

EL CASO SAN LUIS: REDOLARIZACION Y PROCESO

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCIÓN

Es importante distinguir con carácter previo, que la emergencia instrumentada a través de la ley 25.561, se desarrolló en tres líneas claramente diferenciadas, una la que aborda la relación entre los particulares y las entidades financieras, otra la que se ocupa de la relación de los particulares con el estado; y finalmente una tercera que trata la relación entre particulares.

De ello se infiere que en este caso la Corte, ejerciendo su competencia originaria (conf. art. 117 de la C.N.), se ocupa de una totalmente distinta a las señaladas, que tiene sobrada envergadura, por la gravedad institucional que el Tribunal se encarga de destacar, pues importa la disputa entre un estado provincial, con el Estado Nacional.

Esto pone de manifiesto dos aspectos centrales que trataremos en este trabajo. Por un lado, el tema de la llamada “redolarización”, y sus proyecciones, sobre todo a la luz de la tensión social existente entre los particulares, y a su vez entre éstos y las entidades financieras; y por otra parte, al proceso judicial que se ha constituido en el mecanismo apto para la definición adoptada por nuestro más Alto Tribunal, del cual se destacan diversas facetas para analizar.

La circunstancia de que se trata en este caso de una relación muy especial entre dos estados, es puesta de manifiesto por el Procurador General de la Nación en su dictamen, quien sostiene, que en aras del mantenimiento de la paz interior, es conveniente, con fundamento en el art. 127 de la Constitución Nacional, que la corte en lugar de “juzgar” el conflicto suscitado, lo “dirima”.

Intenta desde allí una distinción conceptual, señalando que toda vez que la norma antes mencionada de nuestra Ley Fundamental dispone que las quejas de una provincia deben ser sometidas a la Corte Suprema y **dirimidas** por ella, por la relación especial que se plantea, y sus proyecciones, propone que la intervención de la Corte tenga ese alcance.

Destaca el Ministerio Público que juzgar implica deliberar, para ejercer una determinada autoridad, a los fines de sentenciar aquello que resulte procedente, dirimir es ajustar, fenecer, componer una controversia.

Por eso, a los fines de mantener una buena relación de gobierno dentro de nuestro sistema federal, la propuesta del Procurador apunta a una solución, que en verdad, en los hechos, únicamente se evidenció por las características que siguió el trámite del amparo, y por la forma en que decidió la

mayoría del Tribunal, otorgando un plazo a las partes para que acuerden –una vez superado el conflicto en sustancia- la mejor forma de cumplir con la obligación de dar que aquélla impuso. Como consecuencia de ello, se desprenden del subexamine dos líneas, una la referente a las particularidades que presentó el proceso de amparo, y otra la decisión en cuanto al mérito.

2.- LAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO

El juicio de amparo es ajeno –por esencia- a toda idea de bilateralidad, en el sentido de ampliar el conocimiento de la jurisdicción, más allá de los aspectos esenciales que permitan la comprobación de la actuación (u omisión) arbitraria o ilegal, de un determinado organismo público¹.

Esa restricción en el conocimiento, apunta sólo a la acreditación de esos extremos (la arbitrariedad o la ilegalidad, de ahí su necesidad de que sean manifiestas, es decir sin mayor necesidad de prueba), para entonces solicitar el informe a la autoridad pública, conforme lo prevé el art. 8 de la ley 16.986, y permitir así una decisión sobre el mérito de la causa.

Tan sencilla es la estructura del amparo, que su desvirtuación a través de los usos forenses, ha hecho muchas veces, por su abuso, y otras tantas por su restricción, que rara vez se pueda advertir en toda su pureza.

Precisamente el caso que nos ocupa no es ajeno a ello, y ofrece variantes que merecen su contemplación particular.

2.1.- La figura del amicus curiae

Las razones que dieron sustento al dictamen del Ministerio Público con respecto a que la tarea que le cabía a la Corte en el sublite, en los términos del art. 127 de la C.N., que no era juzgar sino dirimir el conflicto, se pueden apreciar dentro del trámite que siguió el procedimiento que se le imprimió a la acción de amparo.

El Tribunal Supremo lejos de mantener al amparo como una vía expedita y rápida para la solución de un conflicto, abrió un compás de negociaciones directas entre las partes primero, y con una particularidad después.

La figura del amicus curiae (que podríamos traducir como allegado al Tribunal), no tiene hasta ahora un gran desarrollo en nuestro país. Se trata concretamente de aquella persona (particular, o

¹ Desde luego que corresponde que contemplemos también la posibilidad que esa anomalía pueda ser cometida por un particular, conforme las previsiones del amparo que consagra no sólo el art. 43 de la C.N., sino además el art. 321 del Código Procesal, pero en el presente análisis nos restringiremos únicamente al amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública que es la temática que nos ocupa.

entidad, o institución), que tiene una vinculación indirecta con el pleito, y quiere ser oído porque tiene, o puede tener, una afectación directa o indirecta de sus intereses, conforme la decisión que se adopte en el asunto a resolver.

No tiene el carácter de parte, y no está vinculado, sino quizás indirectamente a alguno de los litigantes, o a sus intereses, por lo tanto, ni se pueden dar a su respecto las cualidades de las partes, ni la de los terceros, en el sentido que contemplan los arts. 90 y ss. del Código Procesal.

En el Estatuto o Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, se inicia un camino a su incorporación en nuestra legislación, cuando en su art. 1, se señalan como caracteres del sistema democrático, la participación de todos los estamentos sociales, y al consagrarse la acción declarativa de inconstitucionalidad en su art. 113, y estructurarse del modo que se lo hizo, siguiendo para ello las pautas de constitucionalismo europeo, esto es el análisis de la norma impugnada, sin la existencia de caso judicial, en forma abstracta, por vía de la reglamentación de aquella norma, la ley 402 de la Ciudad incorporó en su art. 22, la figura del *amicus curiae*, con características similares a las que antes apuntamos.

La Corte, en este caso, al margen del trámite particular que le imprimió al amparo tratando de avenir a las partes, según se desprende del séptimo considerando del fallo, señala que conforme los términos de la presentación que habían efectuado la Asociación de Bancos Argentinos (ABA), y la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPRA), en los autos que tramitaron ante ese Tribunal (causa M.12 XXXVIII in re "Ministerio de Economía y Banco Central de la República Argentina s/Apelación contra medidas cautelares"), era conveniente debido a la situación por la que atravesaba nuestro país, darle intervención para oírlos en una nueva audiencia, que se celebró con esas entidades, las cuales además hicieron las presentaciones que les permitió el Tribunal.

Luego de que hubieran participado todos los intervinientes del proceso en esas gestiones, que no dieron resultado satisfactorio alguno, se pronunció la Corte Suprema.

No obstante, recogemos aquí un aspecto que entendemos de suma importancia, que tiene que ver con la posibilidad, en circunstancias excepcionales, y sin ser consideradas como partes, ni terceros en el proceso, que se les de intervención, como "*amicus curiae*", a aquellas entidades –como las mencionadas– para que expongan sus puntos de vista sobre las circunstancias que tocaba analizar en este proceso.

En esa forma, y con ese mismo alcance, es como regula la ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires, la participación del *amicus curiae* en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, rol que lo puede desempeñar cualquier persona, o entidad, y que entendemos como una novedad procesal, que presenta este caso.

2.2.- Recusación y nulidad

Conforme lo sostiene la mayoría, que se integró con los votos de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Adolfo R. Vázquez, Guillermo A. F. López, y Carlos S. Fayt en forma totalmente extemporánea, y sin fundamento valedero alguno, son recusados los Dres. Moliné O'Connor y Fayt, quienes participando en forma directa de la resolución de esa disidencia, en abierta contradicción con lo que dispone el art. 19 del Código Procesal, desestiman aquella por resultar extemporánea, ser manifiestamente improcedente, y carecer de virtualidad, pues fue deducida en forma subsidiaria para el caso de rechazarse el planteo expuesto en el cuerpo principal, lo cual torna inoficioso su tratamiento.

Sin embargo, la disidencia (conformada por los Dres. Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda), sostiene abiertamente en su pronunciamiento que el fallo es absolutamente nulo, pues se violenta el debido proceso legal, no en el caso del Dr. Moliné O'Connor, sino en el del Dr. Fayt, pues consideran que al haber reconocido públicamente éste último ser un ahorrista afectado por la pesificación y reprogramación de sus ahorros (circunstancia que lo había llevado al Dr. Petracchi a abstenerse de participar en este pronunciamiento), su actuación se veía invalidada por haber perdido el requisito esencial de imparcialidad que requiere todo juez.

Por ese motivo la minoría considera que se violenta la letra de los arts. 18 de la C.N. y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues no se constituyó un tribunal o juez independiente e imparcial, y que ello llevaría a desconocer elementales normas éticas, que ponen de manifiesto la nulidad del fallo que eventualmente se dicte.

Dos observaciones nos caben sobre el particular. La primera de ellas, desde un punto de vista estrictamente procesal, la mayoría sostuvo que el planteo había sido efectuado extemporáneamente, y además en forma subsidiaria, es decir, que consideró inoficioso su tratamiento, pues se lo pretendió dejar a las resultas del fallo, con lo cual parecería hasta poco seria su introducción en esos términos, del propio juego de la normativa aplicable a la cuestión.

Pero en segundo lugar, poco tiempo antes en el caso Smith, tanto el Dr. Fayt participó del fallo, y además lo hizo con un voto particular adhiriendo a la mayoría, sino que además alguno de los integrantes de esta minoría, conformó entonces aquella mayoría junto al Dr. Fayt.

Pero también conviene destacar, otra reflexión relacionada con el carácter contradictorio del Tribunal, específicamente de la minoría, con el criterio que ha observado en otros casos, pues es doctrina ya definida la que sostiene que "admitir planteos de nulidades contra los fallos de la Corte Suprema y recusar a sus integrantes, por clara que fuese la improcedencia de la impugnación y la

falta de causa de la recusación, que el Tribunal debería ser reemplazado por entero con conjuces desinsaculados al efecto, estableciéndose de tal forma un procedimiento de revisión que echaría por tierra la supremacía de la Corte y el carácter final de sus decisiones, lo cual no puede ser consentido, pues las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce la Corte, le imponen la firme defensa de sus atribuciones cuya cuidadosa preservación es necesaria para la ordenada subsistencia del régimen federal y del orden constitucional².

Todo ello revela el estado tan particular por el que atraviesa nuestra Corte Suprema, en punto a la relación de sus integrantes entre sí, y además de cara a la sociedad, lo que ameritaría en un próximo gobierno, el análisis de algunas de esas conductas en particular para adoptar las medidas correctivas que merece un estado de derecho, a fin de no incurrir en anomalías como las que se ponen de manifiesto en un fallo de la trascendencia del que nos ocupa.

Es evidente que el decoro, que deben observar los miembros de nuestro más Alto Tribunal, en el desarrollo de sus conductas, justamente en oportunidad de un fallo de estas características, se ha subvertido por una especie de lucha interna, que no es más que la que trasunta el propio fallo, y para lo cual no hace falta ningún ejercicio interpretativo.

2.3.- Los hechos sobrevinientes

Por cierto que cuando analizamos el caso San Luis siempre tenemos en miras sus proyecciones sobre los particulares, y uno de esos aspectos, es la seguridad jurídica que trasciende del pronunciamiento de la Corte, y se vincula con los hechos sobrevinientes, que son aquellos (conf. art. 163 inc. 6 del Código Procesal), que siendo constitutivos, modificativos o extintos de la relación sustancial objeto de debate en el proceso, por su incidencia directa sobre ella, el juez debe hacer mérito para el dictado de su sentencia.

Debido al fárrago legislativo acontecido en nuestro país, sobre todo a partir de fines del año 2001, es probable que en muchos amparos de particulares, se hayan planteado algunos aspectos de la legislación reputada inconstitucional, y otros no se hayan podido articular porque fueron posteriores.

En este aspecto es fundamental tener en cuenta que la mayoría de la Corte ha interpretado que: "...en el transcurso del proceso, han sido dictadas diversas normas sobre la materia objeto de esta litis por lo que, de conformidad con reiterada doctrina de esta Corte su decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias

² Fallos 310:1542; 313:428; 320:2496.

sobrevinientes de las que no es posible prescindir (Fallos 308:1489; 312:555; 315:123; entre muchos otros).

Con lo cual, como se puede apreciar, más allá de la regla *iura novit curia* que rige en el proceso, es factible solicitar que se tengan en cuenta esos hechos o circunstancias posteriores, con motivo de la profusa legislación de los últimos tiempos, y que seguramente por razones temporales no pudo ser invocada en los miles de amparos en trámite.

3.- LAS PRETENSIONES Y LAS DEFENSAS

Para analizar la situación planteada en el sub *judice*, la sintetizaremos de la siguiente forma:

- a) La Provincia de San Luis promueve una acción de amparo junto con una medida cautelar, que según se desprende del pronunciamiento, sería una medida innovativa, a través de la cual pretende un anticipo de jurisdicción, solicitando el reintegro de todos los fondos, por supuesto en dólares, y para todo ello dirige su demanda contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Nación Argentina.
- b) Existe un sustento fundamental en las pretensiones ejercidas por la Provincia accionante, y es que considera que el tratamiento que debe dársele a esos fondos “públicos” en dólares es similar a los que define el dominio originario de un estado provincial sobre sus recursos naturales, teniendo en cuenta para ello los caracteres que definen al dominio público estatal.
- c) Sus pretensiones son la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 12 del decreto 214, conforme la redacción dada a ésta última norma por el art. 3 del decreto 320/02, del decreto 1570/01 (que es el que había establecido originariamente el corralito), y también había planteado la inconstitucionalidad del decreto 905/02, que introdujo los bonos, como mecanismo sustitutivo de la restitución de los fondos líquidos, que luego desistió.
- d) Las accionadas, en líneas generales sustentaron su defensa en que la vía procesal escogida por la accionante (acción de amparo) no era la idónea, y además las circunstancias por las que atravesaba el país, al resultar de extrema excepcionalidad, no justificaban que un estado provincial, que si bien tenía depositados fondos públicos, éstos habían sido recaudados en pesos, transformándolos en dólares, cuando se llevaron a cabo las distintas imposiciones en el Banco de la Nación Argentina, se sustrajera a esa realidad vivida por todo el país pretendiendo un tratamiento diferenciado para su caso, por lo cual no consideraba aplicable a su respecto los convenios internacionales que invocó en apoyo de su postura toda vez que se trataba de un estado provincial, y aquéllos contemplaban sólo a personas físicas.

4.- EL AMPARO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Es importante destacar -pues aquí radica la principal disidencia de la minoría- que la vía intentada por la actora (el amparo), es considerada adecuada por la mayoría, señalando conforme a su propia doctrina que si bien es cierto que se trata de un remedio de carácter excepcional, ya que en principio, no puede sustituir las instancias ordinarias judicial para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, en este caso aparece de modo manifiesto un daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos judiciales o administrativos ordinarios, circunstancia que justifica que los jueces reestablezcan de inmediato el derecho restringido por esta vía (Fallos 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308:155; 311:208, entre otros).

Este aspecto es de suma importancia para tener en cuenta en los más de cien mil amparos que están tramitando los ahorristas perjudicados por el llamado “corralón”, toda vez que en la mayoría de los casos éste ha sido el camino observado, y al margen de que la Corte desestimó la medida cautelar solicitada por la Provincia, en muchos casos se trata de procesos que llevan consigo una medida cautelar, innovativa o genérica.

La postura de la minoría aparece excesivamente dogmática, pues únicamente cuestiona, sin hacerse cargo de la realidad por la que atraviesa el país, la idoneidad del amparo a los fines pretendidos por la accionante.

Esto conviene destacarlo por las proyecciones, con relación a futuros reclamos hacia los bancos y el Estado Nacional, con motivo de este precedente, pues la minoría no alude sustancialmente a su improcedencia, sino que únicamente se detiene en una apreciación meramente formal, con lo cual las proyecciones de este pronunciamiento podrían transformarse en insospechadas por su extensión. Recuerda la minoría la gestación del amparo a través de los casos líderes Siri³ y Kot⁴, para referirse a la prudencia que deberá observar la jurisdicción en todos este tipo de reclamos, precisamente por su carácter protectorio, y por la restricción que se produce al conocimiento de la jurisdicción, y rememorando el voto del Dr. Belluscio en el caso Peralta⁵, destaca que es importante la demostración por parte del accionante que el amparo es la única vía apta para formular su reclamo, por la inoperancia de otras ó por su falta de idoneidad, y por supuesto, que según su criterio, todo ello no aparece demostrado en el sub examine.

³ Fallos 239:459.

⁴ Fallos 241:291.

⁵ Fallos 313:1513.

Todo ello en modo alguno ha sido alterado luego de la reforma de la C.N. en 1994, al contemplar al amparo en el art. 43, pues considera que la normativa en cuestión será procedente, como reza aquel precepto: “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

Por ello considera que el mecanismo intentado únicamente será procedente cuando se deba tutelar en forma inmediata un derecho constitucional violado de modo manifiesto.

Agrega más adelante la minoría, que los controles de legalidad 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, y menos aún agrega la situación por la que atraviesan las entidades financieras.

Sintéticamente, como se puede apreciar de lo que hemos expuesto, la minoría utiliza como fundamento de su rechazo al amparo intentado por la Provincia de San Luis, uno que resulta meramente dialéctico, y que se aleja de la realidad del proceso, ya que apunta únicamente –con una dudosa apreciación- a destacar que el amparo no se puede constituir en el proceso adecuado para el reclamo que se intenta.

Lo cierto es que pese a tratarse de una cuestión netamente patrimonial, merced al voto mayoritario, se ha erigido al juicio de amparo como la senda apropiada para sortear ese avasallamiento a un derecho de primera generación, como es el de propiedad.

En ese sentido la Corte, siguiendo su política tradicional, y como corresponde a su función esencial, no se abstrae de la realidad del país, y reconoce a través de su propio compromiso que lo que es objeto central del debate en este caso, es la constitucionalidad de un aspecto del complejo régimen jurídico que modificó sustancialmente la política económica que había seguido el Estado, y que hemos descripto como ciclos jurídicos⁶.

Aunque en el subjuice lo que se cuestiona puntualmente son las normas que regulan la restitución de los depósitos, la Corte señala en este aspecto que el abandono de la política seguida por el poder público y las consecuencias que esa decisión proyecta en las relaciones jurídicas, del modo con que fue adoptada, es lo que motiva los miles de litigios similares al presente y lo que exige el examen del nuevo plexo normativo en orden a su correspondencia con la Ley Fundamental.

Esto es lo que llamamos –siguiendo a Linares⁷- test de constitucionalidad, siendo de destacar que la Corte, pese a lo que más adelante señalará con respecto al alcance de su fallo, que reconoce que sus efectos se van a propagar a los miles de amparos en trámite, como era dable de esperar, aunque seguramente con algunas variantes, debido como lo adelantamos a las particularidades de esta

⁶ Ver nuestro trabajo “La emergencia y el proceso”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, en especial en el cap. 2 (pto. 2.4.-).

⁷ Linares, Juan Francisco, La razonabilidad de las leyes, Ed. Astrea, 1970.

relación especial de estado-estado, que no está contemplada dentro del marco en el que fue estructurada la emergencia.

Lo que acabamos de apuntar, en el consid. 21 de su pronunciamiento lo manifiesta expresamente la Corte cuando señala que “el rasgo más saliente del sistema sub examine es la notoria asimetría en el tratamiento de las situaciones que regula, lo cual –a su vez- 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 encuentra en juego la validez del art. 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”.

Dos aspectos son evidentes y conviene destacar en este sentido. Por un lado, que la Corte ya manifestó su criterio con relación a la legislación de emergencia en el caso Smith, y de algún modo ahora viene a complementarla, como lo veremos más adelante, inclusive con alguna especie de contradicción.

Pero por otro lado, si bien se presume que no va a resolver en una forma distinta a como aquí lo ha hecho al practicar su test de constitucionalidad, es clara en cuanto a que tratará cada situación particular conforme los antecedentes que se le sometan a su consideración.

Remarca el Tribunal Superior que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite que es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o modificar los derechos de los particulares, y aclara textualmente que “no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”.

Importa destacar en este caso, que ese control que ejerce, está circunscripto no sólo a la pauta de razonabilidad de una norma a la luz de la letra de la C.N., para saber si existe una violación al límite que marca el art. 28 de nuestra Ley Fundamental, sino además a una legitimidad de origen de ese precepto.

Es decir, la Corte analiza si el decreto 214/02 es dictado conforme la legislación de emergencia que le da respaldo, esto es la ley 25.561, o no, porque en sus considerandos, bien señala que se invocan las pautas que surgen del art. 99 inc. 3 de la C.N., esto es su carácter de decreto de necesidad y urgencia.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta, pues señala muy claramente –y con buen criterio- nuestro más Alto Tribunal, que se están apelando a dos fuentes disímiles de legitimidad para el ejercicio de las atribuciones que le fueron conferidas al Ejecutivo, por ende cabe analizar si estas son compatibles, y en su caso, cuál es su respectivo ámbito de aplicación.

Sin embargo, y aquí aparece alguna contradicción con el criterio esbozado en Smith, entiende en el consid. 29 in fine de su fallo que el Poder Ejecutivo no ha ejercido atribuciones fuera del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso Nacional, por ende las limitaciones establecidas en el art. 1 de la ley 25.561 resultan aplicables a su desempeño y, en consecuencia, también las pautas a las que el Poder Legislativo sometió la delegación de sus facultades, tal como lo establece el art. 76 de la C.N., con lo cual concluye en el consid. 30 que es concebible que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia conforme las pautas del art. 76 de la C.N., como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí en el marco reglado por el art. 99 inc. 3 de la Ley Fundamental. No obstante, aclara de inmediato, que lo que no resulta procedente es que frente a una delegación como la que nos ocupa, el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él. Consideramos que en este aspecto el pronunciamiento de la Corte, si bien dejaría entrever que no convalida la actuación del Ejecutivo por vía de decretos de necesidad y urgencia, no resulta todo lo contundente y concreta que podría haber sido.

La emergencia en los términos en que fue concebida, excede notablemente, por su laxitud, las pautas que surgen del art. 76 de la C.N., y por ende no sólo debería resultar justiciable, sino que además no se puede confundir una actuación, que debe ser acotada, con facultades excepcionales como las que surgen del art. 99 inc. 3 de nuestra Ley Fundamental.

Por eso, entendemos que ha sido mucho más claro y contundente el voto del Dr. Vázquez, quien sostiene que no se daban las pautas formales que permiten convalidar un decreto de necesidad y urgencia como el impugnado, por ende no puede sustituir el Ejecutivo las funciones que son de la esencia del Poder Legislativo, con lo cual cae con todo su peso la validez del decreto en cuestión. Señala bien este ministro de la Corte, que no concurrieron a su respecto las condiciones exigidas por el art. 99 inc. 3, de la C.N., toda vez que el 3 de febrero de 2002, fecha en que se dictó el decreto 214/02, el Poder Legislativo no se encontraba en receso, y la labor parlamentaria se hallaba legalmente habilitada por el decreto 23 del 22 de diciembre de 2001 (B.O. del 27/12/01), que prorrogó las sesiones ordinarias del Honorable Congreso de la Nación hasta el 28 de febrero de 2002.

Pero además de este aspecto de forma, que por sí mismo da por tierra con la legitimidad de la norma cuestionada, existe otro para ponderar, de carácter sustancial. Recuerda en ese sentido la mayoría el art. 6 de la ley 25.561 el cual establece que "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 1570/01, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia

del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”.

Por ese motivo, considera la Corte que el Ejecutivo desatendió el límite que había establecido el Congreso, cuando dictó el decreto 214, pues solamente estaba habilitado a actuar para afrontar la crisis con la limitación expresa de preservar el capital perteneciente a los ahorristas, por eso la Corte señala que aquél excedió los límites establecidos en los arts. 3, 4, 5, 6, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, pues por esa vía se altera la sustancia de los depósitos, que es uno de los presupuestos esenciales para la validez de toda emergencia, conforme la doctrina desarrollada por nuestro más Alto Tribunal.

Indica ahora la Corte, con una proyección de suma trascendencia para la mayoría de los ahorristas, que podría ser posible reprogramar las obligaciones originarias en tanto sea compatible con la evolución del sistema financiero (atención a este presupuesto, por sus proyecciones en la relación particulares-entidades financieras), pero lo que no es admisible -lo señala en forma expresa- es que se altere el valor del capital depositado en divisas.

En este sentido, también conviene tener en cuenta –por la trascendencia que antes apuntamos- que la Corte distingue que la legislación en cuestión sólo ha permitido la pesificación de las deudas “con” el sistema financiero –y no “del” sistema financiero- que se indican en forma taxativa en el segundo párrafo del art. 6 de la ley 25.561.

Por eso agrega que lo que se ha transformado son los créditos otorgados por las entidades financieras a la relación de un peso por un dólar (créditos hipotecarios, para refacción o construcción de viviendas, los personales, entre otros), agregando que la reestructuración solo es posible en deudas con el sistema financiero cuyo importe en origen no fuera superior a cien mil dólares.

Este extremo es claramente diferenciado de las deudas “del” sistema financiero con los ahorristas, con lo cual existe una doble visión para una misma relación, una para los ahorristas vinculados “con” una entidad financiera, y otra distinta es la que emerge “del” sistema financiero para con los ahorristas, y ello es también evidente de la simple lectura del art. 6 de la ley 25.561, que establece la posibilidad del Ejecutivo para fijar medidas compensatorias que eviten los desequilibrios, que lógicamente se van a producir en aquel sistema a partir de esta interpretación.

Esto significa –como bien lo reconoce la mayoría en su voto- que existe subyacente una política destinada a incluir al Estado en la solución de las decisiones adoptadas en materia de pesificación, de todo lo cual se desprende, en primer lugar que es muy probable que la Corte mantenga idéntico razonamiento al aquí expuesto, en materia de relaciones de emergencia entre particulares-entidades financieras, mientras que por otro lado, también es dable inferir que se proyecta una solución, si no

es en bonos, en un mecanismo de similares características a través de la cual el Estado coadyuve con las entidades financieras a paliar los efectos de la llamada “redolarización” de los depósitos, neologismo que no tiene otro sentido, que mantener la sustancia de las imposiciones efectuadas por los particulares en las entidades financieras.

5.- EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA SEGURIDAD JURIDICA

La Corte reconoce expresamente la violación que se produce al derecho de propiedad de los ahorristas, siendo de destacar que el alcance de la interpretación de ese concepto, no está restringido únicamente al uso y goce de una cosa, sino que es mucho más lato en la doctrina de nuestro más Alto Tribunal. Por eso, una vez más desarrolla el sentido del concepto derecho adquirido, teniendo en cuenta al efecto la legislación dictada en oportunidad de disponer el Poder Ejecutivo, la llamada “pesificación asimétrica”.

Aquí la Corte fue muy precisa, pues remarcó que la actuación contra legem del Ejecutivo, a través del decreto que aquí se impugna, ya que desconoció la sustancia de los depósitos efectuados en moneda extranjera, aclarando que si bien a ella no le compete ponderar el complejo programa de pesificación asimétrica, no puede consentir esta proyección que se analiza en el caso de autos, por el agravio que provoca al derecho de propiedad.

Reafirma su posición en ese sentido, señalando que la emergencia, como reiteradamente y desde antiguo lo ha sostenido, no ampara el avasallamiento del derecho de propiedad, agregando que el sistema que se trató de implementar además de avasallar aquél derecho de primera generación, también ha destruido un presupuesto esencial, como es la seguridad jurídica, advirtiendo que cuando se recurre a la emergencia se lo debe hacer con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido, pues ella no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

El ejercicio válido de los poderes de emergencia, no se puede ver desbordado –como en este caso– por la actuación desmedida de parte del Ejecutivo, a través de la normativa que aquí se impugna, toda vez que la misma no resiste en modo alguno el límite que señala el art. 28 de la C.N. a la luz de los principios que emergen de los arts. 14 y 17 de la C.N., pues la noción de derecho adquirido, como los que aquí nos ocupan, la Corte se encarga de precisar que se encuentra inescindiblemente unida a la noción de seguridad jurídica, la cual importa la previsibilidad mínima indispensable que puede esperarse de todo ordenamiento legal.

No atempera esta situación la compensación que pretende el gobierno a través de los bonos que comenzaron a introducirse en todo este complejo plexo normativo a través del decreto 494/02,

620/02, 905/02 y 1836/02, en todos los cuales bien señala la Corte que subyace la idea de recuperar el crédito en divisas.

7.- LA POSIBLE “MODALIZACION” DE LA CONDENA

A través de este mecanismo, que consiste únicamente en respetar la potestad jurisdiccional de establecer la posibilidad de cumplir la sentencia en un determinado “plazo”, se pueden aventar riesgos o perjuicios, que de otro modo no está al alcance de la jurisdicción mensurar.

Por ese motivo la Corte, al margen de las particularidades específicas de este caso, en donde ya se había retirado una parte del dinero y por ende correspondía un ajuste de las sumas entregadas en pesos, según el valor del dólar, señala –con fundamento en lo dispuesto en los arts. 163 inc. 7 y 558 bis del Código Procesal- que las partes deberán acordar la forma en que se va a cumplimentar esta sentencia.

Hoy la Corte ha tomado esos preceptos (el art. 163 inc. 7 y 558 bis), siguiendo el carácter que proponía el Procurador General en su dictamen, de dirimir la controversia, resolviendo el fondo de la cuestión y brindando a las partes la posibilidad de acordar directamente entre ellas, en un plazo de 60 días la forma en que se va a implementar el efectivo cumplimiento de la sentencia, que importa, luego de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 del decreto 214/02, la forma y los plazos dentro de los cuales se va a proceder a la devolución de los fondos que la Provincia accionante tenía depositados en el Banco de la Nación Argentina, bajo apercibimiento de que si no lograran ese objetivo, ello lo determinará el máximo Tribunal, tal vez observando las pautas de esto que Evans⁸ ha denominado “modalización” de la condena, o sea fijar un plazo que permita su cumplimiento sin agravio hacia ninguna de las partes, o tratando el menor de los perjuicios posibles.

8.- PRIMERAS CONCLUSIONES

La situación planteada en el país a partir del corralito primero, la pesificación después, la reprogramación, el corralón, etc. no va a quedar definitivamente superada con este pronunciamiento, de ahí entonces el título de este párrafo.

La mayoría tiene en cuenta este aspecto, pues señala en sus fundamentos (véase el consid. 52 del fallo), que la situación que se ha planteado en la sociedad argentina con este cambio brusco de política que ha provocado una grave lesión al derecho de propiedad, por eso destaca que si bien es

⁸ Evans, Guillermo F., Reparación “modalizada” del daño, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

de su conocimiento que planteos como el aquí la ocupan se han reiterado en más de cien mil causas, y se ha provocado una profunda tensión entre los ahorristas, el gobierno y las entidades financieras, y agregamos que éstos son hechos de público y notorio conocimiento que la minoría no debería haber obviado en un cabal cumplimiento de sus funciones, este fallo concretamente no puede ser tomado por ahora como modelo definitivo para resolver situaciones que si bien se asemejan, no son idénticas.

Desde ya destacamos que las diferencias por las proyecciones que la sociedad toda esperaba, son únicamente matices que tienen que ver con la relación especial entre dos estados, que exceden el marco de la estructuración que tuvo la emergencia.

Por eso es muy probable que sirvan sus fundamentos, como los demás que fueran expuestos en el caso Smith, para el reconocimiento de los derechos de los ahorristas, ya que esa es tradicionalmente la línea que ha seguido la doctrina de la Corte, no solo en materia de derechos adquiridos, aunque ellos no sean absolutos, sino en materia de legislación de emergencia.

La Corte, desde siempre ha sostenido, que una situación de emergencia no puede importar una alteración de la sustancia de los derechos, como se desprende de este pronunciamiento, y del caso Smith, aunque en este sentido alguna contradicción se ha producido.

Esto se debe a que en ese caso, no sólo dispuso la inconstitucionalidad del llamado corralito, fulminando así la aplicación del decreto 1570/01, sino que además señaló la irrazonabilidad de la ley 25.561 en cuanto disponía en su art. 15 la suspensión de la ley de intangibilidad de los depósitos (consid. 14), por la modificación de las condiciones tenidas en miras por los ahorristas al contratar con las entidades financieras, para indicar ahora en forma mucho más genérica, casi como que ha sido válida la delegación de facultades que se instrumentó a través de esa ley de emergencia, conforme las pautas del art. 76 de la C.N., pues más allá que considera que el Ejecutivo se extralimitó en sus funciones al sancionar el decreto 214/02, sobre todo teniendo en cuenta el alcance de su art. 2, de soslayo, y sin pronunciarse expresamente, estaría convalidando la ley 25.561, al admitir la delegación de facultades del modo en que a través de ella se instrumentó.

Esto daría pie a que se abra una brecha de cierta inseguridad, pues parece inoportuno que no haya hecho la aclaración que si hizo en Smith, en donde si bien no aludió a su inconstitucionalidad, sostuvo la irrazonabilidad de su art. 15 en cuanto suspendió el régimen de intangibilidad de los depósitos.

No obstante ello, consideramos que por el momento las condiciones están dadas para que los ahorristas vean mantenida la sustancia de sus depósitos, como lo ha reconocido históricamente la Corte, y lo ha manifestado una vez más en el pronunciamiento en análisis, quedando pendiente de resolución la forma en que se podría implementar esta devolución, aspecto aún no definido, como

se desprende de este pronunciamiento, y que quizás se pueda definir a través de los diversos mecanismos de condena que se puedan diseñar conforme la situación de las entidades financieras involucradas, que desde luego en todos los casos no será idéntico.

Las pautas que surgen para proyectar esta salida, no están dadas solo por el presente fallo en cuanto impone una condena “a acordar” entre las partes involucradas, sino de la letra de la propia ley de emergencia, que involucra al Estado cuando manifiesta (art. 6 de la ley 25.561), que va a compensar el desfasaje que este cambio de timón en la política del Estado provoque a las entidades financieras.

También se desprende ello de la letra del fallo en cuanto diferencia a los vínculos habidos por los particulares “con” las entidades financieras, y los que se desprendan de las políticas comerciales “de” las entidades financieras, todo lo cual permite avizorar un distinto tratamiento para créditos y para deudas, según los montos en juego.

Como resabio de todo ello, quedará la relación particulares-particulares, que llegará como colofón seguramente luego de “pulidos” los casos antes señalados, y que aparentemente por la línea seguida por los tribunales, no debería ser otra que la que se ajuste a las pautas brindadas por los arts. 11 de la ley 25.561, y 8 del decreto 214/02.

Un comentario final merece desde el punto de vista si se quiere “político”, por exceder el ámbito de lo jurídico, aunque está íntimamente emparentado, por el enfrentamiento que se aprecia dentro del seno de nuestro más Alto Tribunal, circunstancia que por el rol que toca desempeñar a la cabeza de nuestro Poder Judicial, flaco favor le hace a nuestro sistema democrático y republicano.

Ello va más allá de la simple imputación que se hace con relación a la presunta nulidad del fallo, que consideramos que no debe ser tal, toda vez que estando a los dichos de la mayoría, no solo por la introducción extemporánea de la cuestión, sino además por la forma en que se realizó el planteo (que se desprende que fue en subsidio), ameritaban su total desestimación.

Nos referimos concretamente al voto de la minoría, pues lejos de hacerse cargo de la realidad por la que atraviesa el país, parece enfrascada en una órbita distinta, alejada totalmente de nuestra sociedad, y quizás sin tener en cuenta la conflictividad subyacente con las entidades financieras.

Es lógico suponer que a través de simples cálculos se demuestre la inconveniencia de enfrentar la situación de crisis por parte sólo de los bancos, pero no es menos cierto que es más importante el respeto a la C.N. y a la letra de la ley, para afianzar la seguridad jurídica que ha sido totalmente avasallada en nuestro país, como bien lo señala la mayoría.

Se pueden tejer algunas dudas con respecto a la viabilidad del amparo, pero si la arbitrariedad o ilegalidad no resultan manifiestas del simple cotejo de la letra de los decretos en juego, y la letra de la ley de emergencia, aún convalidando su contenido con el que disentimos por su alcance, no

podemos colegir cuándo un amparo como proceso de carácter protectorio de los derechos que fueron vulnerados, puede ser realmente operativo, y brindar una tutela efectiva y rápida.

Cita en su apoyo la minoría que el caso debió tener mayor amplitud de debate, pues la constitucionalidad o no de una ley, como última ratio del orden jurídico así lo requiere, por ello citando el consid. 13 del voto del Dr. Oyhanarte en el caso Peralta⁹, sostiene que ello justificaría también el rechazo de la acción intentada, pues el tema objeto de debate no podría llevarse a cabo a través de trámites sumarios y premiosos.

Ni una cosa ni la otra. Ni el trámite en este amparo ha sido sumario ni menos aún premioso, como se lo quiere hacer aparecer, y baste señalar para ello que se han llevado a cabo varias audiencias de conciliación, y además se ha introducido la figura del amicus curiae como al comienzo lo destacábamos, sino que además el ejemplo tomado no ha sido del todo feliz, ya que el propio ministro del Alto Tribunal que se ha tomado como modelo, en ese caso, dejó de lado que el decreto 36/90 era un simple decreto de necesidad y urgencia, y por ende de muy dudosa constitucionalidad, y que la emergencia no había sido declarada por el Congreso Nacional a través de una ley, pues sostuvo muy sencillamente, que se trataba de una cuestión de formas en donde éstas no podían ir más allá de la sustancia que era la que verdaderamente debía interesar.

De esa forma se produjo una verdadera expoliación al pueblo argentino de todos sus ahorros, sustituyéndolos por bonos, y se entendió que su restitución a un plazo de diez años, “era razonable”.

Por eso lo importante a registrar, es advertir la especie de descomposición que se está produciendo en el seno de nuestro más Alto Tribunal, en donde no está ni bien ni mal que un ministro cambie de criterio, o que se desestime una recusación, que debió quizás ser excusación¹⁰, sino que se exponga a la ciudadanía a una inseguridad tan tremenda como para que se señale la presunta nulidad del pronunciamiento, como modo de coartar la expresión de la mayoría y conformar un fallo esencialmente válido que resguarde la letra de nuestra Ley Fundamental, ello resulta inadmisibles, por absurdo.

Quiera Dios iluminar a los integrantes de nuestro más Alto Tribunal del país, para encarrilar la afligente situación que se ha creado, resolviendo en los próximos pronunciamientos que seguramente depurarán las cuestiones pendientes, conforme a derecho, esto es simplemente

⁹ Fallos 313:1513.

¹⁰ Conviene recordar que al producirse la “avalancha” de amparos que hizo colapsar el fuero federal, varios jueces “afectados” por las medidas económicas, se excusaron, lo cual dio lugar al plenario Waitzel (E.D. 196-429), en virtud del cual la Cámara Contencioso-Administrativo Federal decidió que no procede aceptar la excusación de un magistrado con fundamento en el inc. 2 del art. 17 del C.P.C.C.N. en los procesos deducidos con motivo del decreto 1570/01, de la ley 25.561, de los decretos de necesidad y urgencia 214/02 y 320/02 y de las demás normas complementarias, modificatorias, sustitutivas o que sean dictadas en su consecuencia.

respetando la ley y ajustándose a su cometido final que es resguardar el principio de supremacía constitucional, pues es la Patria la que así lo demanda.