. Aquí la Corte confirmó la sentencia apelada (por

¹³⁴ Fallos: 275:235

¹³⁵ Fallos:275:459

¹³⁶ Fallos 294:220

¹³⁷ Fallos 300:480

¹³⁸ Fallos 307:1602

¹³⁹ Fallos 312:1706

¹⁴⁰ Fallos 313:367

¹⁴¹ Fallos: 275:235 Sentencia del 03.11.1969

¹⁴² Fallos: 294:220 Sentencia del 11.03.1976

el tercerista y el esposo divorciado) con fundamento en que no se había cuestionado válidamente el régimen al cual se sometían. El máximo Tribunal afirma que “...*Si la hipotética inconstitucionalidad del régimen legal cuestionado cede ante el sometimiento, sin reservas, del interesado a la norma que ahora pretende impugnar, es de aplicación el principio que esta Corte sostiene desde antiguo de que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada*”

También en oportunidad de expedirse en “De Miguel Alfredo Jorge y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”¹⁴³ donde se reclamaban diferencias salariales la Corte hizo lugar a la queja interpuesta por la empresa demandada vencida en autos toda vez que el acuerdo por el cual se reclamaban las diferencias salariales se fundaba en un acuerdo global celebrado entre la empresa demandada y el sindicato, con posterioridad a la traba de la litis. La Corte reitera que...“*nadie puede ponerse en contra de sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, salvo que el comportamiento sea deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz...*” (Considerando 3)

La doctrina constitucional¹⁴⁴ ha establecido que existen tres clases de limitaciones a las consecuencias que implica someterse voluntariamente a un régimen legal (teoría de los actos propios): 1) que el acatamiento del régimen jurídico en cuestión haya sido voluntario, 2) que el acatamiento se realice en iguales condiciones fácticas y jurídicas a las existentes en el momento de la impugnación posterior y c) el sometimiento debe darse en el marco de la misma relación bajo la cual se formula la impugnación. Entonces, debemos analizar si cuando no ha existido sometimiento voluntario igualmente debe aplicarse la teoría de los actos propios. Esta doctrina se basa en el

¹⁴³ Fallos 313:367 Sentencia del 29.03.1990

¹⁴⁴ Bianchi, Alberto B. “Control de Constitucionalidad”, Ed., Ábaco, 2002, T.2, p.44. Gil Domínguez, Andrés, “Restitución de la Diferencia de Cambio Derivada de la Pesificación Forzosa”, L.L, 2003-F, p.1375. Torricelli, Maximiliano “ El Sistema de Control de Constitucional Argentino” Lexis nexis-Depalma, 2002,p.158

principio de la buena fe lo que se busca es condenar a quien actuó con malicia, no a quien no ha tenido una diligencia excesiva.

Con anterioridad al fallo Cabrera la doctrina especializada¹⁴⁵ sostenía que los ahorristas argentinos que aceptaron la pesificación no lo hicieron como producto de una decisión libre o tan siquiera voluntaria, sino en una situación que les proponía en forma perentoria la opción de la pesificación frente a extremas y urgentes necesidades. Asimismo que, los actos propios jurídicamente relevantes sólo pueden constituir un límite al ejercicio posterior de los derechos cuando la voluntad, se haya manifestado libremente y además exista otra opción alternativa. Ello no ocurre en el caso de la pesificación, porque todas las “opciones” violan por igual los derechos y garantías de los ciudadanos. En el caso de la pesificación compulsiva no puede hablarse de libre voluntad cuando en realidad se debe elegir entre dos opciones que son violatorias de derechos fundamentales¹⁴⁶. Sin embargo, la doctrina basada en que no se puede cuestionar la constitucionalidad de un régimen normativo al que alguien se somete voluntariamente admite excepciones en los casos en que la aceptación a tal régimen es la única posibilidad para poder ejercer un derecho. Eso es, justamente lo que ocurrió en el caso, el tribunal aplica la regla y no las excepciones¹⁴⁷

Siendo entonces, la única oportunidad para ejercer ese derecho, no podemos considerar, que se han dado los supuestos de “sometimiento voluntario” o “elección”. Los ahorristas argentinos que querían recuperar el dinero incautado por el Estado no tenían otra elección posible que recuperar “lo que se pueda” y después reclamar por el resto. Es impensable que nadie, voluntariamente pudiera elegir perder un porcentaje de sus ahorros en manos del Estado o de los Bancos.

¹⁴⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Otro ladrillo en la pared, otro golpe a la constitución”, L.L, 14/7/2004, p.9 allí se pregunta ¿cómo es posible sostener que en la peor crisis social económica y financiera que padeció nuestro país, las personas que “eligieron” retirar sus dólares a un tipo de cambio menos al que estaba fijado en el mercado libre lo hicieron sin ninguna clase de coacción?

¹⁴⁶ Azvalinsky, Alejandro y Scaglia, Gabriel, “ Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propio e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperan pesos”, JA, 23/4/2003

¹⁴⁷ Manilli, Pablo, L. “La Constitución Nacional es de Orden Público y no admite Acuerdo en Contrario”, Suplemento Especial, L.L, 14/7/2004, p.12 y 13

Queda claro, entonces, que en el caso de autos el sometimiento del accionante a las disposiciones referentes a la pesificación no ha sido voluntario sino que se debe a que la pesificación era el único camino viable para obtener la disponibilidad, “aunque sea” de una parte de los depósitos.

La exigencia de falta de reserva expresa

¿Puede el Estado argentino -en este tema puntual- invocar seriamente que la “falta de reserva expresa”, como en el caso es óbice a la concreción de un derecho fundamental? La respuesta, claro, es no. Es necesario revisar brevemente algunos antecedentes para tener una visión completa en relación a las circunstancias que rodean a los fallos relacionados con el denominado “corralito financiero”.

El Estado argentino asegura la estabilidad económica y monetaria mediante las leyes 23,928, 24,445 y 25,466 que garantizó la intangibilidad de los depósitos- generando un marco en el cual las partes realizaron negocios jurídicos -con las consiguientes obligaciones- y ahorraron en moneda extranjera, fundamentalmente en dólares estadounidenses.

En el año 2002, con parecidos fundamentos a los del decreto 1570/01 o sea, reordenar la economía, evitar el colapso del sistema financiero agregándosele el del restablecimiento del orden público debido a la grave crisis social se dictan los decretos de necesidad y urgencia 214/02 y 320/02 aclaratorio del anterior- . Por medio del decreto 214/02 se pesifican todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa y origen, según el art.1. Además estableció un régimen para los depósitos en dólares y deudas en moneda extranjera del sistema financiero como del sistema privado (artículos 2, 3 y 8) manteniendo, en el caso de los depósitos la indisponibilidad absoluta. En su artículo 2 al disponer la pesificación compulsiva a \$1,40 no preserva el capital y altera los términos de las obligaciones originarias violando, además del derecho de propiedad,- artículo17 CN-, el derecho a la defensa del valor de la moneda –artículo 75, inciso 19 CN- Por su parte el artículo12 del decreto establecía que "*A partir del dictado del presente decreto, se suspenden por el plazo de 180 días la tramitación de todos los*

procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto 1570/01...".

Esta normativa, implicó ¹⁴⁸ a) la suspensión de la garantía de la defensa en juicio contemplada en el artículo 18 de la constitución; violando el derecho básico a la efectiva tutela judicial, b) vulneró las condiciones establecidas en el artículo 99 inciso 3, toda vez que “ las circunstancias no hacían imposible seguir con el trámite ordinario para la sanción de leyes” único caso en que la constitución permite que dicten decretos de necesidad y urgencia, c) pretendió legislar sobre cuestiones expresamente reguladas en la ley 25,561 29 y la ley 25,563 alterando la voluntad expresa del Congreso de la Nación en la materia, porque si bien la ley disponía la modificación del régimen cambiario; al momento de la reestructuración de las obligaciones afectadas debía considerarse el impacto producido por tal modificación, y en relación a los depósitos, consagró expresamente que el Poder Ejecutivo dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas en moneda extranjera, d) si viola entonces, las normas constitucionales que expresa y estrictamente contemplan la excepción a la regla “ *el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*”...y, además establece que la normativa no puede cuestionarse en sede judicial, incurrió, sin duda, el Poder Ejecutivo en la conducta tipificada en el artículo 29 de la Constitución Nacional, “*otorgar o ejercer la suma del poder público*”, acreedores de la pena de los “*infames traidores a la patria*”, e) se vulneró, asimismo, todo el “paquete” de normas afines y /o complementarias a estas contempladas en los tratados de derechos humanos del artículo 75, inciso 22 que gozan de jerarquía constitucional ¹⁴⁹

¹⁴⁸ Cayusso, Sunana G., “Acción de Amparo e Inconstitucionalidad de los Decretos 214 y 320/02”. L.L, 22/2/2002, p.1. También “Emergencia, Razonabilidad y Cuestión Constitucional”, LL,2004-A, p.1309

¹⁴⁹ Slaibe, María Eugenia, “ Los Derechos Humanos y las Leyes de Emergencia”, LL, 7/3/2002, p.1/3

La emergencia económica es susceptible de justificar restricciones razonables al derecho de propiedad, de distintos grados¹⁵⁰, pero pretender su total aniquilamiento y que, además no pueda ser cuestionado en sede judicial quiebra el sistema constitucional y el orden democrático en los términos del artículo 36 de la Constitución Nacional¹⁵¹. Gelli¹⁵² en oportunidad de comentar “Smith” afirma que, el Estado de derecho constituye un Estado de razón en el que se exige de los gobernantes y gobernados conductas razonables, es de toda evidencia que el Estado de derecho en Argentina se encuentra en emergencia. En otras palabras, la responsabilidad de los funcionarios públicos les impone proveer soluciones a las crisis económicas y sociales sin aniquilar el sistema de reglas constitucionales basadas en el principio de razonabilidad establecido en el artículo 28 de la Ley Suprema. Sin embargo, la crisis financiera ha contaminado el sistema jurídico a punto tal que las reglas de derecho sancionadas son incumplidas por otras dictadas por los mismos cuerpos legislativos o gubernamentales; se ha perdido la seguridad y la confianza en que se dirimirán los conflictos con un mínimo de justicia y de acuerdo con un orden previamente establecido. Por su lado Sagüés¹⁵³ estimó, en relación a la intangibilidad que, la misma establecida por ley 25,466 proclamó enfáticamente a favor de los ahorristas argentinos un régimen protectorio de sus inversiones que generó para ellos, constitucionalmente, un derecho adquirido. Este derecho no puede ser válidamente alterado después, aún por emergencia pública como fue la 25,561. No es honesto, por cierto, que el Estado prometa solemnemente por ley honrar los depósitos y a los pocos días afectarlos.

¹⁵⁰Basterra, Marcela “El Derecho de Propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-2003) ¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia? AAVV, Asociación. Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, T.I p.127/170

¹⁵¹ Basterra, Marcela, “Defensa del Orden Institucional y del Sistema Democrático. Artículo 36 de la Constitución Nacional. Derecho de Resistencia a la Opresión. Ética Pública”. Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N° 156- abril de1999

¹⁵² Gelli, María Angélica, “El caso “Smith” (o la razonabilidad cuestionada), LL, t.2002-B, p.790. también “Cuestiones de delegación legislativa”, Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 158, p.5, 10/6/99

¹⁵³ Sagües Néstor P., "La Protección de los Derechos Adquiridos", Diario La Nación, 03/02/02

Bidart Campos en un trabajo titulado “Que la inocencia les valga”¹⁵⁴ explica con una claridad inigualable que hay dos axiomas que son 1) que nadie puede alegar su propia torpeza 2) que nadie puede ir contra sus propios actos. En ambos se alberga una pauta para que la torpeza propia no redunde en perjuicio de terceros, y para que los terceros que en su buena fe tuvieron en cuenta un acto ajeno para entablar con su autor una relación jurídica, no sufran daño si ese mismo autor va, posteriormente, contra su propio acto anterior. Así, continúa el autor, lo que en septiembre de 2001 estableció la ley 25,466 -sobre intangibilidad de los depósitos-, con mucha inocencia, creímos que los depósitos dinerarios –en pesos o en moneda extranjera- a plazo fijo y a la vista, captados por entidades financieras autorizadas y declarados “intangibles”, no podrían sufrir alteración alguna en las condiciones pactadas. La ley dijo que el “Estado” era el obligado a no alterar dichas condiciones “en ningún caso”, y mencionaba prohibiciones. Agregando que “la presente ley es de orden público”, y que los derechos “serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional”. Pero poco después, el 6 de enero del 2002, el artículo 15 de la ley 25,561 suspendió la aplicación de la 25,466. ¿Y la intangibilidad? ¿Pudo el propio Estado invocar su propia torpeza? ¿Pudo volver contra su acto propio? ¡Claro que sí! ¡El Estado lo pudo todo! Le basta colocar el cartelito de la emergencia, y no pasa nada. Lo intangible deja de ser intangible, los derechos dejan de ser adquiridos, la protección del artículo 17 de la Constitución se evapora. Los depósitos son intangibles, pero la intangibilidad está suspendida. ¡Que la inocencia te valga!

Entonces como bien sostiene Wetzler Malbrán¹⁵⁵ si se le aplica al ahorrista que no dijo reservo mi derecho a reclamar la diferencia (ábrete sésamo para poder promover el amparo), será elemental aplicarla también al Estado que sí dijo: Quédense tranquilos, que sus depósitos no serán tocados, y lo dijo nada menos que a través de una ley que se autoproclamó de orden público, como fue la ley 25,466 llamada paradójicamente intangibilidad de los depósitos en el sistema financiero.

¹⁵⁴ Bidart Campos, Germán, ¡Qué la inocencia te valga!, la ley, 24 de abril de 2002

¹⁵⁵ Wetzler Malbrán, Ricardo “ La Doctrina de los Propios Actos aplicada a la pesificación de los ahorros y una reflexión importante para los casos futuros de “corralito”, ED, 21/7/2004, p.2

La ley 25,561 que suspendió a la anterior configuraría, así, una violación de la teoría de los actos propios emergente del propio Estado, toda vez que resulta, obviamente, contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Este accionar estatal fue reconocido por la propia Corte en el fallo “Provincia de San Luis,- en el voto del Dr. Fayt (considerando) 18¹⁵⁶ No es serio, no es coherente, desestimar la acción del ahorrista por haber omitido dejar constancia de su reserva, y homologar, de otro lado, la conducta del Estado que, primero otorga un reaseguro a la garantía constitucional que tutela la propiedad, a través de una ley sancionada para afianzar la confianza de los ahorristas, enfatizando que es “de orden público”, y que sólo meses más tarde “suspende” la promesa “hasta nuevo aviso” Si hay rigor, debe ser para todos, y es más, doblemente para el primer responsable de garantizar la confianza pública en las “reglas del juego”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Que si bien es claro que el crédito de la provincia actora contaba con suficiente amparo constitucional el Congreso quiso añadirle una protección específica al sancionar la ley 25.466. Esta dispuso que todos los depósitos captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central, fuere en pesos o en moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, serían considerados intangibles (art. 1°). El art. 2° de la ley definió dicha condición disponiendo que "el Estado Nacional en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de deuda pública nacional, u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes". El art. 3° añadió que "la presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el art. 1° de esta ley serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional". Esta ley, como se expresó, innecesaria a la luz de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, fue sancionada con la finalidad de garantizar el respeto por los depósitos. Dan cuenta los debates parlamentarios de que frente a las especulaciones que se habían generado en la opinión pública -"desde la devaluación de nuestra moneda, confiscación de los depósitos, hasta una moratoria en el pago de las obligaciones por parte del Estado Nacional", el Congreso juzgó necesario "...llevar un mayor grado de certidumbre a los inversores y a la población en general (...) de manera de evitar así que continúe un estado deliberativo cuya incertidumbre conlleve a una mayor disminución de los depósitos y reservas...", ya que "...como la confianza en el sistema de crédito es un ingrediente crucial, sin el cual el sistema financiero dejaría de existir, el Estado se transforma en un celoso regulador de las entidades tomadoras de depósitos, para resguardar los fondos de los administrados", en la medida que "...tal intromisión regulatoria del Estado podría dar lugar a abusos que, so pretexto regulatorio, terminen resultando confiscatorios para los dueños de los depósitos".

¹⁵⁷ Wesler Malbran, Ricardo, op. Cit. Nota 38

Procedencia del amparo

Otras de las cuestiones que merece atención es el planteo que surge, del voto del Juez Boggiano, en sentido que la acción de amparo no es en el caso, el medio judicial más idóneo. En efecto, expresa su voto que si *“el pago recibido por la actora constituyó un acto jurídico válido, que, por ende, tuvo efecto cancelatorio de la obligación de su deudor; caso en el cual la pretensión que motivó este pleito hallaría un obstáculo insalvable en la aludida doctrina de sometimiento voluntario al régimen que se tacha de inconstitucional. Y si se llegase a la conclusión de que el pago mencionado fue inválido por demostrarse la existencia de un vicio en la voluntad, originado en el carácter compulsivo de las normas vinculado a la situación de necesidad que dijo padecer la actora, procedería indagar entonces si dicho régimen es manifiestamente arbitrario o ilegal” (considerando 6) “Que la primera cuestión, tal como ha sido planteada por la parte actora, requiere dilucidar aspectos de hecho y prueba que exceden el marco procesal del amparo. Ello es así, puesto que no sólo debe ser manifiesta la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión que se impugna, sino que también debe ser evidente el gravamen que tal acto u omisión le ocasiona al amparista, lo que en el sub-lite no ocurre pues para ello debe demostrar, con amplitud probatoria adecuada, que no puede atribuirse al pago recibido ningún efecto liberatorio de la obligación debido a la presencia de la situación de necesidad alegada. Y la prueba de este extremo no es propia de una acción expeditiva y rápida (considerando7)*

Tal como en principio lo planteáramos implica un claro retroceso en relación a la propia jurisprudencia de la Corte toda vez que en el precedente San Luis en el voto de la mayoría se reconoce expresamente que *“si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos: 280:228; 294:152;*

299:417; 303:811; 307:444; 308: 155; 311:208, entre otros), a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales circunstancias que se configuran en el caso (considerando 12)

En efecto, afirma la Corte, “el planteo formulado por la amparista se reduce a la confrontación entre el marco normativo bajo el cual se efectuó el depósito en moneda extranjera y el que impugna por esta vía, que somete a condiciones sustancialmente diferentes a su restitución, con severa lesión del derecho constitucional de propiedad. La incidencia patrimonial de los actos calificados como ilegítimos, se traduce -según la amparista- en el evidente apartamiento entre el valor consignado en el título en la moneda de origen -conforme la cotización que diariamente se publica en la prensa, aun en la no especializada- y el que se pretende restituir por aplicación de las normas cuestionadas. La concreta comprobación del grado de esa afectación no resulta -en este estado- determinante para la admisión de la vía intentada, pues esas alteraciones económicas sólo son posibles dentro del marco normativo cuya incompatibilidad con la ley Fundamental constituye la sustancia del planteo, sin que sea relevante la eventual confiscatoriedad de la afectación para juzgar la validez constitucional de las normas cuestionadas (conf. T.348 XXXVIII "Tobar, Leónidas c/ E.N. M° Defensa Contaduría General del Ejército Ley 25.453 s/ amparo, Ley 16.986", sentencia del 22 de agosto de 2002)”.

La acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (arts. 1° y 2°, inc. d, de la ley 16,986), requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla.

Por otra parte este criterio no ha variado con la reforma a la constitución de 1994, en cuyo artículo 43, primer párrafo reproduce, en cuanto a los requisitos de procedencia el citado artículo 1 de la ley reglamentaria.

Estos son entonces y se deben comprobar en cada caso y en este concreto que se dé a) la necesidad de una vía expedita y rápida, b) afectación actual o inminente, c) existencia

de lesión, restricción, alteración, amenaza d) existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y e) la afectación se produzca a derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado y una ley.

En cuanto al medio judicial más idóneo, debemos citar el alcance que le da Gil Domínguez¹⁵⁸ en cuanto que la fórmula gramatical “medio judicial más idóneo” tiene los siguientes alcances: a) el amparo procede a pesar de la existencia de la vía administrativa, o sea, no es necesario agotar el procedimiento administrativo para poder interponer un amparo; ningún magistrado puede rechazar in limine una acción de amparo argumentando que el afectado no agotó la instancia administrativa; b) siempre que existiera un acto u omisión de autoridad pública o de un particular, que de forma manifiesta y palmariamente arbitraria o ilegal, violento o amenace, derechos o garantías reconocidos por la constitución, la ley o un tratado, en principio el medio judicial más idóneo es el amparo -procedimiento sencillo, breve, rápido y efectivo, art. 75, inc. 22, C.N.- en tanto depare la mayor cobertura y protección posible al derecho/s conculcado/s; c) si existieran vías procesales que son igualmente idóneas, dada la equivalencia, y por no existir una más idónea, el afectado puede optar por el amparo; y d) si existiera un medio judicial más idóneo en relación con el objeto del proceso, o sea que la demora usual de los procesos alternativos no tornara ilusoria o más gravosa la decisión que en definitiva se dicte corresponde al tribunal interviniente demostrar la mayor idoneidad del trámite ordinario con relación al amparo promovido. Aplicando estos conceptos al caso concreto, el actor interpone un amparo para obtener una decisión jurisdiccional en un tiempo razonable en el marco de un proceso dotado de celeridad. Por lo tanto la tarea de control de constitucionalidad, en el caso, que importa para analizar la procedencia de la acción de amparo, es verificar si al momento de su interposición existe o no una lesión constitucional de un derecho fundamental o una garantía institucional.

¹⁵⁸ Gil Domínguez, Andrés. “ Constitución, Emergencia y Amparo”, Ed. Ad.Hoc, 2002, p.60/66

No se discute en el caso la avanzada edad de la madre del Sr. Cabrera, y/o los problemas de salud que la aquejan. No se discute en el caso, ni debería discutirse en caso similares si existió o no el “estado de necesidad” invocado por el amparista. El amparo procede toda vez que se dan los requisitos de procedencia que establece la Constitución Nacional y leyes reglamentarias. El amparo procede porque se ha avasallado, sin límites un derecho fundamental protegido en la Constitución Nacional. El amparo procede porque como la propia Corte lo ha dicho *“no existe sometimiento voluntario a un régimen jurídico, cuando dicha sumisión, es el único camino posible para ejercer un derecho fundamental”*¹⁵⁹ Los amparistas que actualmente están reclamando la diferencia por el dinero (“su dinero”) que el Estado les arrebató, (a muchos de ellos por segunda vez a lo largo de su vida), no tenían ningún otro camino posible para ejercer el derecho fundamental a la propiedad garantizado la constitución nacional.

Conclusiones

1. La invocada doctrina de los actos propios en este caso debería ser la de los “actos forzados”.
2. La exigencia de “reserva expresa”, no puede ser seriamente invocada para postergar la efectiva tutela de un derecho, por parte de un Estado que rompió e incumplió “todas las reglas”, arrastrándonos, muy por debajo del mínimo grado de seguridad jurídica de la que debe estar dotado un Estado constitucional de derecho
3. La acción de amparo procede porque se lesionó el derecho fundamental a la propiedad, protegidos en los artículos 14 y 17 de la constitución nacional y tratados concordantes con igual jerarquía.
4. El quehacer fundamental del control de constitucionalidad, en el caso, es el respeto al contenido esencial de la propiedad privada evitando las intromisiones de otros

¹⁵⁹ Fallos: 321:1132

particulares y sin que las limitaciones y deberes que se imponga el propio Estado puedan ir “más allá de lo razonable”.

5. El derecho de propiedad no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, consecuentemente, al Estado de Derecho; sino también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible¹⁶⁰

6. Nuestro país atravesó, quizá la crisis más grande de su historia, sin embargo aún esas situaciones de emergencia y sus consecuencias, deben encuadrarse dentro de la constitución, y utilizar los remedios que la misma establece y nunca fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la constitución concede pero sin exceder los límites de la norma fundamental. Las reglas constitucionales del estado de emergencia tienen la misma naturaleza que las correspondientes a las situaciones normales.

7. En materia de control, la clave está únicamente en el respeto más absoluto por el principio de razonabilidad, esto es la adecuada proporción entre medios y fines. La jurisprudencia de la Corte en los casos “Smith” y “San Luis” representa una reafirmación de aquél principio y un retorno al ejercicio de ese control con referencia al viejo y tristemente célebre caso “Peralta” que implicó la tesis más extrema del estado de necesidad sujeto a la razón de Estado, adscribiendo a un Estado “finalista”, y no al principio del Estado de Derecho.

El Poder Ejecutivo, comenzó a buscar todo tipo de vericuetos para sortear obstáculos. Ante esta situación, el papel desempeñado por la justicia es preponderante, ya que la mayor concentración de poderes en el Ejecutivo (durante las emergencias), exige un “super” control de parte del Poder judicial como guardián de la constitución.

8. El fallo “Cabrera” implicó un claro retroceso. Pero nuestro Máximo Tribunal a ese

¹⁶⁰ Rey Martínez, Fernando, “La propiedad privada en la Constitución española, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994

momento no había dado la última palabra en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pesificación.

EL CASO BUSTOS

La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, confirmando un fallo de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo entablada por ALBERTO ROQUE BUSTOS, GRACIA LUZ DON, RAMÓN EVARISTO GIACCHI y GRACIELA GUADALUPE DAPPEN contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.), el Banco de Entre Ríos S.A. y el BBVA Banco Francés S.A. a través de la cual los amparistas procuraban la devolución de sus fondos depositados en dólares en las entidades bancarias. Plantearon, para ello, la inconstitucionalidad del Decreto N° 214/2004 (Adla, LXII- A, 117) y el conglomerado normativo concordante. Como consecuencia de ello, declaró la inconstitucionalidad de la legislación pesificadora y ordenó a la entidad financiera la devolución de los depósitos en el signo monetario efectuado.

El expediente llega a la Corte Suprema a raíz de los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado Nacional, el Banco Entre Ríos S.A. y el BBVA Banco Francés S.A., quien dicta sentencia rechazando el amparo promovido y declarando la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios y convalidando la normativa de emergencia que afectaba aquellos depósitos.

Los argumentos del fallo:

Los principales argumentos esgrimidos por el Procurador General de la Nación y la C.S.J.N. pueden resumirse del siguiente modo:

En su dictamen, el Procurador General de la Nación, Esteban Righi, recomendó a los ministros revocar el fallo de la Cámara Federal de Paraná y validar la pesificación de los depósitos tras reivindicar los alcances de la emergencia económica.

En ese sentido, el Procurador General aseguró que si todos los sectores de la sociedad están soportando los “necesarios e inevitables” sacrificios que se requieren para superar una crisis de emergencia de la magnitud y gravedad como la que afectó al país, los actores “no pueden” válidamente ser “los únicos en quedar al margen de ésta”.

Además, destacó que tal aserto resultaba compatible con el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas, en tanto que las medidas cuestionadas “*no trasuntan persecución, hostigamiento o indebida discriminación en perjuicio de los actores*” y por el contrario, estimó que constituyen “*una razonable limitación de los derechos en las condiciones excepcionales*” en las que se encuentra el país.

Asimismo, explicó que acoger su pretensión implicaría consagrar “*una categoría privilegiada, un sector indemne a la crisis, en desmedro de otros que ya sufrieron los efectos de la emergencia*”. En tales condiciones, opinó que hacer lugar al requerimiento de obtener la devolución de la totalidad de los depósitos, en la moneda de origen o a su cambio actual, sería tanto como trasladar esa obligación a quienes tendrían que aportar a las arcas estatales, vía impuestos, para que ello sea posible.

Si bien, los ministros siguieron el camino trazado por el Procurador, destacaron en su fallo que la devaluación de la moneda nacional era “*una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante “corrida bancaria*”.

Así, explicaron que es obvio que si depositaban en dólares era porque se dudaba del mantenimiento del poder adquisitivo de los pesos nacionales y se buscaba el valor intrínseco del capital y desde ese punto de vista, destacaron que podía afirmarse que la supuesta propiedad de los dólares no era más que “*una gran falacia*”.

Los jueces continuaron con sus críticas a la convertibilidad cuando aseveraron que en la Argentina “*nadie ganaba en dólares norteamericanos*”, de manera que *asentar los depósitos en esa moneda de cuenta o bien se compraban dólares en el mercado de*

cambio a “un precio vil”, el de la paridad, con consecuencias perniciosas en la economía que a la corta o a la larga debían desembocar en el desastre económico resultante de que tuviese que afrontar el perjuicio el Estado, es decir, la comunidad toda, no los depositantes en dólares sino todos y cada uno de los habitantes del país.

En tal contexto, para los jueces, y en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la pesificación se presenta como “razonable” mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor.

Además, defendieron la pesificación cuando explicaron que fue una medida razonable frente a la situación de fuerza mayor trasuntada en la emergencia y aclararon que por el contrario, pretender la devolución inmediata de dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implicaría “*un desmesurado beneficio para el acreedor*”.

En el pronunciamiento se expresó que la actora no demostró que el reintegro a \$ 1,40 por dólar más el CER no alcance a cubrir el mismo poder adquisitivo del dinero depositado afirmando que “*a falta de daño producido no hay acción*”; y si lo que pretende son dólares, por dos veces, aseveró que el Estado le ofreció bonos por el monto originario del depósito que, si bien tienen plazos más largos, al ser comercializables en bolsa permiten en un plazo más reducido convertirlos en moneda constante, con un descuento, sí, pero que después de un tiempo razonable difícilmente afecte el poder adquisitivo que tenían en su momento los dólares supuestamente depositados.

Todo ello llevó a la Corte a la conclusión de que la vía del amparo no era admisible, no sólo por mera formalidad legal sino por “*no estar acreditada la violación de preceptos constitucionales, que en este tipo de procedimiento debe resultar palmaria e inequívoca*”.

Al tomar la decisión el Tribunal estimó que un “*fiat iustitia peream ego perem mundis*” –hacer Justicia aunque se caiga el mundo– en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llamada justicia.

La Corte llegó a esta decisión mediante los votos de Augusto Belluscio, J M Maqueda, Raúl Zaffaroni, Elena H de Nolasco y Antonio Boggioano, éstos tres últimos lo hicieron con sus propios fundamentos.

En tanto Carlos Fayt, se manifestó en disidencia cuando expresó que entendía que los jueces podrían disponer a los fines de la exequibilidad de sus decisiones, que los bancos reintegren los depósitos en su moneda de origen, acreditándose mensualmente un porcentaje en la cuenta de los actores, dentro de las siguientes opciones: 1) 25 cuotas mensuales del 4 por ciento del depósito; 2) 50 cuotas del 2 y; 3) 75 cuotas del 1,34 del depósito, más sus intereses.

Un tema aparte merece el voto del Dr. Zaffaroni el cual generó múltiples interpretaciones, como así también las expresiones vertidas en el fallo por el Máximo Tribunal con relación a la actuación de los tribunales inferiores.

Respecto a este último tópico la C.S.J.N. sostuvo: *a) que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración; b) los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos; c) que se convirtió la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades; d) calificó de desorbitada la actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares otorgaron a los beneficiarios de esas medidas un beneficio a costa del sistema, llegando aún más lejos al afirmar que las actuaciones de tribunales dio ocasión a “numerosos y conocidos casos de corrupción”.*

Críticas del fallo

Las principales críticas al fallo del Máximo Tribunal Nacional pueden sintetizarse del siguiente modo:

Tanto la doctrina como los tribunales inferiores que han fallado luego de “Bustos” observaron que no existen las mayorías necesarias. Se ha violado la obligación legal de que los fallos de la Corte se produzcan por mayoría absoluta. De acuerdo con el art. 23 del Decreto-Ley N° 1285/58 (Adla, XVIII-A, 587) “... *las decisiones de la Corte*

Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integren, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones". Ello significa que nuestra Corte Suprema recién forma mayoría absoluta cuando cinco de sus jueces opinan en forma coincidente y no es exactamente el supuesto del fallo ya que si bien se ha obtenido una mayoría absoluta de opiniones para decidir el caso "Bustos" en concreto, dicha mayoría no se ha obtenido todavía para decidir sobre la constitucionalidad de la pesificación en general.

Cuatro jueces, los Dres. Belluscio, Maqueda, Boggioano y Highton, rechazaron el amparo con fundamentos suficientes para establecer en forma general, la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios. El quinto voto de la mayoría, suscripto por el juez Zaffaroni, en cambio, no es tan concluyente.

Según su criterio se impone un tratamiento diferenciado de depositantes de cuantías mayores y menores (considerando 8), dividiéndolos en tres categorías: a) depositantes de montos hasta U\$S 70.000; b) depositantes de montos hasta U\$S 140.000 y; c) depositantes de montos superiores a U\$S 140.000. A los primeros se les debe restituir sus depósitos en dólares íntegramente; a los segundos se les debe restituir íntegramente en dólares también, pero hasta U\$S 70.000, en tanto que los restantes U\$S 70.000 se restituirán a \$ 1,40 más CER. Por último, los terceros recibirán \$ 1,40 más CER.

Pues bien, la mayoría absoluta de cinco jueces se logra en este caso, porque el monto del depósito de los actores era de U\$S 1.334.110, conforme lo indica el Procurador General en el comienzo de su dictamen.

Además, de este criterio sentado en función de cuantías mayores y menores, el voto del juez Zaffaroni dice en el considerando 14 "*Que por otro lado, la decisión alcanzada tampoco puede resultar aplicable a aquellos supuestos de montos percibidos por el titular del depósito o certificado con motivo de medidas cautelares dispuestas por los jueces de la causa, siendo que tales montos en principio y como regla general deberán considerarse como definitivamente consolidados al amparo de los procesos*

correspondientes, sin que por lo demás puedan traer aparejado ningún tipo de consecuencias perjudiciales para los sujetos obrantes de buena fe que los percibieron”.

En síntesis, la Corte Suprema cuenta hasta ahora con cuatro jueces que sostienen, en forma general, la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios. El quinto juez adhiere a esta solución solamente cuando el depósito supera los U\$S 140.000 pero admite; al mismo tiempo, la consolidación definitiva de los montos recuperados por los ahorristas con motivo de medidas cautelares. Si bien la constitucionalidad de la pesificación está claramente asegurada hoy día por cuatro jueces de la Corte. No obstante, para cerrar el círculo de la mayoría absoluta, todavía faltaba un voto, el de la jueza Arguibay.

Por otro lado la Corte Suprema hizo referencia a que “la actuación de los tribunales dio ocasión a numerosos y conocidos casos de corrupción”. Creemos innecesario acreditar el justificado descontento a los tribunales inferiores de todo el país al crear irresponsablemente un manto de sospecha sobre la actuación de los mismos, e indirectamente de los profesionales del derecho que acudieron a los mismos clamando respeto a la Carta Magna.

A contrario sensu, no existe ningún reproche para el accionar del Estado, salvo la prevención de Zaffaroni (considerando 4) quien dispone remitir copia de la sentencia al Procurador General, a fin de que se investigue la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso de creación del estado de necesidad y el dictado de la Ley de intangibilidad de los depósitos bancarios N° 25,466 (Adla, LXI-E, 5443) ya que se refiere a ella como la “preparación de una defraudación de dimensiones colosales”. También el doctor Fayt sostuvo que se condujo a los depositantes a una celada (considerandos 9, 10, 11, 12 y 13 de su voto).

El estado de necesidad no es producto del azar ni de una fuerza de la naturaleza, sino de sucesivas medidas políticas (considerando 4° del voto de Zaffaroni). Medidas que fueron adoptadas y avaladas por el Congreso y el Poder Ejecutivo en representación del Estado, conducido por su dirigencia política, la que provocó aquel estado de necesidad,

y no la conducta de los ahorristas que, ajustando su conducta a las leyes, obraron de buena fe creyendo en las promesas formuladas por el Estado.

En el voto de los doctores Belluscio y Maqueda, se descalifica la vía del amparo para cuestionar la legislación pesificadora. Pero el art. 43 de la C.N. dispone que toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (en el fallo no se indica que haya una alternativa de ese tipo) contra todo acto u omisión que lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, y faculta al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma. En nuestro caso estaban en juego los derechos constitucionales de propiedad (arts. 17 y 75 inc. 22) y de defensa del valor de la moneda (art. 75, inc. 18).

El Tribunal afirma que la acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (art. 1 y 2, inc. “d”, de la Ley N.º 16.986 - Adla, XXVI-C, 1491-), conclusión que no varía con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional.

Lo cierto es que la consagración constitucional del amparo importa reconocerle un valor superior que no puede ser reducido por una ley dictada con anterioridad. Lo que importa es que sí había derechos constitucionales vulnerados y si ello ocurre el juez está facultado para declarar la inconstitucionalidad de la norma.

La Corte afirma que la equivalencia entre el valor del peso argentino y el dólar estadounidense era artificial, y ello condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional, desocupación, miseria y hambre, y más una amenaza de “corrida bancaria.” (considerando 8 - voto ministros Belluscio y Maqueda).

Esa propiedad era real y no configuraba una falacia. Estaba garantizada por el Estado a través del Banco Central y su adquisición era lícita. Otro tanto su disposición. El ciudadano tiene derecho (y la necesidad) de confiar en sus gobernantes y eran éstos los que prometían que tal equivalencia se mantendría. No es ese hombre común el que debe sufrir las consecuencias de las promesas incumplidas. Por lo demás, el deterioro del

aparato productivo nacional no se debió exclusivamente a la paridad cambiaria, sino a una serie de políticas erradas que no pueden olvidarse y que son inocultables.

Se dice no se afecta el derecho de propiedad, pues a los depositantes se les dio la opción de entre el reintegro en determinados plazos, en moneda argentina y con valores actualizados, en la moneda de origen a los plazos mayores y en valores comercializables. La devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia.

La emergencia no es un concepto constitucional. El único instituto de excepcionalidad institucional que podría referenciarse como emergencia es el del estado de sitio (art. 23 C.N.). El recurso continuo a la emergencia ha desnaturalizado este instituto y tampoco puede negarse que ésta emergencia nos sumergió en un estado de anomia, no por falta de una norma, sino por la multiplicidad de normas que se refieren al conflicto, lo que hizo casi indefinible cuál era la normativa de aplicación.

Sostuvo la Corte que el propósito del acreedor era asegurar un poder adquisitivo constante y que la supuesta propiedad de los dólares era una gran falacia, nadie ganaba en dólares. La “pesificación” es razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo. Pretender la devolución inmediata en dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implica un desmesurado beneficio para el acreedor. También se argumenta que no se probó que se hayan depositado dólares ni que las alternativas que el Estado le ofrece le ocasionen un perjuicio patrimonial (considerando 7 y 9 de los votos de ministros Belluscio y Maqueda; y considerando 9 de Boggiano).

Pareciera olvidarse que, en la primera opción brindada a los ahorristas, la devolución no era inmediata y que implicaba una quita sustancial respecto de su valor original; y que la segunda implicaba recibir títulos de un Estado en cesación de pagos *–default–* que, en caso de ser comercializados, serían castigados con sustanciales quitas muy por debajo de su valor nominal. Por otro lado, no necesariamente, el propósito del ahorrista fue

asegurar un poder adquisitivo constante sino ahorrar en una moneda fuerte (de hecho la tasa de interés en dólares era inferior a la pactada en pesos).

No ha de olvidarse que los cambios producidos, en las opciones brindadas, se debieron al descontento de los ahorristas expresados en miles de amparos y el reclamo de justicia llevó al gobierno nacional a mejorar la oferta.

Tampoco es un argumento sólido el hecho de que nadie ganara en dólares, pues no ha de olvidarse que se podía adquirir libre y legítimamente esa moneda. Quien adquiría esa moneda podía destinarla al consumo, a la compra de bienes, conservarla en una caja de seguridad, girar los importes al exterior o volcarlos, al sistema financiero. Para todos ellos, esa “propiedad” era real.

El pretender la devolución inmediata en dólares implica solo dar cumplimiento con el contrato celebrado, que obliga a los bancos a devolver los depósitos recibidos en la fecha pactada que, desde luego, estaba vencida y la prueba del depósito en dólares está en el propio certificado, ya que si el banco niega la recepción de esa moneda sería de aplicación la teoría de los actos propios.

Sostiene el pronunciamiento que reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelva sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría la creación de una clase privilegiada (considerando 13 – voto de los ministros Belluscio y Maqueda).

Afirma el máximo Tribunal que hacer justicia conmutativa, singular y pura entre bancos y depositantes sin atender el contexto de las enormes injusticias distributivas existentes y las nuevas que sobrevendrían, conculca la idea misma de justicia a secas. En ese caso, cabría prever una enorme emisión monetaria que desplazaría en los hechos a la moneda nacional (Belluscio y Maqueda – considerando 14).

Lo cierto es que no se ha producido una enorme emisión monetaria que haya afectado a la sociedad ni tampoco una quiebra de sistema financiero. Si se inyectaron pesos en el mercado es para cumplir con el objetivo de la política económica vigente, esto es, el de

tener un dólar alto y evidentemente se introducen argumentos de corte político al descalificar como “privilegiados” a quienes están reclamando lo que se les debe.

La crítica feroz a las medidas “autosatisfactivas” es también poco acertada. Las medidas “autosatisfactivas” no solo son ley vigente en varios ordenamientos procesales sino que, además, han permitido acelerar los “tiempos de la justicia”, dando solución a casos cuya solución habría demandado varios años. La misma Corte Suprema ha tenido oportunidad de aplicar, bajo el rótulo de medidas cautelares genéricas, verdaderas medidas autosatisfactivas, verbigracia: “D, B c/ Provincia de Buenos Aires” del 2003/03/25, La Ley, 2003-D, 847 fallo N° 105.804.

La ministra Highton (considerando 20) señala que tiene igual jerarquía la Ley Nac. N° 25.561 y el Decreto N° 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; 117), sobre la base del art. 76 de la Constitución Nacional.

Siguiendo al Dr. Bidart Campos, hasta que no se cuente con la Comisión Bicameral Permanente, el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia pues violaría el itinerario insoslayable que impone la Constitución Nacional: acuerdo general de ministros y el Jefe del Gabinete, consideración de la Comisión Bicameral Permanente y tratamiento por el Congreso (art. 99 inc. 3° C.N.). A ello cabe añadir lo resuelto por la propia Corte Suprema en “Provincia de San Luis”, en cuanto a que no es procedente que frente a una delegación efectuada por el Congreso, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en efecto de la actuación del Poder Legislativo pero no en forme concurrente con él (considerando 30), lo que lleva a sostener que el Decreto N° 214/2002 solo es reglamentario de la Ley Nac. N° 25.561.

El fallo configura un giro de 180° respecto a los precedentes “Smith” y “Provincia de San Luis”. La misma Corte Suprema ha acuñado la doctrina del acto propio, que impone a funcionarios, judiciales o no, y a los particulares, un recaudo de coherencia con sus actos propios. Esa doctrina ha sido abandonada en este pronunciamiento: *Se dice que dentro de un esquema constitucional donde priman los derechos humanos y ante la*

existencia de grandes sectores de la población con necesidades básicas insatisfechas y por debajo de la línea de indigencia, no se puede cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general (voto de la ministra Highon, considerando 29).

La pretensión individualista que se sanciona es la de quien ha confiado sus ahorros a un banco en la seguridad de que éste los va a devolver y que el Estado lo protege porque ha señalado por ley que los depósitos son intangibles. En ninguno de los votos se hace referencia la situación actual de los bancos. Los bancos ya han percibido una compensación del Estado Nacional por la llamada pesificación asimétrica (calculada en USD 9.786 millones), y con este fallo recibieron vía libre de la Corte Suprema para tomarse revancha con los ahorristas, con resultados imprevisibles.

Conclusión

El reciente fallo Bustos, aporta más incertidumbres que certezas que nos llevan a interrogarnos sobre si se trata de una sentencia válida ya que abre camino a numerosas impugnaciones e interpretaciones.

Como lo sostiene Malini, a ningún argentino se le escapa que la seguidilla de juicios políticos promovidos desde principios de 2002 contra varios integrantes de la Corte Suprema designados en la década del noventa tenía como finalidad obtener el dictado de una sentencia como la comentada. Ello no implica negar que hubiera causas que justificaran tales juicios: simplemente afirmamos que esas causas fueron el *por qué* de los juicios políticos, mientras que la convalidación de la “pesificación” constituyó el *para qué* de ellos, ya que los ministros que entonces la integraban ya habían fallado en contra de la “pesificación” en los fallos “Smith” y “Provincia de San Luis” (La Ley, 2002-A, 770).

EL CASO MASSA

Es preciso recordar que la jurisprudencia más importante de la Corte en materia de pesificación, hasta ahora, había sido contradictoria. Es en este contexto que la sentencia en el caso “Massa” era especialmente esperada, por que implicaba el final de un capítulo que había tenido sus aristas tanto positivas como negativas, en busca de un estándar definitivo.¹⁶¹

Recordemos someramente los cuatro precedentes que marcaron un hito en la materia: En 2002, en el fallo “Smith”¹⁶² el Alto Tribunal mas allá de reconocer la crisis económica consideró que el decreto y las normas dictadas posteriormente contienen tres abusos en relación a la Constitución: a) Un exceso en el uso de las facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art.17,18 y 28 de la C.N. en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares, b) una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de la legislación anterior como ser la que garantizaba la intangibilidad de los depósitos, c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjunto de medidas financieras adoptadas provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social, en consecuencia las restricciones cuestionadas carecen de razonabilidad y proporción e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre.

En 2.003 en “San Luis”¹⁶³ la Corte sostiene y aún amplia, el criterio protectorio del derecho de propiedad¹⁶⁴

¹⁶¹ Basterra, Marcela, En espera de un estándar definitivo ¿es inconstitucional la pesificación? A propósito del caso “Mauri” Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2006-III, Fascículo 8, 28 de agosto de 2006.

¹⁶² “Banco de Galicia y Bs.As. s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo” CSJN. Fallos: 325:028. Sentencia del 1/2/2002.

¹⁶³ “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional “, CSJN. Fallos 326:417. Sentencia del 5/03/03

En 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa: "Cabrera"¹⁶⁵ considerando que quienes aceptaron voluntariamente y sin reserva la pesificación o la desafectación de sus depósitos en dólares a la paridad establecida por el decreto 214/02, no pueden pretender recuperar la diferencia cambiaria.

A los tres meses la Corte resuelve "Bustos"¹⁶⁶, precedente en el que se rechazó la demanda con sustento en que si bien el mantenimiento de una artificial equivalencia de valor entre el peso argentino y el dólar estadounidense, condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional, la situación constituyó indudablemente una emergencia cuya declaración por la ley 25.561 encuentra amparo constitucional en los poderes de los departamentos políticos del Gobierno Federal destinados a hacerle frente. Los últimos decisorios de la Corte constituyeron un retroceso en el camino hacia la recuperación de un estándar razonable de control de constitucionalidad, en relación al derecho a la propiedad, que se había iniciado en los precedentes "Smith" y "San Luis". Lo que tornó necesario y apremiante que el máximo Tribunal estableciera definitivamente una pauta en la materia.

Si bien "Massa", aparece, como una respuesta superadora de "Cabrera" y "Bustos", el decisorio no contiene un control de constitucionalidad concreto en cuanto a los medios empleados por los poderes políticos, para apalea la última gran crisis económica financiera. Salvo en el voto de la ministro Argibay y, en el del ministro Fayt que, si bien no lo dice directamente no se desdice de lo sostenido en tal sentido en los precedentes anteriores, considerando inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional en el caso. Éste era el momento, sin duda, para hacer el test de constitucionalidad definitivo en materia de pesificación que, en concreto no se hizo,

¹⁶⁴ Basterra Marcela, "El Derecho de Propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-2003) ¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia?", AA.VV, "Constitución de la Nación Argentina"- Libro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional- . Editorial Rubinzal Culzoni, 2003, tomo I ,p. 127-170)

¹⁶⁵ Basterra Marcela I. "El fallo "Cabrera". Los "vaivenes" de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la protección del derecho de propiedad"., Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2004 – III, Fascículo 9, 1 de septiembre de 2004

¹⁶⁶ Bustos", Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", CSJN. Fallos 327:4495. sentencia del 26/10/2004.

sólo se estableció una fórmula que, a criterio de la Corte, no lesiona el derecho de propiedad de los ahorristas.

Hechos.

El actor, Juan A. Massa, en su carácter de titular de una caja de ahorro en dólares abierta en el Bank Boston NA, cuyo saldo al 31 de diciembre de 2001 era de U\$S 184.475, que resultó afectada por las normas de emergencia dictadas en aquel momento (ley 25.561, decretos 1570/01, 71/02, 141/02 y 214/02, entre otras) interpuso una acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo recurrido, contra el que la entidad depositaria -Bank Boston NA- dedujo recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia recurrida.

La sentencia

La Corte con el voto de sus ministros, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Fayt (según su voto), Lorenzetti (con ampliación de fundamentos) y Argibay (según su voto); decidió en forma unánime, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efectos la sentencia apelada. La Cámara Nacional de Apelaciones había confirmado la sentencia de primera instancia, la cual ordenaba a la entidad bancaria la entrega de los importes que la actora había depositado, en moneda extranjera (o su equivalente en pesos para obtener esa cantidad en el mercado libre de cambios), e imponía la distribución de costas en el orden causado.

En algún punto los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco adoptan una posición un tanto “conservadora”, siguiendo la doctrina del caso “Bustos”. En efecto, sostuvieron que las normas que conforman la legislación de emergencia que da fundamento a la pesificación no ocasionan lesión al derecho de propiedad de la actora. (Considerando 20).

Lorenzetti en la ampliación de fundamentos que realiza queda claro que condiciona su pronunciamiento a la realidad de la Argentina al momento de dictar el fallo y los precedentes de la Corte. Así sostiene que *“Que para dictar esta sentencia, se ha debido tener en cuenta: 1) que la legislación promulgada en los años 2001 y 2002 ha tenido como base precedentes de esta propia Corte y que afectaría la seguridad jurídica cambiarlos retroactivamente; 2) que, habiendo transcurrido casi cinco años de los hechos, deben considerarse las implicancias sobre miles de situaciones jurídicas particulares que han tenido una variedad de soluciones transaccionales o judiciales ya consolidadas...”* (Considerando 24° de su voto).

El voto del ministro Fayt solo concurre, con los otros votos mencionados, en la parte dispositiva del fallo. En cuanto a la constitucionalidad de la legislación de emergencia, el juez Fayt sostuvo que en las circunstancias actuales, donde el ahorrista iba a recuperar su capital preservándose la sustancia del valor adquisitivo de su derecho creditorio, resultaba inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional de la normativa de emergencia que fundamenta la pesificación. Asimismo advirtió que la demora en el reintegro de la propiedad, es decir la indisponibilidad del capital durante un prolongado lapso, podría haberle ocasionado un daño al accionante, por lo cual este tenía derecho a reclamar los intereses devengados durante dicho lapso, pero que esto ya no era materia a discurrir en el recurso extraordinario porque el actor no demandó una indemnización por la lesión que podría haber sufrido su derecho de propiedad; sino que de haberse ocasionado un daño, el ahorristas tendría la posibilidad de interponer una acción por daños y perjuicios cuyo objeto serían los intereses devengados durante el tiempo que estuvo sometido a una indisponibilidad forzosa de su derecho de propiedad. (Ver considerando 20° de su voto) Por otra parte, los jueces Argibay y Fayt, si bien se apartan de los fundamentos de los votos anteriores en algunas cuestiones, concurren en la parte dispositiva del fallo, debido a que ponderan la situación de gravedad institucional que atraviesa nuestro país y deciden que mas allá de los fundamentos es necesario tomar una solución unánime que permita darle respuesta a los reclamos que están pendiente de solución.

Argibay realiza un análisis de la validez constitucional de la legislación de emergencia y en especial del decreto 214/2002; concluyendo que el mismo no fue dictado en ejercicio de las funciones legislativas delegadas al Poder Ejecutivo Nacional por la ley 25.561, sino que se trata de un decreto de necesidad y urgencia, facultad que otorga a dicho poder el artículo 99 inc. 3 de la Constitución. Al ser esta una normativa de excepción debe reputarse prima facie inconstitucional. De dicha presunción surge que no es carga del actor demostrar la invalidez de la norma sino que sería carga del Estado demostrar su validez. (Ver Considerando 3º de su voto). En síntesis, si bien Fayt y Argibay se expidieron según su voto y Lorenzetti amplió los fundamentos; tales pronunciamientos no afectaron en modo alguno a la unidad del fallo, por lo que se puede decir, que estamos ante una sentencia decidida por unanimidad. Sin embargo, del mismo fallo surgen distintas líneas argumentales, tal como enseña Badeni, quien considera que de los votos emitidos en la sentencia, surgen tres tendencias; 1) la primera, reflejada en los votos Zaffaroni y Highton de Nolasco, una postura conservadora, congruente con la jurisprudencia dominante de la Corte, tendiente a convalidar las restricciones arbitrariamente impuestas por el Estado al derecho de propiedad. 2) la segunda línea argumental la evidencia en el voto de Lorenzetti que adopta una tendencia empírica, por la cual sostiene que en las circunstancias actuales la fórmula de pesificación no importa la vulneración del derecho de propiedad. 3) por último, una postura progresista, expresada en los votos de los jueces Fayt y Argibay, quienes apartándose de la jurisprudencia clásica, efectúan una interpretación restrictiva de las limitaciones impuestas por el Estado, durante una situación de emergencia, al derecho de propiedad privada.

La regla general

De la sentencia del fallo “Massa” parecería que surge, una “regla general” ya que si bien establece cómo va a ser reintegrado el capital en este caso en particular y, el control de constitucionalidad es con efecto “inter partes”, es sabido que la regla regirá de ahora en más para casos actuales que lleguen a la Corte. De hecho en los días posteriores se

resolvió aplicando la misma fórmula a una gran cantidad de sentencias. Sin embargo, en modo alguno queda el tema de la pesificación totalmente resuelto, ni estamos ante una sentencia con alcance general y permanente. En efecto, la regla establecida por el máximo tribunal es la siguiente; a) el accionante recibirá \$1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia) hasta el momento efectivo de cobro; b) percibe además un interés del 4% anual no capitalizable por el prolongado lapso de tiempo que transcurrió hasta la reintegración del capital. Es decir, que dichos intereses van a correr desde que comenzaron a regir las normas que impusieron la indisponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha en que opera el vencimiento del contrato, siempre que tal fecha haya sido posterior a la entrada en vigencia de la normativa de emergencia que da fundamento a la pesificación o a partir del 28 de febrero de 2002 para el caso de que el vencimiento de aquél hubiese sido posterior a tal fecha; c) serán computadas como pago a cuenta aquellas sumas que hubiera abonado la entidad bancaria en concepto de medidas cautelares o aquellas que hubiera abonado durante el proceso. (Considerandos 15/19) y d) Para Gelli¹⁶⁷ en la sentencia surge claramente que cesó la reprogramación de los pagos, sin perjuicio de lo que pudiere resultar de su afectación a causas judiciales en trámite¹⁶⁸. Es decir, que las sumas adeudadas por los bancos estarían, en principio, expeditas en las respectivas ejecuciones de las sentencias.

Es de destacar que, por otra parte, no se advierte que de la sentencia surja la improcedencia de reclamos futuros por parte de las entidades bancarias; muy por el contrario podría suceder que los bancos hayan reintegrado un monto excesivo a los ahorristas y que intentaran una acción de repetición sobre éstos. Por ello es necesario tener en claro que si bien el fallo ha sido presentado por un lado como una respuesta institucional al problema de la pesificación en general y que de hecho sirvió y servirá como fórmula genérica para aplicar a otros casos. Sin embargo, procesalmente el caso

¹⁶⁷ Gelli, María Angélica. "El caso "Massa": fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios." La Ley. Suplemento Especial Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre)

¹⁶⁸ Parte dispositiva de la sentencia, incluida la del voto la ministra Argibay y consid. 18 de los votos de los jueces Highton, Zaffaroni, Lorenzetti y Fayt

“Massa” no puede ser una solución permanente. Bianchi, se pregunta ¿esto significa que este caso se ha convertido – de hecho- en una “class action” del corralito? que pasaría si las circunstancias actuales variaran, ¿resultaría justo aplicar la solución que se ha adoptado en este caso en particular?¹⁶⁹. Evidentemente la solución podría variar según los casos. De allí que podemos afirmar que es una sentencia que puede abarcar muchísimos casos, pero aquí y ahora. El futuro es incierto.

La oportunidad de la sentencia.

El fallo a lo largo de todo su contenido repite varias veces que “en las circunstancias actuales”, la legislación de emergencia - en especial el decreto número 214/2002 que dispuso la pesificación – no importa una distorsión derecho de propiedad de relevancia constitucional.

A su vez, llama la atención la reiteración de los términos “en las circunstancias actuales” en casi la totalidad de los considerandos de dicho fallo. A mayor abundamiento señala “*Que a lo expresado debe añadirse la insoslayable consideración de las circunstancias actualmente existentes, que deben ser ponderadas en virtud de la invariable jurisprudencia de esta Corte según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir*” (considerando 12) Evidentemente el factor tiempo fue decisivo en la resolución del caso. Tal como explica Morello¹⁷⁰ el tiempo jugó como aliado del órgano decidor. En efecto, incide en el desarrollo del proceso, en la maduración de los derechos, en la extinción de obligaciones y, en el caso, a favor de la consolidación de las situaciones jurídicas. Es casi unánime la doctrina¹⁷¹ que considera que la Corte esperó el momento que consideró oportuno para abrir un espacio, en el que por el solo transcurso del tiempo, sin que se arribara a una decisión final, por

¹⁶⁹ Bianchi, Alberto B. “Una calma perfecta”. La Ley. Suplemento Especial de Pesificación de los depósitos cambiarios 2006. (diciembre).

¹⁷⁰ Morello, Augusto, M, “La Corte Suprema. Piloto de tormentas” La Ley, Suplemento especial: La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero). P.92/93.

¹⁷¹ Bianchi, Alberto B. “Una calma perfecta”, op. Cit, Barcesat, Eduardo “El precedente Massa .Tributo al dios Kronos”, Carnotta, Walter, “La pesificación hoy (“Cronoterapia”y realismo), BOICO, Roberto, “El empleo lúcido del factor tiempo”, -entre otros- La Ley. Suplemento Especial de Pesificación de los depósitos cambiarios 2006. (diciembre).

si mismo iba a decantar en ese decisorio. Omisión que por otra parte, sin duda es una manera de tomar decisiones. Esto permitió que la sentencia del caso “Massa” sin ser justa, se “ajustara” quizá a una necesidad actual de la realidad nacional, permitiéndole a la Corte apoyarse en su conocida doctrina en sentido que las causas deben ser resueltas conforme al estado de situación al momento de dictar la sentencia.

Dicho esto, se entiende la lógica de los Votos del Dr. Fayt y de la Dra. Argibay. En este último la ministro realiza el test de constitucionalidad sobre el decreto 214, para concluir que es inconstitucional el bloque de la legislación de emergencia pero teniendo en cuenta el contexto fáctico de la Argentina de hoy en día, ponderan dar una solución unánime que permita darle respuesta a los reclamos que están pendiente de solución, máxime cuando tal sentencia “en las circunstancias actuales” no importa la violación del derecho de propiedad del ahorrista. En el voto del Dr. Fayt, se expresa en forma más clara el argumento al que estamos haciendo referencia, en el considerando 20 establece *“Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona actualmente lesión al derecho de propiedad de la actora, en tanto ha sido preservada la sustancia del valor adquisitivo de su derecho creditorio, más allá de la moneda en que éste ha quedado expresado. De tal manera, en las indicadas circunstancias, resulta inoficioso un pronunciamiento respecto de la validez o invalidez constitucional de la alteración de la moneda en que fue concertado el contrato de depósito entre la accionante y la entidad bancaria...”*

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, quizá pueda pensarse que la solución adoptada por la Corte era la acertada para el momento histórico actual. Sin embargo de ningún modo podrá tomarse la formula expresada en este caso como regla general para procesos futuros debido a que el carácter dinámico de la realidad puede ocasionar cambios que generen que dicha solución no resulte justa para otros casos en distintas circunstancias.

Bianchi sostiene que las circunstancias en que *la Corte dicta esta sentencia, es*

*acompañado por la calma que produce una economía estabilizada, toda vez que al día de hoy, la pesificación no comporta en los ahorristas un daño patrimonial constitucionalmente computable, como hace cinco años atrás hubiera ocurrido. Con acierto, dice “un momento en que la decisión, más que haberla tomado la Corte, la ha tomado el tiempo transcurrido.”*¹⁷²

¿La Corte ejerció el control de constitucionalidad en materia de pesificación?

La Corte en dicha sentencia no realizó un control constitucional, no se expidió acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la legislación de emergencia que dispuso la pesificación. Sólo se limita a decir que la normativa de emergencia no ocasiona lesión al derecho de propiedad. Después de la interpretación que había efectuado en el caso “Bustos”, habían quedado muchas dudas sobre la constitucionalidad o no de la pesificación, ya que en este último precedente se había hecho hincapié en la “doctrina del esfuerzo compartido” pero no se había realizado el correspondiente análisis constitucional de dicha normativa ni tampoco se había tratado la violación al derecho de propiedad.

Por ello se esperaba que la Corte realizara el debido control de constitucionalidad, es decir una decisión sobre el fondo de la pesificación. Sin embargo en el caso “Massa” la Corte volvió a omitir dicho análisis, o sea que aún queda pendiente que nuestro Máximo Tribunal defina la validez o invalidez de la legislación de emergencia que restringió los derechos de propiedad durante la última crisis económico financiera del país. En igual sentido, algunos autores sostienen, que la Corte, en el fallo objeto de análisis, intentó llegar a una solución que pusiera fin al problema general de la pesificación, lo que la llevo a fundamentar dicha sentencia con argumentos pragmáticos más que dogmáticos. *“Como los números cierran no hay inconstitucionalidad alguna”*¹⁷³ Si bien es cierto que el carácter dinámico de la convivencia social en un Estado democrático, puede generar situaciones excepcionales de emergencia política, económica o social; y que la

¹⁷² Bianchi, Alberto B. “Una calma...” Op. Cit. P. 1.

¹⁷³ Manili, Pablo. L. “La propiedad privada...” Op. Cit.

solución deba que tener que ser concretada a partir de medidas que de algún modo u otro limiten el ejercicio de determinados derechos; no lo es menos, que tal limitación debe ser razonable y transitoria.

Lo expuesto anteriormente, nos puede llevar a pensar que es posible vivir en un estado de crisis constante, que la excepción pase a ser la regla. Ante una crisis el Congreso está facultado para sancionar leyes que tengan por finalidad superar tal situación excepcional; y tales leyes podrían limitar los derechos y garantías reconocidas en la Constitución Nacional, pero de ningún modo se pueden superar los límites que la misma establece a estos efectos. Para que esto último no suceda es necesario que la Corte efectúe el debido control de constitucionalidad. No se puede pasar por alto que a lo largo de la historia nuestro Máximo Tribunal, a través de sus precedentes, convalidó de alguna forma las políticas económicas dispuestas por el gobierno de turno para sobrepasar los efectos económicos de las distintas crisis que atravesó nuestro país. En el caso Massa, surge de los distintos votos de los magistrados, que no se efectuó un control de constitucionalidad del fondo de las normativas que dispusieron la pesificación, porque tal como lo expresa Fayt en su voto particular en las circunstancias actuales y en las particulares de dicho caso resultaba abstracto realizar dicho control constitucional. Aunque en sus votos de Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti expresaron “la constitucionalidad del bloque legislativo de emergencia que fundamenta la pesificación”, tal análisis estuvo realizado en torno a la facultad del Congreso de fijar el valor de la moneda y no al fondo de la pesificación. Distinto es el voto de la Dra. Argibay quien hace un análisis de constitucionalidad sobre la legislación de emergencia y en especial sobre el decreto número 214/2002.

Conclusión

El fallo “Massa” implicó un avance superador de los últimos precedentes. No pueden negarse las valiosas argumentaciones que el precedente denota y el importante esfuerzo en articular una solución de consenso, pero queda pendiente la solución definitiva sobre la constitucionalidad de las medidas concretas que afectaron los derechos de propiedad

durante la llamada pesificación.¹⁷⁴ Es necesario tener en claro que si bien el fallo ha sido presentado como una respuesta institucional al problema de la pesificación en general y que de hecho sirvió y servirá como fórmula genérica para aplicar a otros casos, no puede considerarse una solución permanente y definitiva.

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite constituir un Estado de derecho. (Final del voto de Lorenzetti). En aras de preservar esas reglas y dotar al sistema del más alto grado de seguridad jurídica, es que la Corte Suprema de la Nación debió haber establecido en forma contundente si es constitucional o inconstitucional el régimen de la pesificación y hacer un control intenso en relación a si el proceder de los poderes políticos en la última crisis económico-financiera se mantuvo dentro del plexo normativo constitucional.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Dalla Via, Alberto Ricardo. “La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad.” La Ley, Suplemento especial: La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero). P. 6.

¹⁷⁵ Peyrano, Jorge W, “Aristas procesales del último fallo pesificador”, LL 13/02/2007 y Gil Domínguez, Andrés. “El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión? La Ley, Suplemento Especial Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre)- DJ 10/01/2007, 49. P4.

CAPITULO IV

GARANTIA - LA ACCION DE AMPARO

LA ACCIÓN DE AMPARO EN GENERAL

Orígenes

Abordaremos aquí el estudio de la acción de amparo para sentar los lineamientos en torno de los cuales analizaremos después su puesta en práctica en los casos relativos al “corralito financiero”. Todo amparo rectamente planteado presupone la existencia de una situación de grave injusticia: *la lesión a la esfera inviolable de la libertad de la persona*. En este orden de ideas debemos tener presente que “... *el amparo tiende, tanto como a deparar tutela a los derechos, a afianzar la libertad individual en cuanto categoría fundamental en un estado de justicia. En una palabra, a juridizar la vida de relación, de los hombres con el Estado y de los hombres entre sí dentro del Estado.*”¹⁷⁶

La voz “amparo” es de origen hispano, lo cual queda revelado en diversas acepciones pues era utilizado, en un sentido, como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, en la Compilación de Alfonso el Sabio – o Siete Partidas – donde se utiliza el término “amparo” o “amparamiento”.

Asimismo, se interpretó al amparo como interdicto posesorio de conformidad con sus antecedentes coloniales cuando servía para proteger a las tierras de las comunidades aborígenes de la voracidad y codicia invasora.

En otro sentido, el amparo era utilizado como instrumento para la protección de los derechos de la persona humana, tal como sucedió en el Reino de Aragón, particularmente mediante la llamada “manifestación de personas”.

¹⁷⁶ Bidart Campos: Régimen legal y jurisprudencial del amparo Bs As, Ediar S.A 1969 pág. 32.-

En el ámbito del Derecho Comparado podemos observar la evolución de este concepto. Los “writs of injuction” del Derecho Anglosajón son mandamientos de prohibición o de ejecución que habilitan a los jueces a hacer cesar inmediatamente abusos o violaciones de derechos fundamentales, provenientes de la autoridad administrativa. En el derecho Español los antecedentes del amparo se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812, aunque adquiere relevancia en la de 1931. Con posterioridad es receptado por la Constitución de 1978.

En el Derecho Latinoamericano merece ser destacado el amparo mexicano pues se reconoce como importante antecedente del primer amparo iberoamericano: el derivado de una ley del Estado de Yucatán.

En la actualidad la garantía de protección jurídica tiene consagración en el art. 103 de la Constitución Federal.

En el ámbito del Derecho Internacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) prevé en su art. XVIII el compromiso de otorgar “... un procedimiento sencillo y breve... contra actos de la autoridad que violen... algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) determina que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo... contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 25, ap. 1º).

Evolución histórica en Argentina

A efectos de una mejor comprensión, es posible distinguir tres etapas en la evolución de esta institución en el Derecho Argentino que principia con el reconocimiento del amparo por parte de los jueces de 1957 a 1966; otra legal, de 1966 a 1994 y finaliza con su recepción constitucional en 1994 hasta la fecha.

Elaboración Jurisprudencial

La primera etapa nace con la recepción pretoriana en la causa Siri¹⁷⁷ y luego en el caso Kot¹⁷⁸. Hasta el pronunciamiento de la primera sentencia, los jueces se negaban a admitir acciones que no estuvieran establecidas en los ordenamientos legales nacionales o provinciales, salvo en el caso de restricciones ilegítimas a la libertad corporal, en el que los afectados contaban con el *hábeas corpus* reglamentado por las leyes procesales de la Nación y de las provincias. Así, por ejemplo, en el caso "Bertotto"¹⁷⁹, la CS en 1933 desestimó el *hábeas corpus* con fundamento en que el mismo no resulta aplicable a casos en que no existe detención arresto o privación de libertad y que, en relación a todos los demás derechos, correspondía acudir a las vías ordinarias. En el mismo sentido se pronunció ese Tribunal en la causa "San Miguel"¹⁸⁰ de 1950, aún cuando el voto de Tomás Casares anticipaba un criterio distinto, infiriéndose de su lectura la postura de que el amparo constituiría una garantía implícita. En el conocido caso "Siri", fallado en 1957, la Corte reacciona frente a la imposibilidad de cuestionar judicialmente, salvo por vía ordinaria, actos de autoridad pública que violaban un derecho humano diferente a la libertad física: la libertad de expresión. La figura del amparo fue concebida con amplitud por el máximo Tribunal. Interpretó que constatado que las garantías de los arts. 14, 17 y 18 (libertad de imprenta y de trabajo) se hallan restringidas sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que la justifique, bastaba esa comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de ley que la reglamente, ya que la protección surge de la propia Constitución. Se consagraba así la eficacia directa de las normas constitucionales.

¹⁷⁷ Fallos: 239:461

¹⁷⁸ Fallos: 241:296

¹⁷⁹ Fallos: 168:15

¹⁸⁰ Fallos: 216:606

En "Kot", un año más tarde, la CS admite el amparo contra acto de particular, destacando que existe una garantía tácita o implícita que protege diversos aspectos de la libertad individual (art. 33). El Máximo Tribunal da por reproducidos los argumentos expuestos en "Siri" en orden a que el interesado no dedujo hábeas corpus sino amparo, añadiendo que no es esencial si la restricción proviene de actos de autoridad pública o de particular e hizo lugar al recurso, interpretando que siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, procede el amparo. Sin embargo, se advierte que la figura ha sido restringida, pues se desprende del pronunciamiento que es requisito para acudir a la referida protección que la remisión del examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios administrativos y judiciales causare un daño grave e irreparable. Como se ve, el amparo tuvo un nacimiento promisorio, fue concebida con amplitud por el Máximo Tribunal (Siri), aún cuando en Kot, a pesar de haber sido extendido contra actos de particulares, vino a sufrir alguna restricción.

Regulación Legal

La Segunda etapa es la del período legal, en ella la Ley 16.986 (B.O. del 20/10/66) contempló entre los supuestos de inadmisibilidad del amparo, el de que existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional que se trate (art. 2. inc. a), asimismo cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiera una mayor amplitud de debate o prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas (art. 2 inc. d). A propósito, la Corte Suprema interpretó que no bastaba que exista una vía prevista en la ley para atender la legalidad o ilegalidad de autoridad pública sino que además su empleo no pueda ocasionar un agravio irreparable para el afectado. Conforme al esquema de la ley, la acción de amparo resultaba un instituto residual, heroico, reservado para las delicadas situaciones en las que por falta de otros medios legales peligraba la salvaguardia de derechos fundamentales. Al decir recurso o remedio, el citado inc. a) del art. 2 engloba toda gestión ante el Poder Judicial o administrativo. En cuanto

a la segunda parte, habría que interpretar a contrario sensu que la norma permite el amparo si no hay recursos o remedios, hipótesis discutible y quizás inexistente, porque siempre hay una vía legal para atender la legalidad o ilegalidad de un acto de autoridad pública. Se interpretó, entonces, que no basta que haya una vía procesal para desestimar el pedido de amparo si el trámite no es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. La línea vino siendo marcada por la CS, quien sostuvo que el amparo es viable habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable. En esa línea se pronunció en 1992 cuando consideró que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria o tardía la efectividad de garantías constitucionales como la involucrada en el caso (remuneración de magistrados y funcionarios de Entre Ríos).

Corresponde aclarar que vía previa es la exigencia de articular un reclamo administrativo o jurisdiccional antes de promover el amparo, en tanto que la vía paralela o concurrente es todo medio de defensa de que dispone el agraviado por el acto lesivo al margen del amparo. La ley 16.986, como se dijo, admite ambas vías y, por tanto, el amparo no es admisible si existiendo vías administrativas o judiciales previas éstas no han sido agotadas o si existen vías paralelas y la remisión a ellas no causa gravamen irreparable.

Reforma Constitucional: art 43

La tercera etapa es la de la consagración constitucional en el art. 43 de la CN. Cabe recordar que el Texto de la Constitución hasta 1994 contenía, en la Primera Parte (arts. 1/35) un capítulo único, titulado: "Declaraciones, derechos y garantías" y, a partir de esa fecha, la Primera Parte tiene el Capítulo Primero: "Declaraciones derechos y garantías" (arts. 1/35) y el Capítulo Segundo: "Nuevos derechos y garantías" (arts. 36/43). El art. 43 tiene cuatro párrafos, los tres primeros refieren al amparo y el último al hábeas corpus. En los tres primeros es posible identificar al amparo general, contra cualquier forma de discriminación y respecto de derechos que protegen el medio

ambiente, la competencia, el usuario y consumidor y a los de incidencia colectiva y el hábeas data.

Las condiciones del primer párrafo son aplicables a las distintas especies de amparo. Establece el primer párrafo: *Toda persona puede interponer acción rápida y expedita de amparo siempre que no exista un medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, Tratado o Ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.* Como se advierte, la Constitución se refiere al carácter rápido y expedito de la vía de amparo. Establece la necesidad de confrontar esa vía con otro medio judicial más idóneo y es clara en que no exige del agotamiento de vía administrativa previa porque la norma alude a la expresión medio judicial.

NATURALEZA JURÍDICA: EL AMPARO ¿ES UNA ACCIÓN O UN RECURSO?

Para dilucidar esta cuestión, hartamente debatida en doctrina, tendremos en cuenta el concepto de Celso que decía que la acción consistía en “... el *derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe*”¹⁸¹, hasta llegar a un concepto moderno de acción como un poder jurídico de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional¹⁸². Desde esta perspectiva no hay duda de que **el amparo es una acción**.

En concordancia con lo expuesto, Bidart Campos define al amparo como “... una acción originaria de derecho público que se sustancia en forma de juicio, ante un órgano del poder judicial”¹⁸³. Es posible afirmar que “... ningún otro instituto permite activar a la jurisdicción para deducir una pretensión amparista en pro de la defensa de derechos

¹⁸¹ Roland Arazi: Derecho Procesal Civil y Comercial 2º edición Bs As, Astrea, 1995, pág. 48.

¹⁸² Silvia Adriana Díaz: Acción de amparo, Bs As. Editorial La Ley 2001.

¹⁸³ Bidart Campos: Régimen legal y jurisprudencial del amparo Bs As, Ediar S.A 1969 pág. 339.-

constitucionales eventualmente vulnerados en procura de lograr un rápido restablecimiento de la garantía conculcada.”¹⁸⁴

También participan de este criterio Morello y Vallefín aunque aceptan como uso alternativo el término “procedimiento” que, según su opinión, es el que adopta la norma constitucional.¹⁸⁵ Por consiguiente, si nos ubicamos en la temática del procedimiento a seguir, puede hablarse de *juicio o proceso de amparo* como la clase de relación entre las partes y el juez durante el pleito.

Es posible distinguir la “acción de amparo” como ejercicio del derecho a la jurisdicción dejando el término “juicio de amparo” para cuando la acción pone en movimiento un proceso de tipo jurisdiccional.¹⁸⁶

Este doble sentido del amparo (como acción y como proceso) surge del texto del art. 43 de la Constitución reformada pues “... además de reconocer en la letra expresa del texto fundamental el «derecho de amparo», está requiriendo que la garantía se solidifique en un proceso “rápido y expedito”¹⁸⁷

Por otro lado, hay que destacar que en sentido técnico procesal *se trata de una acción y no de un recurso*. La confusión deriva del empleo que se ha dado a la palabra recurso en su acepción vulgar de “remedio, arbitrio o procedimiento” destinado a obtener algo.¹⁸⁸ Esto es así por las siguientes razones:

1. El amparo constituye una manifestación de la facultad jurídica consistente en acudir ante un órgano jurisdiccional (judicial) solicitando la concreción de determinada consecuencia jurídica: la tutela, declaración o reconocimiento de un derecho o pretensión jurídica mediante la eliminación de la lesión constitucional.

¹⁸⁴ Silvia Adriana Díaz: Acción de amparo, Bs As. Editorial La Ley 2001. Pág. 27

¹⁸⁵ Augusto Morello y Carlos Vallefín: El amparo. Régimen procesal 5ª Edición. La Plata Bs As Lib Edit. Platense, 2004 pág. 4 y ss.

¹⁸⁶ Bidart Campos: Régimen legal y jurisprudencial del amparo Bs As, Ediar S.A 1969 pág. 338

¹⁸⁷ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 5

¹⁸⁸ Augusto Morello y Carlos Vallefín: El amparo. Régimen procesal 5ª Edición. La Plata Bs As Lib Edit. Platense, 2004 pág. 7

2. El amparo -a diferencia de lo que ocurre con el recurso- no actúa específicamente como medio tendiente a reformar o anular una resolución dentro de un proceso, en esa instancia o en otra superior o distinta.

3. El acto procesal inicial lo constituye la demanda de amparo, comienzo de un litigio, en tanto que el recurso no es sino un acto dentro o en el curso de un proceso. Así, dentro del proceso de amparo existen verdaderos recursos.

4. El amparo, cuando se dan sus presupuestos, está dotado de plena autonomía y tiene vida propia y excluyente de remedios procesales conexos. No actúa como accesorio de otra pretensión ni puede, por lo mismo, tener por objeto satisfacer finalidades ajenas a las que lo identifican y singularizan entre los procedimientos judiciales.¹⁸⁹

Distinta es la posición de Gozaíni que considera al amparo consagrado por la Constitución de 1994 como un derecho fundamental¹⁹⁰: considerando los derechos de manifestación que tienen todas las personas para reclamar ante un órgano jurisdiccional el cumplimiento de los preceptos tuitivos a que con derecho se considera, “... el amparo no es un recurso, ni un proceso, sólo un *derecho constitucional de acceso irrestricto* que se consagra en el art. 43 y por el art. 18 en la parte que menciona la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio de la persona y de sus derechos”.¹⁹¹ No obstante, reconoce la existencia de una dimensión procesal en donde opera aquel derecho y concluye que “... el amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta el derecho de acceso a la jurisdicción impidiendo controvertir sobre la existencia de la vía, mientras que el derecho a que ese proceso sea rápido y expedito, informa aspectos que deben cubrirse en la intelección de los principios procesales, lo cual ocupa a la

¹⁸⁹ Augusto Morello y Carlos Vallefin: El amparo. Régimen procesal 5º Edición. La Plata Bs As Lib Edit. Platense, 2004 pág. 7 y 8

¹⁹⁰ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 5

¹⁹¹ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 5

norma reglamentaria que subsiste (en el orden federal la ley 16.986) o que fuera a dictarse”.¹⁹²

EL AMPARO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Coinciden los autores en considerar al amparo como una garantía constitucional recordando que en nuestra Carta Magna se encuentra incluido bajo el capítulo de “Declaraciones, derechos y garantías” y, más concretamente, bajo el título “Nuevos derechos y garantías”.

Entendemos por garantía a la institución creada a favor del individuo para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política.

En estos términos, el amparo es un procedimiento consagrado constitucionalmente para hacer efectiva la protección de los derechos siendo por excelencia una garantía procesal por cuanto significa el medio mediante el cual se hace efectivo el restablecimiento del derecho vulnerado. La diferencia con el resto de los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional está dada porque en tanto en esta cláusula se establece el modo de proteger derechos conculcados por su carácter especial, son las leyes las que regulan la forma de proteger distintos derechos constitucionales (consagración legislativa) y no la Constitución, como sí ocurre en el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus.

Esta es la posición que adopta el Proyecto de ley reglamentaria de la acción elaborado por la Cámara de Senadores, que en su art. 3 reza: “La acción de amparo es una *garantía constitucional* que se ejerce a través de un procedimiento de excepción. Procederá siempre que se invocare fundadamente que las vías ordinarias, idóneas para garantizar la plena amplitud del debate y prueba, no aseguren la protección del derecho afectado con eficacia suficiente para impedir un daño grave e irreparable.” Se trata de

¹⁹² Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 7

una definición importante pues el amparo no es sólo una vía procesal, sino que en sí mismo es una garantía constitucional.

Concepto

Suscribiendo el concepto de acción de amparo dado por Díaz Solimine quien entiende que es la “... acción que tiene por objeto perseguir el reconocimiento de un derecho especialmente establecido por la Constitución frente a la violación o amenaza motivada a través de un acto manifiestamente arbitrario o ilegal, y siempre que no existan otras vías procesales aptas o más idóneas para remediar con rapidez y eficacia el perjuicio sufrido por el afectado, con excepción del menoscabo a la libertad física, pues la protección de ésta se encuentra alcanzada por el hábeas corpus”.¹⁹³

Para realizar un mejor análisis del mismo lo hemos descompuesto en los siguientes puntos: a) objeto de la acción de amparo, b) su procedencia, c) idoneidad del medio elegido (es decir, si la acción funciona como vía principal o subsidiaria) y d) principio de celeridad

Objeto de la acción de amparo

De acuerdo a lo que expresa la primera parte de la definición el amparo es la acción que *tiene por objeto perseguir el reconocimiento de un derecho especialmente establecido por la Constitución*. En igual sentido, Gozáini manifiesta que el amparo procura la tutela de los derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados o provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de protección supraestatal.¹⁹⁴

Merece destacarse que la reforma constitucional ha conservado la redacción que trae la ley 16.986 para caracterizar el acto lesivo que es objeto de amparo. En tal orden de ideas, la acción resulta admisible “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con

¹⁹³ Omar Díaz Solimine: Juicio de Amparo Bs As Edit. Hammurabi srl, 2003 pág. 45

¹⁹⁴ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 8

arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.” La norma constitucional traza así una directriz rectora incuestionable: no hay actos ni omisiones de autoridades públicas que resulten, de suyo, irrevisables dentro del sistema constitucional del amparo.¹⁹⁵

Las variantes introducidas con respecto a la legislación anterior son mínimas:

A) Se admite la acción contra actos de autoridad pública y de particulares (antes, art. 1, ley 16.986 y art. 321 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respectivamente) que provoquen o amenacen, en forma positiva o por omisión, la realización de algún derecho fundamental.

B) Se agrega en la órbita de los derechos protegidos, los provenientes de tratados y de leyes, por lo cual la protección no comprende solamente a los derechos o garantías reconocidos por la Constitución.

C) Se reconocen nuevos derechos de incidencia colectiva, como por ejemplo los vinculados al medio ambiente.

D) Se deroga la prohibición de decretar en el amparo la inconstitucionalidad de normas (art. 2 inc. d), ley 16.986).

E) La exclusión por la existencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o la garantía se limita a la existencia de medios judiciales más idóneos que tornan improcedente el amparo.

F) Se amplía la legitimación activa al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones “... que propendan a esos fines...”, sobre la base de un registro organizado por una ley aún no dictada.

G) La reforma elevó la acción de amparo al mismo nivel de los derechos que pretende proteger.

Vale aclarar que al haberse omitido la referencia a los “derechos explícita o implícitamente reconocidos” que indicaba la ley amparista, la Constitución Nacional

¹⁹⁵ Patricio Sanmartino: La tutela amparista y el derecho de la emergencia. Jurisprudencia Argentina 2003-II pág. 1184

pareciera sugerir la positivación necesaria del derecho reclamado, pero tal interpretación es contraria a la letra del art. 33, del cual se toma que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Procedencia

La definición continúa diciendo que el amparo procede “... *frente a la violación o amenaza motivada a través de un acto manifiestamente arbitrario o ilegal...*” de autoridades públicas o de particulares.

Reviste el carácter de autoridad pública “... todo organismo dependientes de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del gobierno, la administración central, las entidades autárquicas, sociedades del Estado, los concesionarios de los servicios estatales y todos los funcionarios, agentes y empleados estatales que, en el ejercicio de su rol institucional, incurran en actos u omisiones lesivos para los derechos constitucionales.”¹⁹⁶

Tal amplitud permitiría deducir acciones de amparo contra actos de todos los poderes del Estado pero debemos tener en cuenta que no es el modelo permisivo el adoptado por nuestra Carta Magna, sino su opuesto, el sistema restringido y subsidiario, de manera que no estarían incluidos en la naturaleza de los actos públicos los emitidos por la función judicial ya que estos últimos implican la resolución de conflictos por aplicación del derecho con virtualidad de cosa juzgada. De todos modos, el art. 2 inc. b) de la ley 16.986 no está modificado, por lo cual no procede el amparo contra los actos emanados del Poder Judicial. En cambio, se admite cuando los actos emitidos por los poderes legislativo y jurisdiccional resultan propios de sus acciones administrativas.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Gregorio Badeni: Reforma constitucional e instituciones políticas Bs As Ed. Ad-hoc pág. 238

¹⁹⁷ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 29

Todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares es materia objeto del juicio de amparo siempre que esas actitudes se traduzcan en la *violación o amenaza de un derecho constitucionalmente protegido*. El texto constitucional es más amplio pues enumera diferentes supuestos de violación al decir que debe tratarse de un acto u omisión “... que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace...”.

Con respecto a la *forma como se produce la afectación* diremos que la lesión conforma un término genérico que abarca las derivaciones siguientes que corresponden a la alteración o la restricción. *Lesionar* supone ocasionar un daño específico, mientras que la *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental, y la *restricción* significa reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada. El comportamiento lesivo puede también provenir de una amenaza, o sea, de una acción que indique la inminencia de un perjuicio, siempre que tenga entidad suficiente como para resultar cierta y grave.

El concepto que estamos estudiando determina que el acto lesivo debe ser “... *manifiestamente arbitrario o ilegal...*”, premisas que aparecen tanto en las leyes amparistas anteriores como en la Constitución Nacional. La *ilegalidad* supone algo que es contrario a la ley y, por tanto, ilícito. Dicha ilegalidad por sí sola autoriza la defensa de la Constitución, por la cual se persigue retornar a un estado de derecho. Pero la ilegalidad puede ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, clara; o bien, ser producto de una interpretación equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales, dicha ilegalidad asume la forma de *arbitrariedad*.¹⁹⁸

Modo de funcionamiento de la garantía: ¿Es una vía principal o subsidiaria?

El art. 43 de la Constitución comienza diciendo que toda persona puede interponer una acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista *otro remedio judicial más idóneo*. Esta frase ha generado múltiples debates acerca de la naturaleza de la tutela

¹⁹⁸ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 31

constitucional dando lugar a un interrogante: ¿Qué alcance posee la disposición constitucional? ¿Cómo medir la idoneidad del medio judicial? ¿Por la rapidez en obtener la tutela? ¿O por la amplitud del procedimiento del que se trate para acreditar la lesión a los derechos afectados?¹⁹⁹

Desde el punto de vista doctrinario es posible determinar, con nitidez, dos posiciones emblemáticas:

1) Por un lado, quienes comulgan con la tesis amplia han sostenido que el amparo, lejos de ser una vía excepcional, es un mecanismo de máxima eficacia tuteladora que se ejerce de manera **directa y principal**.

En este sentido, Bidart Campos para quien la acción de amparo es una verdadera demanda, o sea, una vía directa²⁰⁰ y Morello que expresa que el amparo sería una alternativa principal, que cedería sólo en el supuesto de existir otras mejores, es decir, más idóneas, eficaces o útiles, las cuales serían excepcionales y no la regla.²⁰¹ Este autor afirma que tal *idoneidad* debe ser evaluada “en el sentido de que esa otra técnica instrumental sea más provechosa, menos dilatoria, más económica y efectiva, según la finalidad de tutela específica que de ella se aguarda en la órbita del proceso justo”²⁰².

De la misma manera, el dictamen de la mayoría de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, que sesionó en el XIX Congreso de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1997, concluyó: “La acción de amparo, es una acción principal, no subsidiaria, ni heroica, ni residual, ni de excepción, que tan sólo cede ante la existencia de un medio, de carácter exclusivamente judicial, más idóneo, es decir más expedito y rápido que el amparo.”²⁰³

No deja de pensar de modo similar Vannosi, quien entrando en los supuestos prácticos, afirma que el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo y que la interpretación más razonable de la norma es

¹⁹⁹ María Angélica Gelli: Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada Bs As Editorial La Ley 2004 pág. 388 y ss

²⁰⁰ Bidart Campos: Régimen legal y jurisprudencial del amparo Bs As, Ediar S.A 1969 pág. 131

²⁰¹ Augusto Morello: Reconocimiento del amparo Jurisprudencia Argentina 2003-II pág. 1300

²⁰² Augusto Morello: Reconocimiento del amparo Jurisprudencia Argentina 2003-II pág. 1301

²⁰³ Silvia Adriana Díaz: Acción de amparo, Bs As. Editorial La Ley 2001. Pág. 31

que la pretensión de amparo, siempre que concurren los presupuestos que la condicionan, comporta una alternativa principal, sólo susceptible de desplazamiento por otras vías más expeditas y rápidas, pero que la legislación procesal argentina no regula procedimientos judiciales que ofrezcan mayor idoneidad que el amparo en cuanto a simplicidad y celeridad, por lo que el amparo desplazaría a procesos judiciales de carácter especial que tienden a la protección de derechos acordados por las leyes comunes y no directamente por la Constitución. El autor señala el peligro de que se multiplique el número de amparos con la consiguiente devaluación del remedio, que podría convertirse en un proceso regular más.²⁰⁴

2) Por otro lado, sobre la base de una hermenéutica que hunde sus raíces en la “intención del constituyente” de 1994, quienes defienden la tesis restringida han entendido que en aquella Convención hubieron dos tesis de las cuales triunfó la que concibe al amparo como **remedio residual o subsidiario** en cuanto a otros procedimientos judiciales para encarar el acto lesivo.

En ese orden de ideas, quienes estudian la norma constitucional a la luz de sus fuentes (debates en la Convención Constituyente y en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías), toman en especial consideración la exposición del miembro informante del despacho mayoritario, convencional Rodolfo Díaz, la cual no es muy acorde con el texto sancionado. En efecto, dijo que “... *el remedio singular del amparo está reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales, pelagra la salvaguardia de los derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción...*”, para expresar luego su acuerdo con la doctrina judicial según la cual “...*la acción de amparo constituye una vía excepcional cuya procedencia queda condicionada a la inexistencia de otro remedio judicial o administrativo...*”.²⁰⁵

Por lo tanto, el amparo incorporado a la Constitución reconoce como antecedente necesario a la jurisprudencia sentada desde “Siri” y “Kot” hasta la reforma y mantiene –

²⁰⁴ Jorge Vanossi: La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994 pág. 175

²⁰⁵ Augusto C Belluscio: El amparo y los otros medios judiciales. Jurisprudencia Argentina 2003-IV pág. 1168

en consonancia con dicha jurisprudencia– el carácter excepcional de la acción, pues parte de la eficiencia de las vías ordinarias para tutelar situaciones que no resulten extraordinarias.²⁰⁶

Sostiene Sagüés sobre esa base que el amparo no es una vía principal u ordinaria sino supletoria, señalando también la inflación, y consecuente desvalorización, del número de amparos que produciría la tesis contraria, no querida y rechazada por los constituyentes.²⁰⁷

También Gozaíni participa de este criterio y recuerda que “... *el amparo, por su parte, queda reservado como el trámite adecuado para custodiar los valores que el proceso ordinario no esté en condiciones de tutelar, o, si lo hace, no lo priorice en los términos de rapidez y expeditividad que la norma constitucional consagra.*”²⁰⁸

No obstante coincidir sobre el carácter del amparo en la Constitución Reformada, Gelli enseña que en la medida en que el orden jurídico no provea el remedio eficiente y pronto para proveer la tutela judicial efectiva, la vía del amparo resulta admisible. Esta interpretación atenúa el carácter excepcional del nuevo amparo ya que a partir del análisis del artículo 43 concluye que: 1) la existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo; 2) El principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.²⁰⁹

Ahora bien el art. 43 CN inhabilita la acción de amparo cuando exista otro medio judicial más idóneo, modificando la redacción del art. 2 inc. a) de la ley 16.986 que explicita: “*la acción de amparo no será admisible cuando existen recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección constitucional del derecho o garantía constitucional de que se trate.*” En ésta, la acción era subsidiaria puesto que funcionaba ante la inexistencia de otros remedios.

²⁰⁶ Patricio Sanmartino y Fabián O Canda: Amparo Vs Recurso Directo: El dilema del medio judicial más idóneo El derecho 181-994

²⁰⁷ Néstor Sagüés: Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. La Ley 1995-D, 1517

²⁰⁸ Osvaldo Gozaíni: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 10

²⁰⁹ María Angélica Gelli: Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada Bs As Editorial La Ley 2004 pág. 390

El primero de dichos conceptos es el de *las vías previas*, las cuales fueron eliminadas en la norma constitucional facultando un acceso directo al amparo cuando no existan trámites jurisdiccionales que soporten idénticas cuestiones planteadas. Sin embargo, hay distintas interpretaciones sobre el alcance de esta modificación. Según Rivas y Gelli la admisibilidad del amparo no exige la existencia ni el agotamiento de las vías administrativas²¹⁰ pues es claro que al particular no le será obligatorio utilizar los caminos burocráticos en detrimento de su derecho de ampararse.²¹¹

Quiroga Lavié se pronuncia en el mismo sentido, al sostener que la Constitución no ha incluido como requisito de procedencia del amparo que no exista “*otro medio administrativo más idóneo*”. Se ha limitado a restringir la improcedencia a los trámites judiciales, con lo cual se torna inconstitucional la exigencia citada de la ley amparo, que no lo hace procedente cuando existiera un recurso o remedio administrativo que permita obtener la reparación buscada (art. 2, inc. a), ley citada).²¹²

En cambio, Gozaíni entiende que debe tratarse de vías administrativas agotadas, donde cada estamento haya tenido la intervención que el procedimiento establezca y dictado las resoluciones correspondientes a su instancia. La pendencia de actos pertinentes priva de actuación al juez, pues, de otro modo, sucumbiría la estructura organizacional del Estado con el gobierno de los jueces dentro de ella. Igualmente, el autor reconoce que la vía previa que no está mencionada en la norma constitucional debe ser interpretada en la medida del reclamo que se peticiona.²¹³

El segundo de los conceptos aludidos es el de *las vías paralelas o jurisdiccionales*. De acuerdo a lo normado por la Carta Magna, cualquier proceso ordinario que tenga igual o similar aptitud para resolver la crisis constitucional desplaza la procedencia de la acción de amparo si completa el recaudo de prontitud y eficacia que lo habilita como

²¹⁰ María Angélica Gelli: Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada Bs As Editorial La Ley 2004

²¹¹ Adolfo Rivas: El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina. La Ley 1994-E pág. 1335

²¹² Humberto Quiroga Lavié: Constitución de la Nación Argentina comentada Bs As Zabalía Editor 1996. Pág. 221

²¹³ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 12

proceso concurrente. En la actualidad es válido afirmar que no sería la existencia de otra vía la que cerraría indefectiblemente el paso hacia el amparo, sino la ineptitud de ella la que lo habilita.²¹⁴

Principio de celeridad

La cualidad de expedita y rápida de la vía del amparo se mantiene en la versión constitucional. Como puede verse una de las características fundamentales del amparo argentino es la *celeridad de la vía elegida*. Frente a la situación cierta y probada de urgencia, la respuesta jurisdiccional debe operar inmediatamente.

Uno de los principios que pueden reconocerse en el art. 43 CN es el de celeridad, el cual se vincula con el principio de economía procesal y hace a la modalidad del desarrollo del proceso. La urgencia se manifiesta no sólo en el acceso sin obstáculos a la jurisdicción sino que ella también impregna el trámite procesal del amparo mediante la exigencia de un despacho preferente de las actuaciones. La rapidez con la que se debe ventilar un proceso de amparo es una exigencia natural derivada de los valores que ponen en juego este proceso. Este principio extiende su alcance a la ejecución de la sentencia.²¹⁵

De lo que se trata en este caso es de brindar una justicia eficiente. Y no será eficiente aquella que llegue cuando las cosas se encuentren en un estado irreversible. Por lo tanto, el tema temporal está íntimamente vinculado con el debido proceso y el acceso a la justicia (principio de accesibilidad inmediata). Así se ha sostenido que el debido proceso implica el libre acceso al tribunal, la posibilidad plena de audiencia; comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un procedimiento eficaz y sin dilaciones, adecuado a la naturaleza del caso justiciable y público, con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención. Dentro del marco del debido proceso, la regla de la celeridad indica que aquél debe tramitar y lograr su objeto en el

²¹⁴ Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995. pág. 14

²¹⁵ Patricio Sanmartino: La tutela amparista y el derecho de la emergencia. Jurisprudencia Argentina 2003-II pág. 1183

menor tiempo posible, por una simple razón, apuntada por Couture: **“En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es justicia.”**²¹⁶

Por lo tanto concluimos que la acción de amparo constituye un proceso simplificado tanto en el tiempo como en la forma, ya que lo que se busca es reparar de manera urgente y de una forma eficaz la lesión a un derecho constitucional.-

LA ACCIÓN DE AMPARO EN PARTICULAR: EL CASO DEL CORRALITO FINANCIERO

El aspecto de estudio es la limitación para el retiro por parte de los ahorristas de depósitos bancarios dispuesta por Legislación Nacional (Decreto 1570/2001 y sus normas reglamentarias y modificatorias). Debido a aquella medida se produjo un aluvión de requerimientos judiciales por parte de los particulares en procura de obtener el reintegro de sus depósitos y, de esta manera, evitar el menoscabo de su derecho constitucional a la propiedad. La mayoría de los reclamos pretendían que el reintegro fuera sin limitaciones y en la moneda original en que habían sido efectuados.

Competencia judicial

La competencia federal correspondía en razón de las personas pues se demandaba al Estado Nacional (o al B.C.R.A.), también aquélla fue reclamada en razón de la materia toda vez que la cuestión debatida implicaba a la política nacional en cuestiones monetaria y cambiaria.

Arazi ha analizado el alcance de la norma constitucional que otorga competencia exclusiva a los Tribunales Federales para *“...el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales”*. Sucede que los jueces provinciales no pueden entender en los juicios en los que se

²¹⁶ Adolfo Alvarado Velloso: Introducción al estudio de derecho procesal. Primera Parte Santa Fe Edit. Rubinzal-Culzoni 2000, pág. 266

pretende dirimir conflictos que se originan por la aplicación de leyes “nacionales” y no pueden resolverse sin declarar previamente la inconstitucionalidad de esas leyes, siendo dicha declaración el fundamento de la pretensión del actor.²¹⁷

Igual posición adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir que “... *es competente el fuero federal y no la justicia ordinaria para entender en las acciones de amparo tendientes a recobrar ahorros reprogramados por razones de emergencia – corralito- pues si bien se impugnan actos emanados de un particular –entidad depositaria– también se cuestionan las normas nacionales que le dan sustento –decreto 1570/2001 y disposiciones concordantes-, las que estarían en contradicción con leyes de igual tenor y la Constitución Federal, por lo que interferirían con un fin nacional.*”²¹⁸

El plazo para la interposición del amparo

En los hechos se hicieron dos lecturas del problema. Un sector sostenía la idea de admitir acciones de amparo sin exigirle un plazo cierto; otros pensaron que debía ponerse un límite y, en tal sentido, aplicaron el artículo 2, inciso e), de la ley 16.986 de la Ley de Amparo.

En el ámbito de la Cámara Nacional Federal rige, desde junio de 1999, el plenario “Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales” el que estableció la vigencia del mentado dispositivo, ofreciendo como argumento central el siguiente: “sostener la inexistencia de plazo alguno, dejarlo librado a la discrecionalidad judicial, o aplicar analógicamente otros previstos para situaciones distintas, desnaturalizan el derecho de amparo; por ello no se advierte obstáculo legal ni constitucional alguno y sí sólo conveniencia para aplicar el plazo del artículo 2, inciso e) de la ley 16.986 para el ejercicio del derecho de amparo”. Esta tesis sostiene la indefinición de la Corte que, en el caso “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, y donde se expresa que el punto de partida del plazo de quince días que establece el artículo 2,

²¹⁷ Ronald Arazi: El derecho Procesal frente a la Emergencia Pública. El Derecho 197, pág. 773

²¹⁸ CSJN Melli Hugo A c/Banco Río de la Plata Boletín La Ley del 24/10/2002 pág. 2

inciso e), de la ley 16.986, se trata de una cuestión de índole procesal que, aunque regida por una ley federal, no autoriza -en principio- la intervención del Superior Tribunal por la vía excepcional del recurso extraordinario.-

Pero la gran cantidad de juicios hizo que la Corte Suprema en una acordada dispusiera feriado judicial para evitar que los tribunales colapsaran. Esto hizo pensar a algunos que el plazo para interponer los amparos vencía el 21 de febrero y que la Corte Suprema la había prorrogado hasta el 28 de febrero del 2002. El artículo 2 de la Ley 16.986, de amparo contra acto de autoridad pública (una de las ocho leyes nacionales que legislan sobre la materia), dice que ***“La acción de amparo no será admisible cuando (...)” inciso e) “La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.”***

El Dr. Andrés Gil Domínguez ha dicho que esta disposición, que estable un plazo de caducidad tan breve, ha sido derogada por el artículo 43 de la Constitución reformada en 1994, pero entendemos que no es necesario llegar a tal interpretación, ya que la no devolución de los dineros depositados constituyen omisiones y no de actos. Que dichas omisiones no tiene término para cesar, como tales, y en consecuencia no hay fecha que indique cuando comienza a correr el plazo para producir la devolución, en consecuencia no hay plazo tampoco para interponer el amparo. Esto cambiaría en caso que el banco, ante un pedido del ahorrista, hubiera negado expresamente la devolución del dinero, en cuyo caso el plazo comienza a correr en ese momento.

La legitimación en el amparo y su jurisprudencia

En cuanto a la pregunta de a quien demandar? Las respuestas eran oscilantes: unos sostenían que, al ser una pretensión declarativa de inconstitucionalidad de las normas dictadas por el Estado y las reglamentaciones consecuentes, el sujeto pasivo solamente era el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Economía y, a veces, Jefatura de Gabinete de Ministros) y el Banco Central de la República Argentina.

Otros argumentaron que la injerencia del Estado a través de las normas presuntamente inconstitucionales afectaba una relación particular entre el banco y el ahorrista, de modo

tal que el amparo debía reconocer también a la entidad financiera como sujeto de la acción.

Hubo quienes interpretaron que, en realidad, el banco era un tercero alcanzado por los efectos de las normas, de manera que debía intervenir en el proceso con esa condición.

Por otro lado, el sujeto activo de la pretensión aparecía con menores dificultades, toda vez que el artículo 43 de la Constitución Nacional, reconocía a cualquier persona la posibilidad de interponer la acción expedita y rápida de amparo, calidad que no apareció debatida en la práctica, en la medida que el proceso de amparo ha permitido desarrollar el procedimiento sin efectuar pedidos de integración de litis (como debe ser cuando el amparo lo deducen quienes tienen una cuenta corriente conjunta o en supuestos de reclamos de depósitos que tienen varios titulares en cuentas no indistintas, etc.), aceptando la sola presentación de algún afectado.

Ya se había dicho que: "*dado que el poder de juzgar sólo ha de ejercerse en la medida en que perdure una situación de conflicto de intereses contrapuestos en el marco de una 'controversia' o un 'caso', cabe rechazar la acción de amparo interpuesta por un usuario del servicio bancario tendiente a obtener que el Banco Central levante toda limitación de la información respecto del sistema bancario nacional y a que se declare la inconstitucionalidad de aquellas medidas que suponen una desinformación respecto de la evolución del mismo; ya que, los posibles alcances que una eventual sentencia favorable podría llegar a tener en la esfera propia del accionante, ponen en evidencia la inexistencia de causa judicial que tenga por finalidad la tutela de los intereses alegados por las partes. Debiendo, además, señalarse que la mentada acción no introduce alteración en el orden legal de las competencias, ni permite soslayar los trámites ordinarios ni es apta para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a su jurisdicción; tanto menos si, como en el caso, tampoco se ha demostrado que el acto administrativo cuestionado haya restringido, lesionado o alterado derechos o garantías constitucionales*"²¹⁹

²¹⁹ CNCont. Adm. Fed., Sala II, octubre 12-1995, ED, 167-94

También se argumentó que: *"no procede la acción de amparo contra el Estado por cobro de depósitos a plazo fijo cuya extinción mediante entrega de títulos de la deuda pública fue dispuesta por el acto atacado; ello así, pues el juicio de amparo no es apto para dilucidar controversias relativas al cumplimiento de cláusulas contractuales y el cobro de sumas de dinero"*²²⁰

Luego de leer estas citas cabía preguntarse si la acción de amparo podía interponerse a varios demandados. Si observamos la Ley de Amparo, allí se indica que la individualización del demandado debe realizarse "en lo posible", en razón de entender que no es imprescindible tal especificidad, como sí, en cambio, lo requiere para el órgano responsable, pues la sentencia solicita la mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo.

De allí que fue de mayor dificultad resolver la intervención de los bancos como terceros, pues en la ley 16.986 no se encuentra especialmente reglado, aunque se pueden seguir los procedimientos del Código Procesal por la remisión que efectúa el artículo 17.

De todos modos, más allá de que la ley prevea la aplicación supletoria de las disposiciones procesales en vigor, las normas del Código Procesal referidas a la actuación de terceros en el proceso y a la integración de la litis rigen situaciones diversas a las que se plantean en el marco del denominado amparo colectivo, las que para este caso, resultan absolutamente insuficientes.²²¹

La doctrina, en líneas generales, permite la intervención de terceros atendiendo para ello los beneficios que puede lograr con el acto lesivo o los perjuicios que sufre por el comportamiento de la autoridad estatal y la jurisprudencia confirma el carácter restrictivo que impide la promoción de incidentes de cualquier naturaleza que demoren la rapidez que el proceso exige, pero no cuestiona la participación de terceros cuando está suficientemente justificada y se ha fundamentado claramente la necesidad de su intervención. También se acepta cuando aparece un interés jurídico relevante.

²²⁰ CNFed. Cont. Adm. Sala IV, Julio 31-990, La Ley 1990-D, 529

²²¹ CNFed. Contencioso Administrativa, Sala IV, 1998/06/23, "Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones", La Ley 1998-D, 712

La Corte Suprema de Justicia de la Nación menciona que la citación de terceros debe encontrarse justificada en una razón suficiente y sólida²²²; que quien solicita la actuación de otro que no es parte pesa la carga de demostrar que se trata de algunos de los supuestos que autorizan a disponerla²²³. También se pronunció por autorizar la citación de un tercero con un interés jurídico autorizado (una eventual acción regresiva), aclarando que ello no obliga a la parte a litigar contra los terceros “sino solamente a darles una intervención imprescindible”²²⁴

La producción del informe circunstanciado

En los procesos constitucionales se discute si la bilateralidad es estricta o se permiten atenuaciones en la cerrada aplicación del principio de contradicción. No se trata de convertir al amparo en un proceso voluntario, ni menos aun desplazarlo a los carriles de la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, sino de observar si el juego de alegaciones y réplicas permanentes es una metodología apropiada para el proceso rápido y expedito que se persigue.

La bilateralidad supone que, como en todo proceso, el conflicto enfrenta dos posiciones distintas: una que sostiene la ilegalidad o ilegitimidad del acto o la amenaza y otra que defiende la constitucionalidad de dicho comportamiento. Por eso, el punto no es el debate entre partes, sino la contenciosidad, es decir, si existe o no controversia.

Creemos que es evidente la bilateralidad del amparo, si tenemos en cuenta la claridad con que la ley se expresa cuando se refiere a la "demanda de amparo" (artículo 6), a las "partes" (artículo 9), al "accionado" (artículo 10) y a otras situaciones procesales que demuestran la duplicidad de intereses y opiniones que el juez debe esclarecer.

Lo que no está claro es la forma como se debe concretar la dualidad de posiciones, porque en el esquema clásico de la “litiscontestatio” se espera que quien ejerce la pretensión contra otra persona y frente al Estado reciba la resistencia del demandado y

²²² Fallos, 316:775

²²³ Fallos, 318:2551

²²⁴ Fallos, 313:1053

delegue la responsabilidad de interpretar las conductas denunciadas en el juez de la causa.

Mientras que los ordenamientos amparistas con que cuenta nuestro país no son coincidentes en la forma como señala la “traba de la litis”; en algunos casos, como sucede con la ley 16.986, se pide un informe circunstanciado, en otros supuestos se requiere la “contestación de la demanda”, siendo diferentes las posibilidades de llevar a cabo ambos emplazamientos.

El informe no es técnicamente una contestación de demanda, pese a que el oficio (en el caso de amparo contra actos de autoridades públicas) o la cédula de notificación (cuando se trata de amparo contra actos de particulares) suelen estar acompañadas de copias de la demanda y de la documentación agregada con ella.

En este aspecto, los amparos deducidos en el "corralito" han unificado la sustanciación por oficio a todos los sujetos pasivos denunciados.

El pedido de informes es una requisitoria del juez para que el órgano o la persona denunciada en el amparo ofrezca las explicaciones de su proceder o fundamente las razones de su comportamiento u omisión lesiva, o, en su caso, de los motivos que originaron la sanción de un acto o resolución de carácter administrativo.

No es necesario que el sujeto pasivo conteste todos y cada uno de los hechos que porta la pretensión. Sólo debe dar explicaciones, porque el informe circunstanciado que se pide es un “deber de informar” al Tribunal, no funciona como “carga procesal”.

De este modo, el proceso se integra con fundamentaciones fácticas y jurídicas que no resultan propiamente “hechos controvertidos”. Es verdad que la dualidad de posiciones existe, pero no es técnicamente -como se dijo- un proceso controvertido.

En los hechos la producción de informe opera como una verdadera contestación de demanda, porque se puede ofrecer prueba e, inclusive, introducir nuevos hechos que amplían el campo de conocimiento jurisdiccional.

En este sentido, la sanción del decreto 905/02 (B.O., 2002/06/01) fue una norma que introdujo modificaciones en la relación jurídica cuestionada en los amparos que se estudian, pues esta vez no afectaban situaciones procesales, sino la forma de cancelar la

obligación. Por eso constituyeron hechos nuevos o, en otros términos, la obligación de incorporar al debate procesal, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto, y en caso de haberse aceptado los términos ofrecidos por la disposición, advertir sus efectos en el proceso y respecto a la relación jurídica en sí misma.

De este modo, se ha señalado como los informes circunstanciados no han cumplido con el deber constitucional exigido, para actuar con escritos uniformes y repetitivos que obraron como simples fotocopias acompañadas en las causas, y que de esta manera no encontraron respuestas concretas a problemas concretos.

Con ello queremos expresar que el informe requerido en los términos del artículo 8 de la ley 16.986 debe responder las consignas que se le piden, porque cuando se aplica la misma contestación a problemas diferentes (como son las del ahorrista común, del afectado en la disponibilidad de su dinero, del que tiene más de 75 años de edad o está afectado por problemas de salud) las consecuencias no pueden tener simetrías.

Sin embargo, es preciso diferenciar los alcances que parten desde la producción del informe o su ausencia, porque se deben corresponder con lo que sucede cuando la contestación de la demanda es inexistente, deficiente o no cumple con el deber de expedirse respecto a la autenticidad de la documentación acompañada.

Información simple sin prueba. Efectos sobre la documentación.

Una de las alternativas que se puede dar tras el emplazamiento jurisdiccional resulta la breve información que efectúe el demandado. La respuesta simple, sin otros datos que los objetivamente comprobables o relatados en la pretensión, no tiene consecuencias para quien así lo practica, precisamente, porque no está obligado a reconocer ni a negar los hechos manifestados en la demanda.

La norma procesal dice que “producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo” (artículo 8, tercer párrafo, ley 16.986).

De este modo, la respuesta formal, concisa, o simplemente breve sin demasiados agregados, lo único que provoca es la apertura a prueba de las verificaciones que el actor quiera efectuar y, en su defecto, el paso inmediato a la sentencia.

Algunos sostienen que se debe aplicar la carga del artículo 356 que, en este aspecto, coincide con el artículo 8 de la Ley de Amparo, respecto a la obligación de reconocer o desconocer los hechos y la autenticidad de la documental acompañada.

Pero se debe tener en cuenta que el requerimiento de informe no es un traslado de la demanda aunque opere como tal. El escrito de demanda que suele acompañar la notificación hace al derecho de defensa en juicio pero no constituye una “carga procesal” sobre la cual el demandado se deba pronunciar.

Al tomar conocimiento de los hechos y de la documentación que refiera a ellos, el sujeto pasivo del amparo tiene el deber de dar a la jurisdicción su versión sobre ellos o la fundamentación que tenga para explicar sus actos u omisiones.

El deber que mencionamos puede tener consecuencias en orden a la calificación del comportamiento de la parte en el proceso y, en su caso, considerar a la conducta como una pauta probatoria de su escasa o nula razón para actuar (artículo 163, inciso 5, párrafo final del CPC).

Así fue en los casos que el Estado o sus entidades autárquicas efectuaron un informe que nada tiene que ver con el problema planteado (por ejemplo cuando se contestó con el informe fotocopiado de las causas denominadas "corralito" y el conflicto versa sobre títulos de la deuda pública o impugnación de otros decretos).

De esta manera, la versión del demandado sobre los hechos no es una obligación procesal, sino un deber hacia la jurisdicción para que ésta pueda resolver. El déficit que acuse el informe circunstanciado no tiene consecuencias procesales, porque el derecho de defensa en juicio es una facultad que se puede o no ejercer, pero deja al magistrado sin la posibilidad de atender la fundamentación clara y concreta del acto lesivo cuando ella no aporta “los antecedentes y los motivos de la medida impugnada”.

La ley nada dice respecto a la documentación, sólo agrega que el requerido “debe” cumplir la “carga” de ofrecer la prueba tal como lo puede hacer el actor. Por ello, los

efectos no son otros que la eventual eliminación de la etapa probatoria, sin que se tenga por reconocida o admitida ninguna de las pruebas ofrecidas por el amparista.

La Cámara advierte estos desatinos, y la confluencia de opiniones generales que no aciertan en el deber de información que se les requiere. En la causa "Falcón, Isabel I." se dice que "los acreedores de títulos públicos del Sector Público Nacional no tienen el mismo tratamiento que otros porque respecto de unos el Estado Nacional respetará los términos de la legislación que regula su deuda y respecto de otros el Estado unilateralmente altera la esencia de sus obligaciones. De tal modo se quebranta el principio de igualdad que exige el mismo tratamiento normativo para quienes se encuentran en igualdad de situaciones. En este caso, para los acreedores. No se ha invocado argumento alguno que explique de modo razonable el distinto tratamiento otorgado a unos y otros acreedores. Frente a esto se desvanecen todas las argumentaciones del considerando del decreto y las que expone el Ministerio de Economía en estos autos porque las dificultades financieras y económicas que se invocan, los problemas del financiamiento del sector público nacional, el déficit presupuestario y la crisis que provoca la emergencia no admiten el distinto tratamiento que resulta del decreto 471/02.

La falta de un criterio admisible que justifique el distinto tratamiento otorgado a unos y otros acreedores lleva a concluir que la limitación de la sustitución de la prestación debida sólo para los títulos públicos cuyas obligaciones están regidas por la ley argentina pretende evitar que el Estado Nacional sea condenado por tribunales extranjeros en el supuesto de haberse afectado el derecho de propiedad de los acreedores cuyos créditos están regidos por la ley extranjera.

Por tanto, la posición asumida por el Estado Nacional es insostenible y no se justifica invocando razones de emergencia. Los poderes del Estado durante una situación de grave perturbación económica, social, o política no son absolutos e ilimitados, sino que deben ejercerse en el marco que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional y las decisiones que adopten los poderes políticos del Estado están sujetos al control del Poder Judicial. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que

"aún en situaciones de grave crisis o de necesidad pública, frente a la invocación de derechos subjetivos o agravios concretos dignos de la tutela judicial, corresponde a los jueces controlar si los instrumentos jurídicos implementados por los otros poderes del Estado no son contradictorios con la normativa constitucional" ²²⁵

Información y contestación sin prueba. Efectos.

La contestación del amparo sin ofrecimiento de prueba no determina sin más la admisión de la demanda. Justamente, si el emplazamiento no fuerza al contradictorio tampoco se puede pensar que la omisión deliberada de prueba sea motivo bastante para eludir esta fase cuando el actor tenga verificaciones pendientes.

En cambio, si la prueba del actor consiste únicamente en la documental acompañada y no ha mediado objeción con respecto a la autenticidad de los documentos privados agregados, el juez debe dictar sentencia dentro de las 48 horas de presentado el informe o de vencido el plazo para hacerlo.

Asimismo, la prueba ofrecida por el actor no constituye para el juez la obligación de proveerla, toda vez que conserva la facultad de estimar la producción de aquella que considere pertinente y conducente al debido esclarecimiento de la cuestión.

Quien elude informar deja de explicar y sin justificación los actos u omisiones que en su contra se denuncian. Por ello, tal actitud, si bien no es técnicamente un reconocimiento o una admisión, sí constituye un deber incumplido que pesa sobre la calificación de la conducta de las partes en el proceso.

La omisión del informe. ¿Hay rebeldía o incontestación?

Puede suceder que el informe no se produzca por omisión o renuencia voluntaria de quien ha sido emplazado. De seguir la posición del informe como contestación de la demanda, los efectos debieran ser aquellos que corresponden a la rebeldía (si el actor lo solicita) o a la incontestación (efectos procesales inmediatos).

²²⁵ Fallos 316:2624

La rebeldía supone lograr el reconocimiento de los hechos pertinentes y lícitos a que la demanda se refiere, pudiendo el juez omitir la etapa probatoria si con el material que cuenta lo considera suficiente para dictar sentencia sin más trámite.

La incontestación produce similares efectos, salvando aquellos que corresponden a notificaciones a practicar o medidas cautelares subsiguientes.

Es decir, el informe circunstanciado no producido genera la obligación judicial de proveer la prueba del actor o, en su caso, de dictar sentencia inmediata.

De tal modo el incumplimiento del deber de informar constituye una acción contraria para quien así actúa, aún sin resultar una presunción en su contra, el acto se puede valorar como un obrar imprudente que manifiesta la falta de colaboración en la búsqueda de la verdad y una prueba contra sí mismo.

Ahora bien, si la omisión del informe resulta de la falta de requerimiento, la consecuencia es clara: al violarse el principio de bilateralidad requerida, “la omisión del pedido de informes es causa de nulidad del proceso” (artículo 8, ley 16.986).

Una última consideración. Si el informe se produce vencido el plazo acordado por el juez, y teniendo en cuenta la perentoriedad y caducidad automática de los tiempos procesales, no se podría aceptar una incorporación extemporánea del escrito llegado fuera de término. Este ha sido el temperamento adoptado en la mayoría de los amparos por corralito.-

Admisión y sustanciación de los recursos contra medidas cautelares.

En la mayoría de los amparos por corralito presentado, la medida precautoria planteada coincidió con el fondo del amparo, lo que en principio la tornaría inviable de aplicarse la ley 25.587. Sin embargo, se ha resuelto que si la realización de la cautelar conlleva la concesión del objeto mismo del amparo porque se compromete la propia materia

debatida en la causa, se afecta precisamente el objeto del pleito, con menoscabo de garantías constitucionales como la defensa e igualdad entre las partes²²⁶

No obstante lo cual corresponde, por las particularidades del caso, analizar con mayor profundidad la situación de hecho que se plantea a los fines de no dejar desprotegido por la aplicación dogmática de un principio procesal, a quien acude a reivindicar su derecho.

Por tanto, se concluye que la suspensión de la ejecución de las medidas cautelares y sentencias que disponen los artículos 1 y 2 del decreto 1316/02, así como el mecanismo creado por el artículo 3, resultan contrarios a las disposiciones de la Constitución Nacional, ya que desnaturalizan la esencia del sistema republicano de gobierno, destruyendo el control judicial, lo que resulta contrario al derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

En consecuencia, se declara la inconstitucionalidad de las disposiciones previstas en el decreto 1316/02, artículos 1, 2 y 3 y teniendo en cuenta el pedido de cautela solicitado, la situación de colapso provocada por las aproximadamente 120.000 demandas análogas presentadas ante los fueros federales, lo expresado por la Corte en el caso "Smith", la alteración sorpresiva de la situación patrimonial de los ahorristas y la avanzada edad de los amparistas con la consiguiente situación de estrés y riesgo de daño psicofísico, la situación especial de cada uno de ellos, es que los Tribunales en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 204 del CPCCN estimaron que corresponde adecuar limitadamente la pretensión efectuada.

Este tipo de medidas fue apelado por quienes intervinieron en calidad de sujetos pasivos del amparo, ocurriendo situaciones procesales que han sido interpretadas con criterios diferentes, actuando muchos de ellos con error evidente en la aplicación de las normas procesales.

²²⁶ Conf. doctrina de Fallos C.S. 323: 337; 349; Sala IV in re "Tradimex" del 5 de abril de 1991; Sala I in re "Triulzi" del 13 de diciembre de 1990, Juzgado N° 11 in re "Aráoz de Lamadrid" del 7 de febrero de 2002).

El principio general es el del artículo 15 de la ley 16.986 que dispone: "sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3, y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado...". Como se observa, una lectura gramatical excluye apelar aquellas medidas que se adopten como tutela anticipada o embargo preventivo; las que en caso de ser cuestionadas por la vía del artículo 195, párrafo tercero, del Código Procesal o, en su caso, por el artículo 4 de la ley 25.587 (ley antigoteo). Sin embargo, esta última se fundamenta en la necesidad de preservar las actividades esenciales del Estado, a cuyo fin se podría deducir que por ello los jueces no pueden afectar, obstaculizar, comprometer o distraer del destino previsto, fondos o recursos propios del Estado (artículo 195, párrafo tercero); pero como los fondos o recursos no pertenecen al Estado, porque son de personas físicas o jurídicas, suficientemente reconocidas y que gozan del amparo de una ley (N° 25.466 -B.O. 25.09.01-) que les garantiza la intangibilidad de sus depósitos, que se encuentra plenamente vigente, y no se podría aplicar en su contra el temperamento dispuesto.

Pensando en esa dimensión temporal del problema, la ley antigoteo argumenta sobre la situación de emergencia establecida en la ley 25.561 y establece limitaciones a la procedencia de medidas cautelares, provocando una total inconsistencia con el sistema como rigen y se ordenan las providencias precautorias.

Inaplicabilidad del sistema de la ley antigoteo.

Los desaciertos que tiene la ley 25.587 se tornan de extrema gravedad en el sistema recursivo dispuesto. El legislador no advierte que estas medidas, como todas las cautelares, tienen carácter provisional y son esencialmente mutables, por tanto ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento (artículo 198, primer párrafo, CPC).

El régimen procesal que se aplica en las medidas cautelares se debe guiar por las disposiciones del artículo 198, es decir que se podrán impugnar por vía de reposición,

con apelación subsidiaria o directa, en su caso. El cuarto apartado aclara que el recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.

Por su parte, la novedad agregada en esta norma de emergencia (artículo 4) pretende que la apelación se conceda con efecto suspensivo y que, en las causas pendientes de estudio (ex artículo 195 bis) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las mismas sean devueltas a la Cámara Federal que sea competente en cada caso (artículo 8) para que ésta adecue el trámite a las normas vigentes.

Ambas cuestiones son inconsistentes y claramente inconstitucionales, porque introducen reformas procesales contradictorias con el régimen general (provocando inseguridad jurídica) y no tienen en cuenta que los procesos que indica el artículo 1 deben estar vinculados a una causa exclusiva de circunstancias que los torne aplicable.

Por el caso, es menester advertir que la gran mayoría de acciones que se pretenden socavar en esta ley son procesos de amparo cuyo régimen procesal también es distinto (y especial).

Formación de incidente separado.

Debemos decir que otro error manifiesto es haber concedido los recursos de apelación contra medidas cautelares sin formar incidente (artículo 250, CPC) que evite la remisión del principal a la Cámara, en cuyo caso se posterga el tratamiento principal del conflicto, prolongando innecesariamente el trámite del amparo.

El argumento que ha fundamentado este desvío de procedimiento es que el artículo 16 de la Ley de Amparo impide la formación de incidentes, confundiendo claramente el sentido del precepto procesal.

Recursos contra la sentencia definitiva.

Los párrafos siguientes del artículo 15 mencionado indican que: "... el recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En

este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido".

"En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día".

Los problemas encontrados han sido la falta de fundamentación suficiente del recurso de apelación que, llevados por la práctica repetitiva de conceptos que se uniforman para todas las causas, no se adaptan a la técnica y obligan a las Cámaras a resolver por la deserción por falta de argumentos concretos, claros y directos contra las partes del fallo que se consideran equivocadas.

Cabe señalar que las argumentaciones que desarrolla el Estado Nacional en apoyo de su posición no soportan un análisis jurídico serio. En efecto, la postura asumida por el Estado trasunta una concepción sobre el estado y los derechos individuales que contradicen la esencia del Estado de Derecho.

Las consideraciones vertidas por los apelantes son de carácter general y no se refieren de modo particular a los casos específicos. Se trata de afirmaciones relativas a la macroeconomía y al sistema financiero regulado por el Banco Central de la República Argentina, pero no se refieren a los fundamentos de los decisorios apelados. El hecho de que el banco privado haya cumplido la medida ordenada constituye la mejor demostración de que aquellas consideraciones generales no guardaban relación con la posibilidad del banco privado de devolver el depósito. El banco cumplió la medida dispuesta por el juez a quo sin invocar y probar que el cumplimiento de la medida lo desestabilizaba desde el punto de vista financiero y económico. Por la misma consideración, resulta insustancial la invocación del artículo 12 del decreto 214/2002, modificado por el artículo 3 del decreto de necesidad y urgencia N° 320/2002.

En este caso se advierte la inconsistencia de fundar el recurso en la situación financiera de los bancos, cuando ellos mismos han cumplido las medidas anticipadas de restitución de los depósitos sin plantear recursos contra la medida cautelar. E inclusive, habiéndolo hecho, no demuestran su emergencia e imposibilidad de afrontar las mandas judiciales.

El recurso extraordinario.

El artículo 13 de la Ley de Amparo establece que: "la sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes con independencia del amparo".

El problema radica en resolver que tipo de res judicata consigue el amparo, oscilando las respuestas entre las dos variables conocidas de la cosa juzgada formal (que admite reedición) y material (definitividad del fallo).

Ahora bien, el presupuesto o requisito de admisión para el recurso extraordinario federal (artículo 14 de la ley 48) es que se deduzca contra sentencias definitivas emanadas del Superior Tribunal de la Causa, sin perjuicio de otras condiciones de admisibilidad.

Si recordamos que el amparo argentino tuvo origen jurisprudencial luego del recurso extraordinario deducido (causas "Siri" y "Kot") evidentemente, debemos reconocer su procedencia.

Hay pautas que permiten afirmar la existencia de presupuestos que admiten el progreso del recurso extraordinario. Ellas son:

- a) Existe cuestión federal, pues el destino del amparo, precisamente, se fundamenta en la tutela de esa contrariedad que tiene la norma fundamental con distintas disposiciones que la interpretan o aplican en contrario a su sentido rector.
- b) Promedia una causa justiciable, porque preexiste un conflicto de derecho entre partes adversas, sin que signifique la ausencia estricta de contradicción, abandono de la bilateralidad exigida en el recurso.
- c) La sentencia que hace lugar al amparo es definitiva.

Finalmente, con relación a los plazos y términos que rigen, no sufren alteraciones los específicos encomendados de los artículos 256 y 257 del Código Procesal, como 15 y 16 de la ley 48. Inclusive, el artículo 8 de la ley 25.587 analiza un supuesto más de

exclusión de la Corte Suprema en recursos deducidos en forma directa por aplicación del derogado artículo 195 bis del Código Procesal.

Asimismo se admite la invocación de causales excepcionales como la gravedad institucional o la trascendencia del recurso.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, “aún cuando no se exhibe suficientemente cumplido el recaudo atinente a la demostración del carácter definitivo del pronunciamiento que se recurre por la vía del artículo 14 de la ley 48, en función de la insuficiencia, imposibilidad o tardía reparación ulterior del agravio alegado, la invocación de gravedad institucional -traducida en la manifestación- acerca de que lo resuelto trasciende el mero interés de las partes por cuanto compromete la recaudación de la renta pública, a los que se añade la importancia de los montos comprometidos, torna procedente en el amparo, el acceso al mentado remedio²²⁷”.

En efecto, nuestro más Alto Tribunal entendió que no correspondía declarar "inexistente" la sentencia apelada, ordenando de oficio la remisión a la anterior instancia, "retrotrayendo el proceso a la etapa anterior por una vía no prevista en el ordenamiento procesal".

Y agregó el Superior que “en efecto, sobre la base de lo que denominó tesis 'restrictiva del artículo 253 del Código Procesal', el Tribunal eludió el deber de sentenciar, apartándose en la práctica de tal precepto, mediante una interpretación que aparece como mera creación legal de los jueces [...] que, al resolver de tal modo, sobre la base de consideraciones rituales insuficientes para demostrar un supuesto de gravedad extrema que justificara la sanción de nulidad, privó a la parte de un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, postergando indebidamente el pleito, con serio menoscabo a la garantía de la defensa en juicio [...] que, por otra parte, lo alegado por la Cámara en el sentido de que de este modo se salvaguardaba el principio de la doble instancia, tampoco resulta suficiente para eludir el deber de resolver el fondo del litigio pues, tal como ha sostenido este Tribunal, dicho principio en materia civil no tiene

²²⁷ CS, junio 16-1994, “F.R.E.C.A. s.a. c/ Estado Nacional –SE.NA.SA”., La Ley, 1994-E, 206

raigambre constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establezcan (Fallos: 310:1424), razón por la cual, frente a la claridad del artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -en cuanto establece que en caso de declararse la nulidad de la sentencia el tribunal de alzada resolverá también sobre el fondo del asunto- la invocada necesidad de remitir el expediente al tribunal de primera instancia para que dictara un nuevo pronunciamiento constituye una afirmación dogmática".

Vías procedimentales

La Acción de amparo, fue el medio ampliamente mayoritario entre los afectados por las medidas del gobierno para realizar sus reclamos. Por ello:

- a) En este conflicto particular la acción tiene por objeto perseguir el reconocimiento de un derecho especialmente establecido en la Constitución Nacional como el derecho de propiedad consagrado en su art. 17. En el fallo «Provincia de San Luis c/ Estado Nacional»¹²⁴ se afirma que el sistema jurídico conformado por el «corralito financiero» y la «pesificación» de los depósitos *ha violado la garantía de la propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional*, al vulnerar los derechos adquiridos de los ahorristas mediante la modificación de la moneda de origen en la que se efectuaron los mismos.
- b) Es condición para su procedencia la existencia de una violación o amenaza motivada a través de un acto manifiestamente arbitrario o ilegal de autoridad pública. La justicia ha dicho al respecto que *la legislación cuestionada* (decreto 1570/2001 y ley de emergencia económica 25.561) ha provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversiones con un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una *profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad*.²²⁸
- c) Ya nos hemos explayado acerca del modo de funcionamiento de esta garantía teniendo en vista que si bien el art. 43 de la Const. Nac. determina que toda persona puede interponer la acción de amparo siempre que no exista otro *medio judicial más*

²²⁸ In Re Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en: Smith, Carlos A c/PEN s/Amparo, CSJN 01/02/2002, consid. 14

idóneo, las opiniones acerca del alcance de la norma no son unánimes. El debate se repitió con ocasión de los conflictos relacionados con el «corralito financiero» porque la doctrina discutió si esta garantía constituía, o no, el remedio judicial más idóneo para resguardar los derechos de los ahorristas.

Para algunos el amparo constituyó una vía idónea para plantear la devolución del dinero inmovilizado a los depositantes, desde que en punto al depósito bancario la relación jurídica se establecía entre el ahorrista (depositante) y la institución bancaria (depositaria) y el objeto no era otro que obtener la movilización de tales fondos, pertenecientes al primero. Aunque procesalmente no descartase la intervención del Poder Ejecutivo Nacional –Ministerio de Economía– y del Banco Central de la República Argentina, por constituir la autoridad de aplicación que diseñó y determinó el sistema de devolución programado de los depósitos, debiendo coadyuvar a la remoción de los obstáculos jurídicos tendientes a dar cumplimiento a la medida judicial pretendida.²²⁹

La mayoría de los fallos emitidos coinciden con lo expresado. La acción de amparo contra el régimen de emergencia sobre ahorros: «corralito» y «pesificación», configuraba vía idónea para ejercer el **control de constitucionalidad** si al momento de la sentencia definitiva se podía establecer la ilegalidad manifiesta o no de las normas impugnadas –en el caso, se trataba de una cuestión de puro derecho que no requería producir mayor prueba– sin que pudieran oponerse restricciones de índole procesal. Además, *la urgencia y el menoscabo a derechos esenciales que impusieron las restricciones sobre depósitos bancarios bastaban para tener por acreditada la inexistencia de otro medio judicial más idóneo que tornara admisible la acción de amparo.*²³⁰

Este criterio no es unánime ya que algunos autores opinaban que esta figura no era procedente en todos los casos planteados. Para Belluscio «... *por más que el amparo sea el procedimiento más expeditivo y rápido puede no ser el más conveniente para el*

²²⁹ Omar Díaz Solimine: Juicio de Amparo Bs As Edit. Hammurabi srl, 2003 pág. 466

²³⁰ In Re Giuntoli Oscar A y Otro c/PEN JNFed Contenciosos Administrativo N° 10, 24/06/2002 consid 1° La Ley 2002 D pág. 366

afectado, pues la limitación probatoria que implica puede conducir a un resultado desastroso para él si no logra poner de manifiesto la arbitrariedad o ilegalidad que lo afectan.»²³¹ También Méndez es de esta opinión pues «... las acciones de amparo pasaron a convertirse en la vedette, transformándose en verdaderas acciones ordinarias o comunes, perdiendo así su importante excepcionalidad. (...) [El contexto] dio lugar a la pretoriana creación de nuevos «paraísos cautelares» en diferentes lugares del país. Allí no sólo los amparos fueron recibidos con gran hospitalidad, sino que además, en muchos casos (tal vez la generalidad), se los acompañó de bondadosas medidas cautelares innovadoras o similares.»²³²

Por otra parte, debemos puntualizar que la viabilidad del amparo no descartó la opción por un proceso de conocimiento pleno, lo cual relevaba al interesado de verse sujeto a la hipótesis prevista en el art. 2º inc. e) de la ley 16.986 en cuanto a la vigencia del plazo de caducidad, permitiendo plantear otras cuestiones o reclamos, tales como los perjuicios provenientes de una frustrada operación de compra de un inmueble u otro bien, lo cual debía ser debidamente acreditado en el proceso.

Materialización de las medidas cautelares

Aquellos Jueces que decidieron otorgar la medida permitieron trazar algunas variantes:

1- El otorgamiento del ciento por ciento del monto requerido cuando se trata de personas enfermas o con problemas de salud tales que acrediten la necesidad de utilizar tales fondos.

2- El otorgamiento del ciento por ciento del monto solicitado cuando no superase el equivalente a diez mil dólares estadounidenses.

3- El otorgamiento del cincuenta por ciento del monto requerido en los demás casos.

Basaban este último criterio en la circunstancia de que, si bien el dólar billete fue convertido a la suma de \$1,40 por unidad, la cotización de esa moneda orillaba los \$

²³¹ Augusto C Belluscio: El amparo y los otros medios judiciales. Jurisprudencia Argentina 2003-IV pág. 1170

²³² Héctor Oscar Méndez: Restricción a la disponibilidad de los depósitos bancarios. Competencia federal El Derecho t. 200 pág. 525

3.00 por unidad, con lo cual se estimaba prudente tratar de respetar el valor establecido por el propio Estado y, de alguna manera, garantizar con el cincuenta por ciento restante una suerte de garantía a modo de contracautela hasta el momento de dictarse sentencia definitiva.²³³

Según la opinión crítica de Lynch «... la mecánica del procedimiento judicial se ha materializado (en la mayoría de los casos aunque hubo otros caminos) a través de un recurso de amparo que, junto con el pedido del mismo, se agregaba una medida cautelar que requería la entrega de los fondos depositados. Como esta última –la medida cautelar– se tramita sin intervención de la otra parte (generalmente el Estado Nacional), el Estado quedaba imposibilitado de defender su postura. Se dicta la medida cautelar, el actor retira los fondos y, prácticamente, en cuestión de días la cuestión se resolvía.»²³⁴

Camps, por su lado, entiende que en los pedidos de los ahorristas subyace la teoría de la tutela anticipada dado que se buscó una respuesta urgente a través de vías procesales rápidas. De un lado, el amparo, como proceso sumarísimo, se enmarca dentro de aquellos trámites que anticipan la tutela de manera definitiva al proveer el objeto buscado mediante una sentencia de mérito, que *hace cosa juzgada material, en un plazo breve*. Del otro lado, la cautela material anticipa la tutela de manera provisoria: entrega ahora mismo la cosa buscada, pero de manera provisional, condicionada a la sentencia de mérito que vendrá. Combinando ambos institutos se llega a la *ultra-anticipación de la tutela*, donde el objeto perseguido llega inmediatamente, aunque de manera provisoria (cautela material) y, al poco tiempo, recae la sentencia de mérito tomando aquella adjudicación en definitiva, con la fuerza de la cosa juzgada (proceso urgente).²³⁵

El dato temporal

Presente en todas estas consideraciones se muestra como elemento fundamental a la hora de asegurar una tutela efectiva de los derechos lesionados por las normas sancionadas en el marco de la emergencia económica.

²³³ Omar Díaz Solimine: Juicio de Amparo Bs As Edit. Hammurabi srl, 2003 pág. 487

²³⁴ Horacio Lynch: La justicia ante la emergencia Diario La Ley Sección Actualidad 18 /04/2002 pág. 1

²³⁵ Carlos Camps: Actualidad de la tutela anticipada. Jurisprudencia Argentina 2003-II pág. 1222

A nuestro entender *la emergencia judicial que sobrevino a la incesante demanda de los damnificados por la legislación cuestionada repercutió de manera negativa sobre el principio de celeridad del proceso de amparo* el cual se ha caracterizado como un procedimiento informal y expedito.

Si bien numerosos ahorristas tuvieron la posibilidad de liberar sus depósitos a través de medidas cautelares que ordenaban la restitución del dinero depositado en las entidades bancarias, no se ha llegado en gran cantidad de casos a una resolución definitiva en la materia.

Si tenemos en cuenta que el proceso de amparo es un proceso sumarísimo, cuya extensión no debería extenderse más allá de lo razonable y necesario, podremos concluir que evidentemente ese plazo no se ha cumplido porque no ha sido factible atender la demanda de jurisdicción por parte de los ahorristas. Belluscio ha dicho que es preciso evitar que el amparo se «ordinarice» pues se trata de una medida urgente que debe ser decidida si no en horas, al menos en días, pero no en años y transitando innumerables instancias. La experiencia judicial muestra, sin embargo, que en numerosos casos los procesos de amparo se tramitan durante varios años, lo que los desnaturaliza y pone de manifiesto que se ha seguido una vía inadecuada. Si la decisión no se obtiene rápidamente el amparo no merece el nombre de tal.²³⁶

No sólo se ha cuestionado la labor de los Magistrados. Desde otro ángulo de análisis, Gozaíni ha puesto en juicio el trabajo de los fiscales en los amparos admitiendo que «... el proceso rápido y expedito es una ilusión; la actuación inmediata de los jueces para asegurar con medidas cautelares la función preventiva que tiene la garantía que se activa, también es excepcional y contingente; y en el caos que nos invade, cada juzgado tiene sus propias reglas y desconoce totalmente la práctica que debe llevar un proceso constitucional». *«Es verdad, lo admito, que no se puede pedir una aclaración total ante el dilema que se afronta, pero también es cierto que un amparo no puede dormir treinta, cuarenta o sesenta días en la oficina de un Fiscal, porque con esa actitud se*

²³⁶ Augusto C Belluscio: El amparo y los otros medios judiciales. Jurisprudencia Argentina 2003-IV pág. 1170

vulnera el deber del oficio; sin perjuicio de las correcciones disciplinarias que correspondan»²³⁷

Todo lo expuesto conduce a pensar que la acción de amparo no ha constituido una acción rápida y expedita tal cual ha sido definida por la norma constitucional como consecuencia de la crisis judicial que se desencadenó a raíz de las medidas de Gobierno que instauraron el «corralito financiero » y la «pesificación» de todas las obligaciones.

CONCLUSIONES FINALES

Después de haber establecido el origen, las fuentes y la función social de la propiedad, entre otros conceptos, y de haber analizado los reglamentos (decretos de necesidad y urgencia) como instrumento para limitar aquel derecho protegido por nuestra Constitución, se pueden responder muchos de los interrogantes objeto de este trabajo.

¿Es inconstitucional el corralito? ¿Utilizo bien el gobierno los reglamentos para restringir el derecho de propiedad?

Como ya quedo claro anteriormente, la doctrina de la emergencia económica es un instituto legítimo, previsto para situaciones de excepción y sometido a requisitos procedimentales y sustanciales. El problema de las normas dictadas invocando este instituto ha sido su interpretación extensiva, al punto de llegar a una “emergencia permanente” que distorsiona no sólo a esta herramienta, sino al Estado de Derecho.

Las normas que se dictaron específicamente vinculadas a la retención obligatoria de depósitos bancarios no reunieron los requisitos procedimentales en especial porque no

²³⁷ Osvaldo Gozaini: El rol del fiscal en los amparos. Responsabilidad personal con la reforma procesal de la ley 25488. La Ley 2003-A 1293

se cumplió con el requisito de la declaración previa del Congreso sobre un supuesto de hecho específico, ya que se realizaron declaraciones generales y luego se utilizaron las mismas para tomar diferentes tipos de medidas, para temas disímiles. La retención de depósitos se justificó en la reprogramación de la deuda externa, y luego se mantuvo para evitar la escalada del dólar, y posteriormente para evitar el colapso del sistema financiero.

La persecución de un fin público ha sido confundida con la protección de un sector especial, cual es el de algunas entidades financieras y las disposiciones no fueron transitorias, porque son medidas que afectaron definitivamente a los titulares de los depósitos, privándolos del uso y goce del bien del cual eran propietarios. Lo esencial de la propiedad es el uso y goce, y la imposibilidad de su disfrute es claramente distorsiva del mismo.

Tampoco reunieron los requisitos sustanciales, utilizando la supremacía constitucional y en función de este ordenamiento jerárquico, la gran mayoría de las circulares del Banco Central, decretos del Poder Ejecutivo, disposiciones de organismos de control se arrogaron supremacía por sobre las leyes de la Nación o contradiciendo normas de rango constitucional, de allí surge claramente la inconstitucionalidad por violación de una norma de rango superior.

Con respecto a la violación de los derechos de propiedad vinculados a los contratos de depósito se violó la seguridad jurídica y para el caso que nos ocupa la seguridad se vincula con la confianza legítima. Se trata de la seguridad percibida de los ciudadanos, en el que estos pueden disfrutar del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por las leyes, así como desarrollar sin obstáculos, la actividad nacida de la personal autodeterminación siempre que no lesione el ordenamiento jurídico ni a los terceros.

Este aspecto de la seguridad jurídica es el que se ha violado claramente ya que la incesante sanción de leyes, decretos, resoluciones, comunicaciones, circulares que se inició con el decreto 1570/01, generó una profusión de reglas confusas en las que la incertidumbre fue notoria. La pretensión de avasallar derechos adquiridos, el cambio de

reglas, la aplicación retroactiva de normas, la utilización de un lenguaje normativo impreciso, extraño y abierto a interpretaciones múltiples son faceta de esta inseguridad. También fueron la falta de respeto a la división de poderes, la ausencia de técnica legislativa mediante la cual los legisladores enmendaron o derogaron la legislación vigente sin identificar las normas enmendadas o derogadas, y la jurisprudencia cambiante sin dar razones valederas para tal cambio.

Por otra parte a medida que avanzó el llamado corralito, se fue agravando en un corralón, según las descriptivas palabras populares. Este agravamiento quebró la confianza en el sistema bancario, llegando a provocar el efecto que se quería evitar. Es decir la medida no sólo no fue fundada razonablemente, sino que fue inconveniente para los propósitos perseguidos.

Estas medidas de retención de depósitos afectaron el derecho de propiedad y también se violaron derechos adquiridos consagrados en la ley de intangibilidad de los depósitos. Estos derechos adquiridos son aquellas facultades ya definitivamente incorporadas al ámbito vital de una persona, agregando que puede tratarse de atributos de la personalidad, como el uso del propio nombre y la fijación del domicilio, o transitar el terreno patrimonial en el sentido amplísimo que la Corte nacional otorga al término, es decir cualquier otro derecho de contenido económico como puede ser el ejemplo de una marca comercial o el uso y goce de una cosa propia o arrendada.

Los derechos adquiridos integran el derecho de propiedad en sentido amplio. Avala esta interpretación la Corte Interamericana de Derechos Humanos que entendió que el derecho de propiedad privada contemplado en el art 21.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende tanto las cosas materiales como los derechos que pueden integrar el patrimonio de una persona.

Con respecto al reordenamiento financiero y a la gran cantidad de disposiciones se utilizó al Caso Peralta como fundamento buscando una analogía que pudiera sustentar su constitucionalidad, debemos decir que en Peralta se afectó a los grandes acreedores del sistema financiero, el Plan Bonex no afectó a los depositantes por debajo de determinado monto.

Con estas normas y conforme sus considerandos se pretendió “*extinguir a opción del titular, las obligaciones derivadas de los depósitos reprogramados mediante la dación en pago de títulos de la deuda del Estado Nacional, denominados en pesos o en dólares estadounidenses, conforme la moneda de origen de las imposiciones*”. La calificación como dación en pago es extraña. En una relación jurídico-privada, el acreedor no puede ser forzado a recibir una prestación distinta de la debida por el deudor (art 740 CC) salvo que mediare acuerdo de partes. La dación en pago es un modo de extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida que requiere necesariamente el consentimiento del acreedor. En el caso del decreto 905/02 se sustituye la prestación, porque el contrato de depósito causa la obligación de dar una suma de dinero para ser restituida a su dueño, conforme el régimen obligatorio del Código Civil argentino. En cambio según el decreto no se entrega dinero sino bonos, modificándose el objeto de la prestación debida. Lo extraño es que se trata de una modificación extintiva, obligatoria, sin consentimiento requerido al deudor. El legislador intentó sortear estas objeciones otorgando “opciones” al acreedor, que dan la impresión del ejercicio de una libertad contractual, pero un examen detenido muestra que no se trata del ejercicio de ninguna libertad jurídica privada, sino de un régimen obligatorio.

También debemos distinguir entre la frustración y la suspensión de los derechos constitucionales, la segunda es válida cuando se funda en la emergencia; la primera no. En nuestro caso hay aspectos cercanos a la frustración; al titular del depósito no se le entrega dinero sino bonos, disponiéndose una novación objetiva compulsiva. En este aspecto se lesiona la libertad de contratación en tanto se lo obliga a recibir un nuevo título sin desearlo y afecta la configuración del contrato porque se altera el contenido en forma obligatoria.

La propiedad del depositante también se vio afectada en varios aspectos; con una privación del uso durante un lapso prolongado se prorrogó el plazo de vencimiento de la obligación de un modo extenso (la prórroga de varios años evidentemente desnaturaliza el derecho de propiedad):

-La traslación del riesgo cambiario para los depositantes en moneda extranjera se parte de un tipo de cambio fijo, que es de 1,40 con lo cual se les hace cargar a los depositantes con la diferencia derivada de la cotización del tipo de cambio libre, que es importante.

-Traslación del riesgo inflacionario para los depositantes en pesos, de allí existió una carga importante porque soportaron el riesgo inflacionario durante un periodo de tiempo prolongado, sin tener la opción de retirar su dinero y efectuar otras inversiones que los protejan contra el deterioro monetario.

- Modificación de las garantía para los titulares de bonos con garantía del Estado, y habiendo una declaración de cesación de pagos del Estado Nacional, hay una modificación de la solvencia esperada respecto del acreedor.

Con respecto a la pesificación la ley 25.561 en su artículo 2 estableció que el Poder Ejecutivo Nacional quedaba facultado por la razones de emergencia pública para establecer el sistema que determinó la relación de cambio entre el peso y las divisas extrajeras y de dictar regulaciones cambiarias. De modo que se modificó el régimen monetario, la moneda de los contratos y el valor de cambio de las mismas.

La “pesificación” no es en sí misma una medida que desnaturaliza el derecho constitucional de propiedad, en la medida que se realice a una relación real y no meramente arbitraria. Pero en el caso concreto la pesificación de los depósitos bancarios se hizo a una relación de \$ 1,40 por cada US\$ 1, que era bastante inferior a la relación peso-dólar del mercado libre.

En este marco resulta imposible sostener que se está frente a una medida que “no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad” y que “sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad” (doctrina del caso Peralta). Por el contrario, la pesificación importa el aniquilamiento de un porcentaje importante del monto depositado. Además, en el caso de los depósitos realizados originalmente en dólares y que han sido pesificados y reprogramados, nos encontramos frente a otro

problema. A diferencia de los depósitos realizados en pesos, se puede afirmar a priori que el sistema de indexación establecido para los depósitos realizados originalmente en dólares no fue suficiente porque está basado en la evolución del índice de precios al consumidor. Y me parece que en relación a los depósitos realizados originalmente en dólares y pesificados, el índice de actualización debería estar basado en la evolución del precio del dólar. Esa es la única forma en que alguien que tenía en enero de 2002 un depósito de US\$ 20.000 le devuelvan al fin de la reprogramación el equivalente a US\$ 20.000, en pesos.

Fue el Decreto 214/02 el que estableció, en su art. 2, la conversión a pesos de todos los depósitos en moneda extranjera en el sistema financiero, a razón de \$1,40 por cada US\$ 1. En realidad, este Decreto fue el que decidió la pesificación total de la economía al disponer en su art. 1 la conversión a pesos de todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen, expresadas en monedas extranjeras existentes a la sanción de la ley 25.561. De esta forma el Decreto 214/02 fijó una política económica (la “pesificación” de todas las obligaciones de dar suma de dinero) que no guarda armonía con la política económica dictada por el Congreso (una pesificación restringida a determinadas obligaciones de dar suma de dinero). Y esto constituye una diferencia muy importante con la reprogramación de los depósitos. En efecto, la reprogramación fue una política financiera decidida por el Congreso de la Nación, puesto que el art. 6 de la ley 25.561 ordena al Poder Ejecutivo Nacional a disponer “*las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero*”. En cambio, la pesificación de los depósitos bancarios y de todas las obligaciones de dar sumas de dinero ha sido una decisión exclusiva del Poder Ejecutivo.

Esto me lleva a concluir que el reglamento de necesidad y urgencia es inconstitucional porque: a.-) No existían en el caso circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. En primer

lugar, no existía una situación de fuerza mayor que impidiera la reunión de las Cámara del Congreso. Por el contrario, el Congreso estaba en sesiones debido a la situación de emergencia existente en el país. En segundo lugar, tampoco existía una necesidad de medidas súbitas, cuya eficacia no hubiera sido concebible por medios distintos de los arbitrados. Pero en el caso concreto, el reglamento de necesidad y urgencia no era necesario porque justamente en virtud de la existencia del corralito, la decisión de pesificar los depósitos podría haberse sometido a consideración del Congreso sin miedo a la reacción de los depositantes (que se encontraban impedidos de retirar sus depósitos).

b.-) No es posible admitir, como lo hizo la Corte Suprema en Peralta, que el reglamento de necesidad y urgencia es válido porque el Congreso no ha manifestado expresamente su rechazo. La doctrina del “consentimiento tácito” afecta gravemente los principios de la Constitución Nacional, en cuanto permite al Congreso eludir su “responsabilidad política”. En el derecho constitucional argentino, es el Congreso el órgano encargado de fijar el rumbo del país y establecer –mediante la sanción de leyes- la política económica y social que considere más conveniente. Es por ello que en materia de reglamentos delegados se exige que el Congreso fije las “bases de la delegación” y en materia de reglamentos de necesidad y urgencia, se ordena la intervención posterior del Poder Legislativo. Mediante estas normas se busca asegurar que sea el Poder Legislativo el que en definitiva fije los grandes lineamientos de la política social y económica del país. Admitir el “consentimiento tácito” del Poder Legislativo respecto de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia implica aceptar que el Poder Legislativo eluda su responsabilidad acerca de la política social y económica del país, que queda en manos del Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, la “pesificación” de los depósitos es inconstitucional porque el Congreso no ha exteriorizado su voluntad de adoptar esa política y por ende no ha asumido la consecuente responsabilidad política por dicha decisión.

En definitiva esta pesificación importó una verdadera novación legal forzosa de la moneda de contrato y choca con principios constitucionales básicos siendo evidente una alteración al principio de inviolabilidad de la propiedad privada. El Código Civil ilustra en su art 505 inciso 1º cuando admite con la mayoría de las leyes civiles, que el acreedor tiene derecho de reclamar el contenido de la prestación en especie o in natura. Además no resulta razonable que a los pactos anteriores se los transforme de una moneda a otra mediante una especie de pase de magia, y de otra parte quede permitido de aquí en mas acordar una obligación a pagar en moneda extranjera.-

Con respecto a las normas procesales, con fundamento en la emergencia económica se dictaron una serie de normativas que pretendieron frenar las demandas, las medidas cautelares, la ejecución de las sentencias, intentando crear un corralito procesal. Pero el acceso a la jurisdicción es una garantía inherente al Estado de Derecho y forma parte inescindible de los derechos fundamentales. Por esta razón es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la garantía que tutela el derecho a jurisdicción no es susceptible de suspensión en caso de emergencias, en razón de resultar inherente a la preservación del Estado de Derecho.

No obstante se dictaron normas destinadas a la suspensión de los procesos y especialmente de las medidas cautelares. De la normativa tratada en los capítulos anteriores podemos concluir que afectaron el derecho a la tutela jurídica efectiva, siendo lisa y llanamente inconstitucionales. Así comprobamos que con la ley 25.587 se pretendió extender a las relaciones pactadas entre personas privadas y entidades del sistema financiero, un problema de liquidez que tenía el Estado, y recordando que el fundamento de todo el andamiaje normativo era evitar el colapso final del sistema financiero (considerandos del dec. 214/02) no advirtiéndose que la situación de los bancos, seguros o mutuales fuera producto de la crisis del Estado y no de la actividad del sector, mas allá de concretas situaciones particulares. Es decir se trató de una norma sectorial que no cumplía con el requisito para la legitimidad del derecho de emergencia. También estableció que solo será admisible la medida cautelar de prohibición de

innovar. Esta disposición es censurable no sólo porque constituye una intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito de las facultades discrecionales del Poder Judicial, sino porque pretende dar a las medidas de no innovar un alcance que la interpretación doctrinaria y jurisprudencial les ha vedado.

Con esta medida no se puede invadir espacios pertenecientes a las relaciones entre particulares, cuando no sean estos quienes la soliciten, además la prohibición de innovar del artículo 230 del Código Procesal está destinada a ser utilizada en los conflictos entre particulares relativos a los bienes, al orden familiar o a la libertad personal. En definitiva la prohibición de innovar no se puede volver en contra de quienes requieren medidas cautelares, porque entre los requisitos solicitados para que ella proceda ha de considerarse comprendida la exigencia de que por sí misma resulte garantía para la protección del derecho que es objeto de la respectiva acción entablada. Mantener el status quo y confirmarlo con medidas de no innovar supone precisamente dejar de pagar a los ahorristas el dinero que confiaron en las instituciones bancarias.

Esta ley desvirtuó la naturaleza y el fin de toda medida cautelar, porque frustra su cumplimiento inmediato y rápido. Intercalar en su tramitación pedidos de informes, someterla a una segunda instancia, mas el agravante del efecto suspensivo, fue atropellar no sólo el garantismo constitucional sino también invadir desde la legislación el ámbito operatorio del Poder Judicial.

Por último con respecto a las acciones de amparo interpuestas por los ahorristas debemos decir que comprobamos una directa y subordinada relación entre los presupuestos y la llamada condición de admisibilidad constitucional, relativa a la inexistencia de un medio judicial más idóneo, toda vez que la verificación de los primeros acarrea el cumplimiento de la segunda y a contrario, la ausencia de alguno de aquellos presupuestos conduce a desestimar el amparo, que en consecuencia no constituiría la vía más idónea. Consecuentemente el órgano judicial tuvo a su cargo un examen liminar acerca de la concurrencia de los presupuestos constitucionales, de modo tal que si en forma palmaria, evidente, que no genere dudas -caso contrario dará curso al

procedimiento- de los términos del escrito de demanda y la documentación adjuntada surgiera que la lesión es pasada o meramente conjetural, que el derecho cuya tutela se persigue no es suficientemente cierto o que la arbitrariedad o ilegalidad del acto lesivo es manifiestamente dudosa o discutible, desestimaré inicialmente la demanda, ya que en tales supuestos el amparo no configuraría la vía más idónea.

En suma, la vía del amparo fue empleada por los ahorristas y consecuentemente los jueces dieron trámite a los mismos, siempre y cuando los casos, *prima facie*, reunieran los presupuestos constitucionales y no existieran en el ordenamiento jurídico otras vías más rápidas o expeditas.

No podemos dejar de señalar la vigencia y actualidad del instrumento analizado, derivada de su utilización masiva a partir del mes de febrero del año 2002 contra las normas que establecieron la indisponibilidad de los depósitos bancarios, pesificación, suspensión de ejecución de sentencias y cautelares de los procesos promovidos con relación a la referida normativa y demás disposiciones reglamentarias y complementarias de aquéllas (Dec. 1570 del 03/12/2001, Ley 25.561 del 07/01/2002, Ley 25.563 del 30/01/2002, Dec. 214 del 04/02/2002, Dec. 320 del 15/02/2002, Ley antigoteo 25.587 del 25/04/2002, Decreto 1316 del 24/8/2002, numerosas Resoluciones del Ministerio de Economía y Circulares del Banco Central, entre otros).

Constatamos que la mayor parte de los litigantes utilizaron el proceso de amparo y la solicitud de medida cautelar. Asimismo, que mayoritariamente los jueces se pronunciaron admitiendo las cautelares, y también comprobamos que en los casos en que se despacharon estas últimas, los jueces declararon la inconstitucionalidad del art. 12 del decreto 214, luego del 3 del decreto 320 que reemplazó al anterior art. 12 y luego de los arts. 1,2 y 3 del Decreto 1316/02.

Ello pone en evidencia que el amparo ha sido considerado por ahorristas y jueces, en los términos del art. 43, el medio judicial más idóneo, para la tutela del derecho. Asimismo, que los jueces, al dar trámite a tales demandas de amparo, han admitido esa vía para la impugnación de inconstitucionalidad de las normas en que se fundan los actos denunciados como lesivos. Ello así porque el mantenimiento de la supremacía

constitucional (artículos 31 y 75 inciso 22 de la CN), por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de leyes autorizada por el artículo 43 de la Constitución, sólo puede tener lugar en el marco de un caso concreto iniciado por un sujeto titular de un derecho público subjetivo lesionado por el acto u omisión lesivos, toda vez que la declaración tiene efecto *inter partes*. En ese sentido, no hay duda que en los amparos hay causa judicial, en los términos del art. 116.

También encontramos sentencias de jueces y tribunales que hicieron lugar al amparo, previo declarar la inconstitucionalidad de las normas que instalaron el corralito y la pesificación, interpretando, claro está, que había causa o caso en los términos del art. 2 de la Ley 27 y 116 y 117 de la CN. Y al despachar las cautelares, en cambio, no medió declaración de inconstitucionalidad de tales normas, sino un juicio acerca de si en el caso concurrían los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, toda vez que la decisión acerca de la constitucionalidad está reservada para el pronunciamiento final. Sin embargo, el análisis de la verosimilitud y peligro en la demora demandó de un examen de su constitucionalidad. Por otra parte, como antes se dijo, a raíz de las disposiciones referidas a la suspensión de la ejecución de cautelares, previstas en los Decretos 214, 320, Ley 25.587 y en el Decreto 1316, los jueces se vieron obligados a declarar su inconstitucionalidad en el marco de la misma cautelar, porque de otro modo, no podrían despacharla.

Para terminar cabe señalar que en este doloroso proceso que hemos vivido los argentinos a partir de fines de 2001, el amparo cobró gran protagonismo, constituyéndose como el medio más eficiente para enfrentar ante los estrados judiciales las dañosas consecuencias de esta emergencia, sin precedentes en su magnitud y profundidad, lo que nos permite decir, que en estas concretas circunstancias, el amparo configuró una auténtica garantía

BIBLIOGRAFIA

- Adolfo Alvarado Velloso: Introducción al estudio de derecho procesal. Primera Parte Santa Fe Edit. Rubinzal-Culzoni 2000.
- Adolfo Rivas: El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina. La Ley 1994-E
- Antonio M Hernández, Derecho municipal, Buenos Aires, Depalma, cap. VII.
- Arazi Roland: Derecho Procesal Civil y Comercial 2º edición Bs As, Astrea, 1995.-
- Augusto C Belluscio: El amparo y los otros medios judiciales. Jurisprudencia Argentina 2003-IV.-
- Augusto Morello y Carlos Vallefin: El amparo. Régimen procesal 5º Edición. La Plata.-
- Augusto Morello: Reconocimiento del amparo Jurisprudencia Argentina 2003-II
- Azvalinsky, Alejandro y Scaglia, Gabriel, “ Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propio e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperan pesos”, JA, 23/4/2003
- Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la Propiedad Privada", La Ley, 05/03/02
- Basterra Marcela I. “El fallo “Cabrera”. Los “vaivenes” de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la protección del derecho de propiedad”., Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2004 – III, Fascículo 9, 1 de septiembre de 2004
- Basterra, Marcela “El Derecho de Propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-2003) ¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia?. AAVV, Asociación. Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003,T.I

- Basterra, Marcela I., "Los Dctos. de Necesidad y Urgencia después de la Reforma de 1994...", 2002, pag.2
- Basterra, Marcela, "Defensa del Orden Institucional y del Sistema Democrático Artículo 36 de la Constitución Nacional. Derecho de Resistencia a la Opresión. Ética Pública". Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N° 156- abril de1999
- Basterra, Marcela, En espera de un estándar definitivo ¿es inconstitucionalidad la pesificación? A propósito del caso "Mauri" Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2006-III, Fascículo 8, 28 de agosto de 2006.
- Bianchi, Alberto B. "Control de Constitucionalidad", Ed., Ábaco, 2002, T.2.
- Bianchi, Alberto B. "Una calma perfecta". La Ley. Suplemento Especial de Pesificación de los depósitos cambiarios 2006.
- Bidart Campos Germán: Manual de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires Ediar 1972, pág. 172
- Bidart Campos Germán: Régimen legal y jurisprudencial del amparo Bs As, Ediar S.A 1969 –
- Bidart Campos, Germán J., "Derecho Const. del Poder", 1967, T1.
- Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 2.
- Bidart Campos, Germán, ¡Qué la inocencia te valga!, la ley, 24 de abril de 2002
- Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Arg., T1, Ediar, Bs. As., 1992
- Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Depalma, 1955, TII.
- Bodin, Ed. Aguilar, Cap. III de su clásica obra Los seis libros de la República, Selección, traducción e introducción de Pedro Bravo.
- Bohmer Martín y Nino Ezequiel: La justicia acorralada y una solución procesal posible. Jurisprudencia Argentina 2002-I.

- Borda, Guillermo A., Manual de Derecho Civil Parte Gral., Bs As Lib Edit. Platense, 2004
- Carbone Carlos: Análisis provisoria de la aristas polémicas de la ley 25.587 de procedimiento en materia de emergencia económica. Jurisprudencia Argentina 2002-II.
- Carlos Camps: Actualidad de la tutela anticipada. Jurisprudencia Argentina 2003-II
- Carranza Torres, Luis R., "La Garantía de la Propiedad en el Der. Const. Arg.", El Derecho, 21/02/02.
- Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot,1994, T1.
- Cayusso, Sunana G., "Acción de Amparo e Inconstitucionalidad de los Decretos 214 y 320/02". L.L, 22/2/2002.
- Cayusso, Sunana G., "Emergencia, Razonabilidad y Cuestión Constitucional", LL,2004-A, p.1309
- Colautti Carlos E: La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414, en La Ley, 2001-D-1272
- Dalla Via, Alberto R., "Derecho Constitucional Económico", Abeledo-Perrot, 2000
- Dalla Via, Alberto Ricardo. "La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad." La Ley, Suplemento especial: La emergencia y el caso Massa 2007
- Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", T1. 2da Edición Bs As Plus Ultra 1985
- Duguit Léon : Traité de Droit Constitutionnel, 2^a ed. tomo V.
- Ekmekdjian Miguel Ángel: Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control, prólogo- 1995.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV.

- El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales- El Derecho 18-02-2002.
- Fallo Massa: Ampliación de Fundamentos del Doctor Lorenzetti, Considerandos 25 a 30, Suplemento Especial del Diario La Ley, Bs As 29 de diciembre de 2006.
- Fallo Massa: Voto de la doctora Argibay, Considerando 11, Suplemento Especial del Diario La Ley, Bs As 29 de diciembre de 2006.
- Fallo Massa: Voto del Ministro Carlos Fayt, Considerando 20, Suplemento Especial del Diario La Ley, Bs As 29 de diciembre de 2006.
- Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina”,1989-1993, El Derecho.
- Galdos Jorge M: El caso Massa y la responsabilidad del Estado por daños, publicado en el suplemento especial La Ley “La emergencia y el caso Massa” Febrero de 2007.-
- Garcia Lema, Alberto, "Dctos. de Necesidad y Urgencia, en: La Reforma de la Const., Rubinzal Culzoni, 1994.
- Garzon, Benito C., "La Constitución, la Emergencia y los Derechos Sociales", Boletín de la AADC. Nro. 72.
- Gelli María Angélica: Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Bs. As., Editorial La Ley, 2004.
- Gelli María Angélica: Crisis jurídico política, emergencia económica y recurso extraordinario federal en el terreno tributario, en Suplemento Especial La Ley, Emergencia económica y recurso extraordinario, diciembre de 2003, La Ley.
- Gelli, María Angélica “Cuestiones de delegación legislativa”, Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 158, p.5, 10/6/99
- Gelli, María Angélica, “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’. El regreso de Peralta?”, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 14 de febrero de 2000.

- Gelli, María Angélica, “El caso “Smith” (o la razonabilidad cuestionada), LL,t. 2002-B.
- Gelli, María Angélica. “El caso "Massa": fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios.” La Ley. Suplemento Especial Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre)
- Gil Domínguez, Andrés, “Otro ladrillo en la pared, otro golpe a la constitución”, L.L, 14/7/2004.
- Gil Domínguez, Andrés, “Restitución de la Diferencia de Cambio Derivada de la Pesificación Forzosa”, L.L,2003-F.
- Gil Domínguez, Andrés. “Constitución, Emergencia y Amparo”, Ed. Ad.Hoc, 2002.
Gil Domínguez, Andrés. “El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión? La Ley, Suplemento Especial Pesificación de los depósitos bancarios 2006 (diciembre)- DJ 10/01/2007
- González Calderón, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", 2da. edición, corregida, y aumentada. Editorial: Kraft Ltda.; 1958.
- Gordillo Agustín: El Estado de derecho en estado de emergencia, en LL 12 de Octubre de 2001.
- Gozaini Osvaldo: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional. Bs As, Depalma, 1995.
- Gregorio Badeni, "Las normas de emergencia y el derecho a la propiedad privada-Los aspectos constitucionales de la ley antigoteo N° 25.587", Abogados, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, mayo 2002, N° 56.
- Gregorio Badeni: Reforma constitucional e instituciones políticas Bs As Ed. Ad-hoc
- Gunther, Gerald y Sullivan Kathleen M., Constitutional Law, 13° Ed., The Foundation Press Inc., New York, 1997.

- Haro Ricardo: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Año 2000 Tendencias Contemporáneas en el Derecho Constitucional
- Héctor Oscar Méndez: Restricción a la disponibilidad de los depósitos bancarios. Competencia federal El Derecho t. 200
- Hernández Antonio María, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, Encuesta de Cultura Constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005, en base a un proyecto conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.-
- Hernández José María, Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Horacio Lynch: La justicia ante la emergencia Diario La Ley Sección Actualidad 18 /04/2002
- Horwitz, Morton J., The Transformation of American Law 1870-1960, Oxford University Press, 1992, New York.
- Humberto Quiroga Lavié: Constitución de la Nación Argentina comentada Bs As Zabalia Editor 1996.
- Jorge Vanossi: La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994 La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 22 de octubre de 1999
- Kaminker Mario E: Aspectos prácticos de la aplicación del fallo Massa, publicado en suplemento especial La Ley “La Emergencia y el caso Massa” Febrero de 2007.-
- La Corte Suprema y sus novedades en el tratamiento de la normativa de emergencia, en JA-Lexis Nexis, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coordinador Alberto F. Garay, Buenos Aires, 5 de noviembre de 2003.
- La Corte Suprema, piloto de tormentas, publicado en el suplemento especial La Ley "La emergencia y el caso Massa", febrero 2007.-

- La interpretación Judicial de la Constitución, Ed. Depalma 1998.
- Las emergencias y el orden constitucional.- Rubinzal-Culzoni, Bs As 2002,
- Lazzarini y Colautti y Pérez Hualde, Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002.
- Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Buenos aires, Ed. Alfa, 1956, t. 5,
- Linares, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", Astrea, 1986.
- López Mario Justo: Introducción a los Estudios Políticos, Vol II “Formas y Fuerzas Políticas” Kapeluz Buenos Aires 1971.
- Lorenzetti Ricardo: Contratos en la Emergencia económica: pesificación, obligaciones en mora (un modelo de interpretación) LL-2002.
- Maljar, Daniel Edgardo, “Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite” , El Derecho, Derecho Constitucional
- Manilli, Pablo, L. “La Constitución Nacional es de Orden Público y no admite Acuerdo en Contrario”, Suplemento Especial, L.L, 14/7/2004.
Manual de la Constitución reformada, Editorial Ediar 1997.-
- Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, 1965, TI
- Midón, Mario A. R., “Decretos de necesidad y urgencia” , La Ley, Buenos Aires, 2001,
- Midón, Mario R, “Smith, o el final del sistema jurídico de la emergencia” , “Depósitos bancarios Restricciones II” , suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, marzo de 2002
- Morello Augusto: Reconocimiento del amparo. Jurisprudencia Argentina 2003-II, Sec Doctrina.

- Morello, Augusto, M, “La Corte Suprema. Piloto de tormentas” La Ley, Suplemento especial: La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero).
- Negretto, Gabriel L., “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, El Derecho, 1989, t. 154.
- Nestor Sagües: Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. La Ley 1995-D.
- Nicolau Noemí: Las obligaciones de derecho privado n vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública. Suplemento especial de la Revista Jurídica La Ley. Emergencia económica, Atilio Alterini (Director) Bs As abril de 2002.
- Omar Díaz Solimine: Juicio de Amparo Bs As Edit. Hammurabi srl, 2003
- Osvaldo Gozaini: El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art 43 de la Const. Nac. Bs As Depalma 1995.
- Osvaldo Gozaini: El rol del fiscal en los amparos. Responsabilidad personal con la reforma procesal de la ley 25488. La Ley 2003-A 1293
- pág. 234.
- Patricio Sanmartino y Fabián O Canda: Amparo Vs Recurso Directo: El dilema del medio judicial más idóneo El derecho 181-994
- Patricio Sanmartino: La tutela amparista y el derecho de la emergencia. Jurisprudencia Argentina 2003-II
- Pérez Hualde, Alejandro: Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia, La Ley, Suplemento: Depósitos bancarios y restricciones II, Marzo 2002.
- Pérez Hualde, en su artículo “El Congreso Nacional frente a la crisis” El Derecho,
- Peyrano Jorge: «Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas.» La Ley 1998-A.
- Peyrano, Jorge W, “Aristas procesales del último fallo pesificador”, LL 13/02/2007

- Por qué los ahorristas no pierden: Publicado en la revista de economía y negocios Fortuna 30/12/06.
- Rébora, Juan Carlos, “El ‘estado’ de asamblea” , La Ley, Páginas de Ayer, año 2, núm. 10.
- Revista de Derecho Público de Rubinzal-Culzoni Editores por Osvaldo Gozaini en su artículo titulado "Análisis de la Ley 25.587", pp. 361/382; por Roland Arazi y Jorge A. Rojas en "Emergencia y proceso", pp. 383/397 y por Julio Rodolfo Comadira y Patricio M.E.
- Rey Martínez, Fernando, “La propiedad privada en la Constitución española, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, España,1994
- Rojas Jorge: Emergencia, Constitución y Proceso publicado en JA 2002-11-1207.
- Ronald Arazi, El derecho Procesal frente a la Emergencia Pública. El Derecho 197-768.
- Sagues Néstor P., "Derecho Const. Y derecho de Emergencia", L.L..., 1990-D-1036.
- Sagues Néstor P., "La Protección de los Derechos Adquiridos", Diario La Nación, 03/02/02
- Sagues Néstor: La Interpretación judicial de la Constitución, Ed. Depalma 1998.
- Sagues, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional, Depalma, T2.
- Silvia Adriana Díaz: Acción de amparo, Bs As. Editorial La Ley 2001.
- Slaibe, María Eugenia, “Los Derechos Humanos y las Leyes de Emergencia”, LL, 7/3/2002.
- Temas Constitucionales y Políticos – Universidad Nacional de Córdoba, Año 1971.
- Torricelli, Maximiliano “El Sistema de Control de Constitucional Argentino” Lexis nexis-Depalma, 2002.

- Tribe, Laurence, American Constitutional Law, 2º Ed., The Foundation Press Inc., New York, 1988
- Wesler Malbran, Ricardo “La Doctrina de los Propios Actos aplicada a la pesificación de los ahorros y una reflexión importante para los casos futuros de “corralito”, ED, 21/7/2004.
- Ziulu, Adolfo Gabino, Estado de sitio, cit., p. 171. ¿Emergencia nacional o autoritarismo encubierto? Depalma. Bs. As. 2000.

FALLOS

- BUSTOS, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional s/ acción de amparo CSJN (B-139 XXXIX)
- Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ solicita intervención urgente en; Smith, Carlos A. c. P.E.N. s/ sumarísimo», publicado en La Ley 2002-A, 770. CSJN Fallos 325:28.
- Massa Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional – Decreto N° 1570/01 y otro S/Amparo Ley N° 16.986 M-2771-XLI
- Provincia de San Luis c/Estado Nacional, Banco Central y Banco de la Nación Argentina – Amparo – CSJN
- Cabrera Gerónimo Rafael y otro c/P.E.N Ley 25.561 Dtos 1570/01 y 214/02 S/Amparo sobre Ley 25.561- CSJN
- Smith Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo – CSJN 01/02/2002.
- Ferrero Raúl Gustavo y Otro c/P.E.N Amparo Ley N° 16986 Sala A Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba
- Zaburlin Jorge Tomas C/Estado Nacional y Otros Amparo Sala B Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba
- CNCont. Adm. Fed., Sala II, octubre 12-1995, ED, 167-94
- CNFed. Cont. Adm. Sala IV, Julio 31-990, La Ley 1990-D, 529

LEGISLACION

- Art 116 de la Constitución Nacional
- Art. 14 de la ley 48
- Ley 20.972 (Adla, XXXV-C, 2676)
- Ley 25.466 (Adla, LXI-E, 5443)
- Ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44)
- Decreto 1570/2001 (Adla, LXII-A, 65)
- Decreto 1606 (Adla, LXII-A, 74)
- Decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 117)