

EMERGENCIA Y PROCESO

Por Roland Arazi y Jorge A. Rojas

1.- LA SITUACION DE EMERGENCIA

La palabra *emergencia* es explicada en nuestro diccionario, como aquello que acontece cuando, por la combinación de factores conocidos, surge un fenómeno que no se esperaba.

Si bien la situación de gravedad que se plantea actualmente en el país, es lo suficientemente elocuente por sí misma, como para relevarnos de mayores comentarios, es imprescindible señalar que ha dañado no sólo a las instituciones, sino que además el derecho no ha permanecido ajeno a esta crisis.

El ejemplo de lo que ha sucedido con los depósitos de los ahorristas, y las restricciones que se han impuesto, desconociéndose no sólo derechos y garantías constitucionales, sino inclusive la normativa dictada por el propio gobierno¹, es una prueba suficientemente clara de la gravedad expuesta.

Ello, ha arrasado con derechos legítimamente adquiridos por los ciudadanos, y lo que es más grave aún, con la certeza y seguridad que debe brindar un determinado plexo normativo a una sociedad organizada, todo lo cual torna imposible, o sumamente dificultoso, llevar a cabo una vida pacífica y ordenada, conociendo de antemano los parámetros a los cuales debemos ajustar nuestros proceder².

Crisis tiene su origen en el vocablo "*krisis*" que deriva del griego y significa decisión, derivando de "*krinó*", yo decido, separo, juzgo. Podríamos sostener que en un sentido genérico importa una situación especial o delicada, por tratarse de un momento decisivo, en un asunto de importancia, en el cual yo tengo que optar, o adoptar una decisión.

Es evidente que con la situación que describimos, no sólo se hace imposible ejercer opciones, o tomar decisiones, sino también desarrollar una vida armónica. Por eso desde hace tantos años

¹ Aquí nos referimos desde luego a la ley 25.466 llamada de intangibilidad de los depósitos, a través de la cual se pretendió captar a los ahorristas para que invirtieran sus fondos en las entidades financieras, en virtud de la situación por la que atravesaba ese sistema, para poco después, con el dictado de la ley 25.561, dejarla suspendida en el tiempo, y lo que es más "sine die", pues se señala que la suspensión se extiende hasta que finalice esta situación de emergencia.

² Es útil recordar que en la doctrina de la Corte Suprema, un derecho ha sido legítimamente adquirido cuando el particular ha cumplido con todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos por la ley anterior, para ser titular de ese derecho. A los efectos del nacimiento de la protección constitucional, no es imprescindible únicamente la existencia de una sentencia firme anterior a la nueva ley (Fallos 305:899; 316:2090; 317:1462, entre otros).

nuestro país se encuentra inmerso en un círculo recurrente, emergencia y crisis, son dos términos que distinguen estos períodos.

Ello se debe a que las situaciones de emergencia resultan absolutamente “normales” en este contexto, y la palabra crisis, está siempre presente, pues es difícil, sino imposible decidir. Por eso, como no decido, siempre estoy en crisis, ya que cuando aparecen algunas de estas decisiones, contrariamente a lo esperado, suelen agravar estas crisis, a veces por darle la espalda al Derecho, otras por ser inapropiadas, pero siempre por estar divorciadas de la ley, a la cual en definitiva aún no hemos aprendido a respetar.

Esto se debe a que ha sido el propio Estado Nacional, quien ha roto inexplicablemente esas reglas de juego, que podemos denominar básicas, en cualquier sociedad organizada; y junto con ello, ha agravado la situación al romper también con el Derecho, que aparece así fracturado, oscuro, confuso, sin permitirnos saber a qué atenernos.

Los gobernantes dictan medidas que evidencian “desesperación”, en su intento –casi lógico o razonable- de paliar la crisis, pero todas ellas basadas en su discrecionalidad, y no en el sistema legal al que todos debemos ajustarnos.

Así se habla de “pesificación”, de “dólar libre”, de “anclaje del dólar”, de tipo de cambio “uno a uno”, o “uno cuarenta”, sin entendernos bien a que nos referimos, o porqué las cosas se dan de esa manera, a ello debemos agregar un comportamiento muy particular desde la jurisdicción, y también desde los justiciables, sea por la vía de los innumerables amparos que se han promovido, o bien de las medidas que se han solicitado dentro de ellos.

Toda esta situación, que sin dudas podemos calificar como caótica, delata la ruptura del orden social interno, por la ineptitud de los poderes públicos, para llevar a cabo las políticas de Estado adecuadas, que permitan identificar la ley, respetarla, ejercer la autoridad, y mantener un orden democrático que se ha visto trocado por una exagerada actividad legislativa, que hizo que asistieramos impávidos a una realidad prácticamente incomprensible, de la cual se desprende únicamente el traslado de los problemas de un lugar a otro, sin ningún tipo de solución clara a la vista.

La emergencia derivada de la alteración que padece el sistema financiero, ha provocado un aumento de la labor judicial, precisamente luego del fracaso evidenciado por las políticas de Estado correspondientes.

De tal modo, es necesario subrayar que la importancia que reviste el proceso judicial, dentro de una república democrática como la nuestra, no es otra que perseguir el mantenimiento de la paz social, por eso cualquier persona puede acceder a la jurisdicción en defensa de sus derechos, cuando exista una violación a ellos.

Aunque parezca perogrullesco señalarlo, la trascendencia del proceso jurisdiccional, es que uno de los tres poderes en los que se asienta el Estado, el judicial, lo utiliza como mecanismo apto para “gobernar”, sólo que en este caso lo hace a través de sus sentencias.

Un ejemplo elocuente de lo que venimos señalando es lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso Delfino (del año 1927), y el caso Mouviel (de 1957), con relación a lo que debe entenderse como delegación de facultades, como las que se han puesto en práctica en la actualidad.

En el primero de ellos se señaló que 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 conferidos³.

Este es un principio uniformemente admitido por la doctrina y la jurisprudencia, y que además nuestros constituyentes mantuvieron en la Constitución de 1994, en el artículo. 29.

Ese mismo criterio la Corte lo reitera en el caso Mouviel, cuando expresa que el sistema representativo y republicano de gobierno, adoptado por la Constitución (art. 1), y que se apoya fundamentalmente en el principio de división de poderes, no permite que el legislador delegue en el ejecutivo o en otras reparticiones administrativas la total configuración de los delitos, ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que por esencia resultan indelegables⁴.

Sin embargo, haciendo oídos sordos, no sólo a la letra de nuestra Ley Fundamental y a la doctrina, sino también a la propia jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, el poder de turno ha instaurado una emergencia, ahora en todos los órdenes, a fin de justificar la delegaciones de funciones, contrariando las normas constitucionales.

Sostenemos esto, pues se ha vulnerado la letra del art. 76 de la Constitución Nacional, que prohíbe todo tipo de delegación “salvo”, una situación excepcional de emergencia, para lo cual se requiere una identificación expresa de aquélla, y la precisión concreta de los poderes o facultades que se delegan, específicamente, para poder así contrarrestarla, con una limitación temporal, también precisa y concreta, y sin afectar la sustancia de los derechos que se pudieran ver involucrados, salvo algún interregno temporal, debidamente justificado.

Esa doctrina, como hemos dicho, no sólo emerge de la letra de la Constitución Nacional, sino de los propios fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia Sin embargo, el poder político decidió –sin

³ Fallos 148:430.

⁴ Fallos 237:636.

justificación de ninguna índole- dejar de lado tan clara preceptiva, para “armar” una emergencia de espaldas a la Constitución⁵.

Dejamos de lado la ley 25.414, ya derogada, y centramos nuestro análisis en la letra de la ley 25.561, y fácil es advertir, por la laxitud de su concepción, su clara inconstitucionalidad, pues con fórmulas tan amplias –por su vaguedad- como la reactivación del funcionamiento de la economía, o el mejoramiento del nivel de empleo y de distribución de ingresos, o el reordenamiento del sistema financiero, entre otros aspectos que se señalan en su primer artículo, se delegan facultades legislativas en el Poder Ejecutivo en clara violación al art. 76 de la Constitución. Casi de inmediato, luego de dictada la ley en cuestión, el Ejecutivo emitió un decreto de necesidad y urgencia, que cercenaba, en contra también de la letra de nuestra Ley Fundamental, y de los Tratados a los que adhirió nuestro país, el acceso a la jurisdicción⁶.

Como vemos, son pocas las razones que pueden justificar la actividad del legislador -en aras a obtener, casi mágicamente, la solución esperada, como si la misma proviniera de la letra de la ley, y no de nuestro comportamiento- ,de las autoridades a cargo del gobierno, y de las instituciones involucradas directamente en esta problemática.

Mientras tanto, el primero de febrero la Corte Suprema resolvía in re “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo”⁷, que toda la legislación que limita el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares, sea por vía de las restricciones que creó el decreto 1570/01, o a través de los restantes cuerpos legales, resulta claramente inconstitucional.

Así concluyó la Corte, como ella misma lo señala en el referido fallo, con un estado de incertidumbre que se generó a partir de la gran profusión de normas, de toda índole, que lejos están de brindarle seguridad al justiciable. Por eso opta por declararlas lisa y llanamente contrarias a la Constitución, pues como lo venimos señalando, el fundamento que persiguen las normas de emergencia, como bien lo recuerda la Corte en este caso Smith, es la necesidad de ponerle fin o remediar situaciones de gravedad.

2.- EL AMPARO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

⁵ En general la Corte ha sostenido, que la legislación de emergencia debe reunir tres requisitos para no ser violatoria de la Constitución Nacional: a) que las normas sean dictadas para remediar una grave situación de emergencia; b) que se resguarde la “sustancia” de los derechos reconocidos en los pronunciamientos judiciales y c) que la suspensión de los efectos de las sentencias firmes sea sólo temporal (C.S.J.N., 4/5/95, in re Laporte, María Amelia c/I.N.P.S., Caja de Industria y Comercio s/Ejecución previsional, LD-Textos).

⁶ Esto se hizo a través del decreto 214/02 (art. 12), que fue fulminado de inmediato de inconstitucional por nuestros jueces, y que en solo trece días de diferencia hizo que el Ejecutivo le diera una nueva redacción a la norma a través del decreto 320/02.

⁷ El fallo se encuentra registrado en B.32.XXXVIII.PVA.

Dentro del marco referencial que tratamos de describir en apretada síntesis, por las limitaciones que impone este trabajo, surge con fuerza inusitada la figura del amparo, y la de las medidas cautelares. Estas constituyen las herramientas a través de las cuales conviene operar en esta realidad, persiguiendo la remoción de los obstáculos que inhiben el pleno ejercicio del derecho de propiedad, entendido en sentido lato.

Aquí, no sólo aludimos a la propiedad como el derecho de dominio sobre bienes, cuyo poder de disposición reposa en cabeza de cada uno de los particulares, sino también al que representa el alcance de un pronunciamiento jurisdiccional que nos debe permitir el uso y goce de un bien de la vida; o el que significa el derecho a la no aplicación retroactiva de una ley (con base en el art. 3 del Código Civil), o la posibilidad de obtener una compensación dineraria que justifique una expropiación en los términos en que lo concibe el art. 17 de la Constitución Nacional.

Todas ellas son manifestaciones del derecho de propiedad⁸, que surgen de la doctrina de nuestra Corte -entre otros aspectos- como lo hemos señalado, y que vienen a encontrar protección a través de este remedio de carácter excepcional, como es el amparo, pero que debido a la premura que requieren algunos casos para su atención, también nos llevan a la asistencia que nos brindan las medidas cautelares.

Por eso, en este párrafo entendemos conveniente analizar ambos institutos en forma separada, para señalar su comportamiento, y advertir a través de él, el uso que le hemos dado, propendiendo así, de ser posible, a su mejoramiento.

2.1.- El proceso de amparo

Por cierto que no cabe aquí analizar el proceso de amparo, ni para describir sus cualidades, las características que lo distinguen, ni hacer un estudio pormenorizado de su funcionamiento.

Lo que si entendemos conveniente, es analizar su comportamiento a la luz de la situación que hoy toca vivir a los argentinos, para desde allí extraer algunas conclusiones.

Es verdad que el amparo ha sido concebido desde su creación pretoriana con los casos Siri⁹ y Kot¹⁰, como un proceso sencillo, expedito y rápido, a través del cual se persigue la tutela de derechos que han sido violados, por un acto u omisión de autoridad pública o de un particular, y como bien se

⁸ Ello en razón que la Corte ha sabido distinguir dentro de la órbita del derecho de propiedad, no solo la manifestación de los derechos adquiridos, sino también el derecho a la no retroactividad de las leyes, o el derecho de compensación como consecuencia de la expropiación de un bien por razones de utilidad públicas, manifestaciones todas del derecho de propiedad.

⁹ Fallos 239:459.

¹⁰ Fallos 241:296.

recordará de sus antecedentes, surge la posibilidad, de que aún en el supuesto de que no exista un mecanismo legal que habilite la operatividad de una norma o precepto constitucional, éste resulta plenamente operativo por sí mismo..

Es decir, a la luz de esta doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, podemos sostener entonces que todos los derechos y garantías que consagran las cláusulas constitucionales resultan operativas, pues aún en la hipótesis de que surgiera un conflicto por no encontrar una regulación específica, ello no sería óbice para su aplicación efectiva¹¹.

En este punto creemos oportuno traer a colación la reforma recientemente introducida por la ley 25.488 a nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 321, que regula el amparo contra actos de particulares, agregándole dos frases que por su connotación nos invitan a reflexionar sobre esta emergencia y sobre el proceso de amparo, como vía idónea para contrarrestar efectos no deseados ni queridos por la implementación de aquélla.

Señala esa reforma que el amparo persigue la *tutela efectiva e inmediata* de los derechos que hubiera sido conculcados, y agrega a continuación que se trata esencialmente de una *vía acelerada de protección*.

Porqué destacamos estos aspectos? Porque entendemos que existe una íntima correlación entre el mecanismo expedito y rápido, a través del cual se concibe al amparo, y el procedimiento que se observa para el dictado de las medidas cautelares.

Ambos tienen una nota distintiva en común, la tutela efectiva e inmediata que persiguen. Sin embargo, es de hacer notar que el procedimiento cautelar, tramita esencialmente inaudita parte, toda vez que es de su esencia la protección inmediata de una determinada situación, de hecho o de derecho, para que no se vea alterada, perjudicada o menoscabada, según la índole de los derechos en juego, por el transcurso del tiempo.

Pero aquí la pregunta sería ¿cuál es el tiempo al que aludimos? Ese tiempo es precisamente el tiempo del proceso, pues todo proceso judicial, aún el amparo, es consumidor de tiempo, y dicha circunstancia por sí misma se constituye en un escollo insalvable para el justiciable, toda vez que

¹¹ Es importante recordar que la Corte señaló en el caso Siri (origen del amparo contra actos de la autoridad pública) que: “basta esa comprobación (la vulneración de los derechos o garantías) para que inmediatamente la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: no son, como puede creerse, las decaraciones, 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 aplicarla 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 o independiente dentro de la Nación Argentina (Manual de la Constitución Argentina, en Obras completas, Buenos Aires, 1935, vol. 3, nro. 82; confr. además, nro. 89 y 90)”.

ese tiempo es el que el proceso requiere inexcusablemente para su sustanciación, aún dentro de la sumariedad absoluta de su trámite, para tornarlo operativo¹².

Por ese motivo, las medidas cautelares, no sólo en el proceso de amparo, sino en cualquier proceso judicial, tienen un carácter esencial que las distingue, además de sustanciarse inaudita parte: son provisionales, mutables, sustituíbles, y admiten por su carácter instrumental, su adaptación al caso al cual reportan, para la mejor operatividad del derecho sustancial, según las circunstancias que sea dable contener, o regular, o contemplar.

2.2.- Las medidas cautelares excepcionales

Dentro del ámbito excepcional de las medidas cautelares, se producen algunas situaciones, que por su atipicidad, hacen que se confundan con lo que se pide en la sentencia de mérito, pues se presentan con idéntico alcance la pretensión cautelar, y la pretensión de fondo.

Esta circunstancia, es dable observarla muy particularmente dentro del ámbito del amparo. Sin perjuicio de ello, es importante advertir que ello se debe exclusivamente a la forma en que los hechos se presentan ante la jurisdicción, y ellos no son manipulados, ni por las partes, ni por los abogados, sino que simplemente se dan como acontecimientos del devenir mundano, irrumpen en nuestra realidad, y nuestra tarea en muchos casos consiste en encauzarlos de modo tal de brindarle al justiciable la tutela efectiva e inmediata, de la que habla, no sólo el art. 321 del Código Procesal, como antes señalamos, sino fundamentalmente el art. 43 de la Constitución Nacional, y los Tratados internacionales, a los cuales ha adherido nuestra Ley Fundamental (conf. art. 75 inc. 22), los cuales en todos los casos coinciden en señalar, que a través del amparo, lo que se persigue es una tutela especial y efectiva, que se presenta así, por la índole de los hechos, y la forma en que se pueden llegar a conculcar derechos o garantías esenciales del ser humano.

He aquí una observación importante a destacar en la nueva ley 25.587¹³, que establece en el segundo párrafo de su primer artículo que *“en ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba 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”*.

Señalamos que es textual la transcripción, pues como se advertirá de la primera parte de ese párrafo, parecería que una medida cautelar, no puede ser solicitada, cuando se superponga la

¹² Obsérvese que es de la esencia del proceso de amparo, la obtención del informe que contempla el art. 8 de la ley 16.986, cuyos vestigios aún se mantienen vigentes, bajo apercibimiento de nulificarse el proceso en caso de inobservancia.

¹³ B.O. del 26/4/02, denominada como “ley tapón”, o “ley antigoteo”.

pretensión de fondo con aquella que deba ser objeto de la cautela, lo cual no tiene ningún tipo de justificación, y contradice la letra de la Constitución y la doctrina de nuestro más Alto Tribunal¹⁴.

Debido a la superposición de situaciones que se han planteado entre los amparos promovidos como consecuencia del llamado “corralito financiero”, como asimismo en atención a la atipicidad de esta situación, y algunos avances que se han venido produciendo en materia de medidas cautelares, tanto a nivel doctrinario, como a nivel jurisprudencial, en la realidad se han suscitado una serie de alternativas que nos obligan a marcar algunas diferencias.

2.2.1.- Presupuestos de las medidas cautelares

Cuando aludimos a los presupuestos de todas las medidas cautelares, nos referimos, en primer lugar, a aquellos que se denominan sustanciales, esto es la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, y , eventualmente, la contracautela por los eventuales daños y perjuicios que se pudieran irrogar por una solicitud improcedente de una medida cautelar.

En segundo lugar debemos mencionar los presupuestos procesales, que exige el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: solicitarlas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta deba entablarse previamente y expresar en el escrito el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que correspondan, en particular, a la medida requerida.

En estos aspectos, la doctrina y la jurisprudencia en ningún caso han abandonado estos estándares, que podríamos denominar tradicionales.

2.2.3.- Los presupuestos de las medidas especiales

No obstante, en algunos supuestos muy puntuales, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia se alude a medidas que tienen como particularidad, un trámite similar al de las referidas en el punto anterior, esto es que tramitan inaudita parte, y que además de requerir la reunión de los presupuestos que acabamos de hacer mención, también se distinguen porque a través de su dictado se entendería agotada la pretensión principal, que podría ser objeto de un proceso de conocimiento, o bien, como el caso que aquí nos ocupa, el de un juicio de amparo.

¹⁴ Sirva como ejemplo de ello, en esta misma temática, lo resuelto por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el llamado caso Smith, en relación al corralito financiero, abriendo su competencia –por una razón excepcional, es cierto- pero para resolver una medida de carácter cautelar, que se superponía con la pretensión de fondo.

A este tipo de medidas, se las ha identificado con distintas denominaciones, tales como "cautela material", "cautela autónoma", o "medida autosatisfactiva".

En estos casos, como sostiene Peyrano, la pretensión del peticionario se agota con el simple despacho favorable de la jurisdicción y por ello tienen carácter autónomo, pues al haberse agotado -de ahí lo de "autosatisfactiva"- con el despacho de la jurisdicción, no requieren de un proceso principal que las sustenten¹⁵.

Aquí es útil marcar algunas precisiones, pues en la doctrina y en la jurisprudencia se han admitido estas medidas, en situaciones de extrema excepcionalidad, cuando existía un grado mayor de verosimilitud del derecho invocado que la simple apariencia de éste; es decir cuando había una fuerte probabilidad de certeza de ese derecho, y además resultaba impostergable su concesión, porque el peligro en la demora era tan evidente, que su no concesión podía implicar un perjuicio de carácter irreparable.

Dentro de estas pautas, la Corte se ha pronunciado en forma absolutamente restrictiva, entendiendo que: "este Tribunal ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos 316:1833; 320:1633; entre otros)". Señalando que ese criterio restrictivo cobra mayor intensidad cuando la cautela ha sido deducida de una manera autónoma, de modo que no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento. En esas condiciones, la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate¹⁶.

Como vemos, el espíritu que trasunta la doctrina de la Corte es de suma cautela, con relación a la viabilidad de este tipo de medidas, pues pueden importar un anticipo de jurisdicción favorable al fallo final de la causa, sin haber conocido la posición que sustentará en el pleito el eventual afectado por la decisión, o más aún restringiéndole su derecho de defensa.

2.3.- El alcance de la nueva ley 25.587

Sin embargo, es necesario que analicemos el alcance que se le ha dado a la nueva ley conocida como "ley tapón", apuntando a la posibilidad de restringir a través de ella la salida de fondos del

¹⁵ Peyrano, Jorge W.; Reformulación de la teoría de las medidas cautelares, tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas. J.A. 1997-II-926.

¹⁶ Fallos 323:3075.

sistema financiero, para lo cual se ha apuntado a enervar el funcionamiento de las medidas cautelares.

La pregunta que cabe formularnos al respecto es saber si las medidas cautelares, pueden ser restringidas por esta vía, o bien si se estaba haciendo un uso indiscriminado de ellas, propendiendo a su desvirtuación, para la obtención de fines que no son los apropiados.

Creemos que ésta última alternativa es la que ha tomado en cuenta el legislador, para tratar de encauzar la cuestión, toda vez que no se ha producido una derogación a la operatividad de las cautelares, sino que se ha limitado su alcance a las previsiones del art. 230 del Código Procesal, aspecto que requiere una mirada por cierto particular.

Esto es así, pues parece desprenderse que la finalidad de esa ley "tapón" sólo apunta a limitar la salida de fondos del sistema financiero, para lo cual se pretende que la única medida cautelar que podrían conceder los jueces es la prohibición de innovar que contempla el artículo antes citado.

Sin embargo, la lectura de esa norma, nos remite a la doctrina italiana tradicional, pues señala el art. 230 que podrá decretarse la prohibición de innovar siempre que existiera el peligro de que **si se mantuviera o alterara**, en su caso la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

Porqué sostenemos que ese precepto nos remonta a la doctrina italiana tradicional.? Esto es así, pues Calamandrei nos enseña que cuando la ley actúa en el proceso con carácter conservatorio, esa actuación puede importar no solo conservar para mantener un determinado status quo, sino además alterarlo cuando resulte perjudicial o inconveniente para alguno de los litigantes¹⁷.

Por ende, a través de la norma en cuestión, no sólo se puede mantener el status quo, por vía de una prohibición de innovar, sino que además se puede alterar aquél, cuando el perjuicio a evitar sea evidente, y no admita dilaciones, y esa circunstancia la vemos reflejada en el párrafo siguiente del art. 1 de la ley 25.587, que establece ahora con rango de ley, aquellas mismas excepciones que consagró el art. 320/02, para personas mayores de edad, o bien por razones de salud, o necesidades impostergables que pongan en riesgo la vida humana, entre otras.

Esto cae dentro de la órbita de lo que la doctrina procesal ha denominado, tutela anticipada o jurisdicción anticipada o anticipatoria, y que en definitiva no es otra cosa más que el reflejo o efecto que provoca la concesión de una cautela, con relación a aquello que debería ser objeto de la decisión de mérito, es decir, aquello que fue objeto de la pretensión principal en un proceso.

La Corte Suprema ha resuelto en el "leading case" Camacho Acosta c/Grafi Graf S.R.L.¹⁸, que no existe óbice alguno para anticipar en todo o en parte, aquello que debe ser objeto de la decisión de

¹⁷ Calamandrei, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, 1997, Ed. El Foro, p. 48.

¹⁸ Fallos 320:1633.

mérito; lo único que ha reclamado de la jurisdicción es un conocimiento más circunstanciado y preciso, de aquello que puede implicar, por sus efectos, un anticipo de la sentencia de mérito.

El abanico de posibilidades que queda abierto por esta vía, no sólo hace viable una cautela que se superponga en todo o en parte con aquello que debe ser objeto de la sentencia de mérito, sino que además, habilita la vía del amparo, como proceso idóneo a través del cual se pueda sustanciar esta cautela de carácter excepcional¹⁹.

3.- CONCLUSIONES

Como lo señalamos al comenzar este trabajo, si bien la emergencia implica la combinación de factores, que inesperadamente provocan un resultado que no era el querido, o el esperado, y que origina una crisis, como ámbito o estadio, dentro del cual se hace imposible decidir, tal como su origen lo indica, lo importante que tenemos que advertir es que los argentinos no podemos ya sorprendernos de lo que acontece, pues el camino que venimos transitando es siempre el mismo, por lo cual no puede resultar inesperado el resultado.

Desde el fallo Pietranera²⁰, a través del cual la Corte admitió sujetar al Estado al orden jurídico, al permitirse ejecutar una sentencia en su contra, combinando los desfases que esto trajo aparejado, frente a la ineptitud de los distintos elencos gobernantes, no puede esperarse otra situación más que las recurrentes crisis que hemos sabido conseguir históricamente.

Por ello, reafirmamos la importancia que tiene el Derecho, como mecanismo idóneo para superar estas deficiencias. Únicamente el respeto a la ley nos puede sustraer de estos avatares.

No es difícil hacer una ley. Ese es el camino que sabemos transitar siempre los argentinos. Lo difícil, y esto es lo que aún nos resistimos a aceptar, es acatarla. Por eso nosotros seguimos creyendo en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana.

El estado de derecho es una conquista que no podemos resignar, como hemos visto no sólo resulta grave transgredir la Constitución Nacional para acceder al Poder, también es peligroso que los gobernantes de turno, accedan al ejercicio del poder a través de ella, para luego desconocerla, invocando una especie de excusa inexplicable, al sostener que ciertas medidas si bien alteran la seguridad jurídica, importan un mal menor

¹⁹ Existen innumerables cantidad de casos, aún de la propia justicia federal, que contemplan la concesión de una cautela provisoria –aún teniendo el carácter de tutela anticipada- que se superpone con el fondo de la pretensión, por ejemplo, de un amparo. Ha sido en materia de protección a la salud, donde se han visto reflejados esos antecedentes. Véase en este sentido Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado de Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., Editorial Rubinzal-Culzoni, T. II, p. 566 y ss. y apéndice de actualización con la reforma de la ley 25.488, p. 85 y ss.

²⁰ Fallos 265:291 del año 1966.

Evidentemente el criterio que debe predominar es el opuesto, sin seguridad jurídica, sin respeto irrestricto a la letra de la ley, no puede haber ni Estado de derecho, ni nada que se le parezca. Por más doloroso que sea el cumplimiento de la ley, o de las normas jurídicas que correspondan aplicar, siempre el sufrimiento será menor al que resulte de vivir en una sociedad en donde la ley es reemplazada por la discrecionalidad de los ocasionales gobernantes.

La gente lo que mínimamente espera de sus gobernantes es que se le hable en forma clara, con un lenguaje accesible, y que se le explique qué sucede en el país, y qué se espera de cada uno de nosotros; está reclamando una actitud franca, limpia, honesta, sin ambigüedades, y no actos mezquinos realizados con fines electoralistas o inspirados en beneficios económicos, o ventajas personales.

Por eso hoy no podemos seguir discutiendo si el Estado debe o no someterse al orden jurídico, dado que él es el primero que tiene que observarlo y hacerlo observar, debiendo quedar rigurosamente sometido al Derecho y alcanzado por el imperium de los jueces, pues no encuentra justificación teórica satisfactoria de ninguna índole que explique la prohibición a éstos de dirigir órdenes a la administración, ya que ello vulnera el principio de separación de poderes o de funciones²¹.

Ha sido suficientemente elocuente y claro el Dr. Fayt en uno de sus votos, al señalar en el sentido que apuntamos, que el más cabal derecho adquirido es el que tiene la sociedad toda a vivir pacífica y ordenadamente bajo los principios de la Constitución Nacional. Ella es la fuente de todo derecho, de donde no cabe hablar de "propiedad" alguna que no sea la erigida bajo sus superiores normas²².

²¹ Hutchinson, Tomás; El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado, en Revista de Derecho Procesal 2001-II, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 78.

²² Fallos 314:1477.