

LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN LAS EMERGENCIAS ECONÓMICAS

Por MARÍA ANGÉLICA GELLI*

SUMARIO

1. PERFIL POLÍTICO Y JURÍDICO DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.—2. DILEMAS DEL CONTROL COMO ATRIBUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA.—3. DERECHO, EMERGENCIA Y ESTADO DE DERECHO.—4. LAS CRISIS Y LAS EMERGENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA. MODELOS INSTRUMENTALES: A) De las leyes reglamentarias. B) De las leyes delegantes y los decretos de ejecución-delegados. C) De los decretos de necesidad y urgencia.—5. LA CRISIS Y LAS EMERGENCIAS EN LA REGLAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1994. LOS DECRETOS DE URGENCIA, LAS LEYES DE DELEGACIÓN Y LOS DECRETOS DELEGADOS.—6. EL DESORDEN NORMATIVO, LA EMERGENCIA JURÍDICA Y LA AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD Y DE LA CONFIANZA PÚBLICA. EL CASO DE LA PÉRDIDA DEL CRÉDITO Y LA PUJA DE LOS INTERESES.—7. CONTROL DE RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: SUS CRITERIOS Y APLICACIONES.—8. HACIA EL CONTROL ESTRICTO DE LAS FUENTES NORMATIVAS EN LAS EMERGENCIAS Y DE LA RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS. EL CASO DE LA REDOLARIZACIÓN DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS.

1. PERFIL POLÍTICO Y JURÍDICO DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

El sistema jurídico argentino proviene de dos tradiciones normativas. La Constitución Nacional, sancionada en 1853 —denominada Constitución histórica— tuvo en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Catedrática de Derecho Constitucional en los Posgrados de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Austral y en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Consultora jurídica.

una de sus fuentes, de la que tomó aspectos relevantes de la estructura de gobierno, en especial del poder judicial de la Nación. El proyecto constitucional de Juan Bautista Alberdi, autor de las *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*, y las concepciones políticas, económicas y culturales —plurales y diversas— que sostenían ese pensamiento, emergieron en las normas de la Constitución de 1853¹. De ello dan cuenta las notas que el autor citado introdujo a su proyecto de Constitución, más allá de la crítica doctrinaria que sus fuentes suscitaron².

La tradición del *common law* —en su singular versión proveniente del Derecho norteamericano acerca del valor del precedente judicial— está presente en el diseño de poder de la Constitución argentina —escrita, suprema y rígida— y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado.

La fuente continental codificada, en la que el juez es percibido como la *boca que pronuncia las palabras de la ley*³ y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador es, en la República Argentina, particularmente fuerte en las llamadas materias de Derecho común y codificado.

Como resulta notorio, el papel del magistrado difiere en ambas tradiciones.

En la primera de ellas, el juez re-crea el derecho por vía interpretativa, aun cuando se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se

¹ Juan Bautista Alberdi (1810-1884). Escritor, abogado y jurista argentino, nació en Tucumán y murió en París. Participó en las luchas políticas e ideológicas que dieron origen a la consolidación del Estado argentino y partió al exilio. Su producción literaria, política y jurídica es muy extensa. Escribió las *Bases*, cuyo nombre completo es *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sur* (1852). Disputó hasta el fin con Domingo Faustino Sarmiento quizás por cuestiones de personalidad. Tal como sucede con el sanjuanino, su figura y actuación son respetadas a la vez que puestas en cuestión por historiadores cercanos a posiciones nacionalistas y antiliberales. Es cita obligada cuando se analizan las fuentes de la Constitución histórica de la República argentina, por unos y otros.

² Alberdi utilizó y citó otras fuentes. En el proyecto de Constitución que incorporó a una de las ediciones de las *Bases*, menciona a la Constitución de Chile y en el mencionado libro, a la Constitución del estado norteamericano de California, elección que no le perdonaron sus críticos. Ver, al respecto, JUAN PABLO OLIVER, *El verdadero Alberdi. Génesis del liberalismo económico argentino*, Biblioteca Diction, Buenos Aires, 1977, p. 260.

³ La célebre expresión pertenece al no menos célebre MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Ed. Claridad S.A., Buenos Aires, 1971. Libro XI, Cap. VI, p. 194. La frase completa dice: «Pero los jueces de la nación, como es sabido, *no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley*, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma». Como se advierte, toda una definición de política institucional acerca del papel del juez, subordinado al legislador. Idea fortalecida más adelante por Montesquieu: «*De los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo*» (p. 191; la cursiva me pertenece).

trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el Derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, limita a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.

En la segunda tradición se considera al juez un administrador —dispensador entre las partes en controversia— de la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quien reside la soberanía popular.

Pese a las diferencias ostensibles entre esas dos concepciones jurídicas acerca del papel del poder judicial, las dos suelen coincidir en un punto sustantivo. Ambas suponen que el juez es un actor relevante en la prestación del servicio de justicia, o, en su caso, en el examen de constitucionalidad de las normas jurídicas, llegando a prescindir de la consideración de todos los otros sujetos intervinientes en la administración de justicia y en el control del poder y de las circunstancias que los hacen ser lo que son, a la hora de apreciar causas y efectos del modo de ejercer aquellas competencias.

En el cruce de ambas tradiciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es, en la República Argentina, cabeza en plenitud de uno de los poderes del Estado. Y ello pese a sendas modificaciones operadas en la Constitución Nacional, por la Convención Constituyente de 1994.

Las mentadas enmiendas plantearon una serie de cuestiones a la supremacía del Tribunal establecida por el artículo 108 de la Ley Suprema pues, por un lado, las atribuciones disciplinarias y de administración de recursos que ejercía la Corte Suprema se transfirieron al Consejo de la Magistratura⁴ y por el otro, la jerarquía constitucional reconocida a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —entre otros tratados— produjo consecuencias en orden al valor de la jurisprudencia internacional emanada de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

⁴ El art. 114 de la Constitución argentina creó el Consejo de la Magistratura y le otorgó atribuciones en orden a la selección de postulantes y a la magistratura; al ejercicio de facultades disciplinarias y a la administración de los recursos y ejecución del presupuesto de Poder Judicial. Dispuso, también, que una ley del Congreso, dictada por mayorías especiales, regulase el mencionado Consejo y su integración debiendo asegurar, esa norma, el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. También deben formar parte del Consejo personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley. Después de un largo proceso político en el que mucho se discutió acerca de la composición del Consejo, fueron dictadas dos leyes de reglamentación de aquel órgano y del Jurado de Enjuiciamiento previsto, éste, en el art. 115 de la Constitución Nacional (Ley 24.937 y Ley correctiva 24.939. *B.O.* 6 de enero de 1998).

manos y a la posibilidad de recurrir a esa jurisdicción, una vez interpuestos y agotados por los interesados, las acciones y recursos internos⁵.

Sin embargo, en punto a las relaciones jerárquicas entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura —quizás la cuestión más ríspida— la reglamentación efectuada por la ley 24.937 definió al Consejo como órgano permanente del Poder Judicial (art. 1.º); integró al órgano con el Presidente de la Corte Suprema (art. 2.º, inc. 1); dispuso que éste lo presidiera (art. 10) y estableció un recurso ante la Corte Suprema contra las sanciones disciplinarias que aplique el Consejo (art. 14. c), indicando, de ese modo la decisión legislativa de resguardar la preeminencia del Tribunal por sobre aquel organismo. En línea con esta interpretación, se expresó el miembro informante del dictamen de mayoría en el Senado, al sostener que se trataba de preservar la función jurisdiccional de la Corte como cabeza del Poder Judicial⁶.

En consecuencia, y pese a las incógnitas que aún suscita la vinculación entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura en la República Argentina, no parece posible cambio alguno acerca de que —por disposición constitucional— la Corte Suprema seguirá constituyendo, al mismo tiempo, el tribunal en el que en última instancia se dirimen los alcances de las garantías constitucionales y el órgano superior del poder judicial.

La misma Corte Suprema se atribuyó a sí misma esa condición preeminente, sentando la doctrina en virtud de la cual, como cabeza de uno de los poderes del Estado, posee facultades implícitas para cumplir con el objetivo del Preámbulo de la Constitución, de afianzar la justicia⁷. En otras palabras, derivó de uno de los fines declarados en el Preámbulo —dándole valor legal— una atribución que estimó incluida en su competencia. Con ello afirmó, al mismo tiempo y por lo menos en la doctrina jurisprudencial, su poder político y su independencia funcional.

⁵ Art. 44.1.a) del Pacto de San José. Requisito para que cualquier persona, grupo de ellas u organizaciones no gubernamentales puedan acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con una petición. Por su parte, el art. 63. del referido Pacto, dispone la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la violación de un derecho garantizado por la Convención. En ese caso, la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en su derecho. Nótese la significación e impacto de esta hipótesis: una decisión que por emanar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es definitiva en el orden interno y que —eventualmente— fuese considerada violatoria de los derechos reconocidos en el Pacto.

⁶ Tal afirmación fue efectuada por el Senador Yoma al fundamentar la eliminación de las palabras «exclusiva y excluyentemente» del texto del art. 1.º del proyecto de ley. La expresión se refería a que, de ese modo, el Consejo de la Magistratura ejercería —exclusiva y excluyentemente— las competencias previstas en el art. 114 de la Constitución Nacional. La crítica a esa supresión fue expuesta por el Senador Genoud, quien puso de relieve la pérdida de atribuciones del Consejo en favor de la Corte Suprema. Conf. Antecedentes Parlamentarios. Año 1998. N.º 3. *La Ley*, págs. 444, § 22, y 451, § 52.

⁷ «Pérez de Smith, Ana M. y otros S7pedido» (1978). Fallos 300:1282, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1979-A, p. 430

Ahora bien, ¿se corresponde esa caracterización normativa y jurisprudencial acerca del poder político y la independencia del Tribunal, con el papel que la Corte Suprema ha desempeñado en la historia constitucional argentina, frente a los otros poderes del Estado?

Dar una respuesta global al problema, excede los límites de este trabajo, que se propone, sólo, examinar el papel desempeñado por el Tribunal en las emergencias económicas y ante las medidas restrictivas de los derechos constitucionales, dispuestas por los poderes políticos.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la disputa acerca del alcance y límites de las atribuciones de la Corte Suprema —como interprete final de la Constitución y como órgano de control de los otros poderes en una república democrática— está lejos de haber concluido.

2. DILEMAS DEL CONTROL COMO ATRIBUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La amplitud —o restricción— del control jurisdiccional que está en posición normativa de efectuar el Tribunal, desnuda un área de tensión significativa en los sistemas políticos basados en el principio de la soberanía popular —encarnada en los Parlamentos, Asambleas o Congresos— y en el principio de la división del poder. En la primera de aquellas se considera al juez un administrador —dispensador entre las partes en controversia— de la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quien reside la soberanía popular⁸.

La cuestión, desde luego, no es problemática sólo en el Derecho argentino.

Desde que en 1803 la Corte Suprema de los Estados Unidos resolviera el célebre caso *Marbury vs. Madison*, declarando por primera vez la inconstitucionalidad de una ley del Congreso Federal⁹, el debate ha permanecido abierto. Considerar a la Corte Suprema como un Tribunal de garantías constitucionales o como un Tribunal de resguardo del proceso de-

⁸ Con motivo de la crisis financiera que sufrió la República Argentina a fines de 2001 y de las medidas tomadas por el poder político para controlarla —conversión a moneda nacional de depósitos en dólares de los ahorristas en el sistema financiero— declaradas inconstitucionales e irrazonables por la Corte Suprema en el caso «Provincia de San Luis c/ Estado Nacional» (5-3-2003, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 6 de marzo de 2003) se formuló una serena crítica a lo que se consideró «gobierno de los jueces» por quien fuera legislador nacional y Ministro de Justicia de la Nación. Cong. JORGE REINALDO VANOSSI, «El mar no perdona», en *Tutela constitucional de los depósitos bancarios (Estudios sobre el fallo «Provincia de San Luis»)*, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

⁹ S.C. US 1 Cranch 137 2 L Ed.60: puede verse la versión en español y la crítica al caso en JONATHAN MILLER-MARÍA ANGÉLICA GELLI-SUSANA CAYUSO, *Constitución y poder político*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, t. I, pp. 5/16.

mocrático, respectivamente, constituyen dos modos de justificar la mayor o menor amplitud del control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas emanadas de los otros poderes del Estado¹⁰.

Sin embargo, no es tan claro que fundar el control de constitucionalidad en la necesidad de garantizar el proceso democrático conduzca, sin más, a un uso restrictivo de aquella atribución por parte de los Tribunales Superiores. Al respecto, es revelador un precedente de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza, de 1989. En el caso *Unión de Centro Democrático c/ Provincia de Mendoza*, la Corte mendocina revisó el modo de computar la mayoría de los votos del electorado llamado a decidir —afirmativa o negativamente— la procedencia de las enmiendas a la Constitución provincial, cuya necesidad de reforma había declarado la Legislatura local. El tribunal provincial, desestimando la existencia en el caso de una «mal llamada cuestión política» fundó su decisión en la obligación que tenía el Tribunal de proteger el proceso democrático¹¹. Como se advierte, esa teoría aparentemente restrictiva del control de constitucionalidad, tuvo aptitud para paralizar, nada menos, que un proceso de reforma constitucional en marcha.

Desde luego, a partir el ya citado caso *Marbury* en el que la Corte estadounidense justificó el control que empleaba sobre la ley del Congreso, en la obligación de mantener la supremacía constitucional, hasta los aportes de Rolando Gialdino —en la República Argentina— acerca del tipo de representatividad que inviste la Corte Suprema y que la inclinaría a ejercer el activismo judicial en defensa de los derechos constitucionales¹², se pusieron de relieve los esfuerzos doctrinarios por armonizar aquel control con el principio de la división de poderes y con el resguardo de la legitimidad democrática, que invisten los órganos políticos representativos de la voluntad popular¹³.

¹⁰ Puede verse, al respecto, las interpretaciones posibles y el alcance del control de constitucionalidad en JONATHAN MILLER, «Control de constitucionalidad: el control político del Poder Judicial y sus límites en una democracia», *El Derecho*, Buenos Aires, 120-919.

¹¹ «Unión de Centro Democrático c/Provincia de Mendoza». Primer voto de doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, *El Derecho*, Buenos Aires, 133-721.

¹² ROLANDO E. GIALDINO, «El Poder Judicial y los jueces en la república representativa», *El Derecho*, Buenos Aires, 147-959. El autor señala que los jueces de la Corte representan al pueblo como poder constituyente, a pesar de ejercer su poder como poder constituido.

¹³ La bibliografía sobre la cuestión es abrumadora. En la República Argentina Carlos Nino intentó fundar en una teoría de la democracia la justificación del control de constitucionalidad, diferenciada de la preconizada por John Ely. De acuerdo con Nino, los jueces tienen una triple función de custodia: deben resguardar el proceso democrático, deben resguardar la autonomía personal y deben resguardar la práctica constitucional (p.704). En mi opinión, y por lo que a continuación expresa, el autor privilegia, sobre todo en los jueces de la Corte Suprema, un ejercicio de control constitucional prudencial. CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 657/706.

El problema puede afrontarse, también, desde la perspectiva de los límites al control de constitucionalidad. En este sentido, la elaboración de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tuvo su formulación concreta en *Marbury*, operando allí —frente al área de reserva de cada uno de los otros poderes— tal como un dique de contención que se auto-impuso la Corte Suprema ante la falta de agravio a un derecho constitucional.

En la República Argentina, el precedente *Cullen vs. Llerena* es citado como el primer caso en el que la Corte Suprema adoptó la doctrina de las cuestiones políticas, que le impidieron, en esa ocasión, revisar la constitucionalidad de una ley¹⁴.

Sin embargo, como bien lo señala en *Cullen vs. Llerena* la disidencia del juez Varela, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la línea que separa las cuestiones judiciales de las políticas nunca se ha trazado.

De todos modos, más que definir con precisión los bordes de las cuestiones políticas a las que acudió recurrentemente, la Corte Suprema argentina estableció una serie de ellas¹⁵, alguna de las cuales, finalmente, fueron examinadas por vía del control de razonabilidad.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ha recibido fuertes críticas en Argentina¹⁶. Es claro que si como lo señaló la disidencia del Juez Varela en el precedente *Cullen*, la línea divisoria entre las cuestiones revisables y las que no lo son es difícil de trazar, éstas pueden presentarse como un enmascaramiento de la retracción de la Corte Suprema frente al poder político y, más que expresar el respeto por la división de poderes y por las cuestiones privativas de cada uno de ellos, manifestar, en cambio, el retroceso del Tribunal en su función de control.

Quizás por ello es posible percibir que, en la década del noventa, la Corte Suprema argentina ha dejado de apelar a la mentada doctrina de las

¹⁴ *Cullen vs. Llerena* (1893). *Fallos* 53:420. En el caso, se trataba de la revisión del proceso de sanción de una ley de intervención federal en las provincias. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al Tribunal examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso dieron al art. 71 (hoy art. 81) de la Constitución Nacional, referidos al proceso de sanción de las leyes. Por el contrario, la disidencia del Juez Varela circunscribió las cuestiones políticas, en principio, a los asuntos de soberanía nacional.

¹⁵ Por ejemplo, y sin agotar la enumeración, la Corte Suprema argentina ha considerado con mayor o menor énfasis como cuestiones no revisables por los tribunales de justicia: la declaración de utilidad pública en materia de expropiaciones; las causas de la declaración de estado de sitio; las causas de intervención federal a las provincias; el proceso de sanción de leyes; el juicio político, en cuanto a las causales de enjuiciamiento; la oportunidad, conveniencia o eficacia de la ley; las categorías legales, en punto al derecho a la igualdad.

¹⁶ El profesor Bidart Campos ha sido uno de los críticos más severos de la doctrina de las cuestiones políticas en la República Argentina. GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1974, pp.780 y ss. El autor ha mantenido su postura a lo largo de toda su extensa obra.

cuestiones políticas, en casos en los que rechazó el control de constitucionalidad. Pero tal abandono no ha significado un ensanchamiento de la revisión judicial, por lo menos hasta comienzos de 2003. Hasta entonces, el Tribunal acudió a lo que en *Marbury* y también en *Cullen* se caracterizó como la falta de agravio, constitutiva de una cuestión política.

Así, por la vía de la carencia de legitimidad activa por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad¹⁷.

Ahora bien, toda esa construcción doctrinaria opera de hecho —o puede hacerlo— como un instrumento ambivalente: acrecentando o disminuyendo el control por parte del poder judicial. En cualquier caso, con efectos políticos y jurídicos relevantes. En primer lugar, porque amplía el papel discrecional del Tribunal, hasta rozar la arbitrariedad. En segundo término, porque al no sujetarse a sus propias reglas, las decisiones de la Corte Suprema se perciben erráticas, afectando la seguridad jurídica.

Entonces, ¿cómo y bajo qué circunstancias empleó el Tribunal aquellas herramientas doctrinarias, en las emergencias económicas? ¿Qué doctrina privilegió y con qué significado? ¿Qué consecuencias jurídicas y efectos políticos produjeron las opciones que eligió la Corte Suprema?

3. DERECHO, EMERGENCIA Y ESTADO DE DERECHO¹⁸

En un tema tan espinoso como el de la emergencia y sus secuelas sobre el Derecho y sobre el Estado de Derecho, conviene precisar los términos —o puntos de partida— tal como aquí se los entiende¹⁹.

Aunque no se trata de resolver la polémica acerca de qué es el Derecho —cuestión que sigue desvelando a los iusfilósofos y que excede con creces las posibilidades de este trabajo²⁰— a lo menos es factible una aproximación a los rasgos que contiene el fenómeno jurídico, como experiencia universal de la sociedad humana que es, y cuyas notas son generalmente reconocidas como implicadas en aquel²¹.

¹⁷ El caso *Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo* (1994). Fallos 317:335, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1994-C-291. Un buen ejemplo del uso de la falta de legitimidad activa para rechazar el control de constitucionalidad. La sentencia, por voto de la mayoría rechazó la revisión del proceso de sanción de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional. Ley, cabe recordarlo, que dio origen a las enmiendas de 1994.

¹⁸ Los puntos 3 a 7 de este trabajo, con ligeras variantes y ahora actualizados y ampliados, fueron originariamente publicados en MARÍA ANGÉLICA GELLI, «La doctrina de la emergencia económica y el control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino», en el libro colectivo dirigido por RICARDO LUIS LORENZETTI, *Emergencia Pública y reforma del régimen monetario*, Editorial La Ley, Buenos Aires, julio de 2002, pp. 25/52.

¹⁹ Por honestidad intelectual y para facilitar la crítica en cuestiones tan sensibles como las que se abordan.

²⁰ Y de quien escribe.

²¹ Quizás hablar de componentes del Derecho reconocidos universalmente sea una audacia

En efecto, el Derecho como la misma cosa justa remite al clásico concepto de Tomás de Aquino²² de fuente aristotélica, del que se han derivado múltiples líneas de realismo jurídico y hace centro en el valor justicia. No obstante el iusnaturalismo que impregna la concepción del Aquinatense, éste, en su indagación, proporciona un rasgo positivista —y ciertamente anticipatorio, si tomamos en cuenta que el autor escribió en el siglo XIII— en tanto asevera que los hombres también denominan Derecho a la sentencia del juez aun que ésta sea inicua. En otras palabras, y tal vez como una afirmación de su realismo, Aquino reconoce, por un lado, la calidad de la sentencia como uno de los actos de materialización del Derecho y, por el otro, el hecho para él notorio de que el fallo judicial es considerado Derecho por la sociedad humana, aún en la hipótesis de que la sentencia fuese injusta²³.

De su lado, el positivismo identifica Derecho y norma coactiva, distinguiendo a ésta y diferenciándola de las impurezas ideológicas que impiden conocer qué es el deber ser jurídico²⁴. Por cierto, la diversidad de normas jurídicas en cuanto a su contenido, su origen o su ámbito de aplicación —por caso, potestades conferidas a los particulares, Derecho consuetudinario, mandatos que obligan a los legisladores— plantean problemas a la definición de Derecho como norma general emanada del poder soberano, explicación que se presenta, así, como equívoca²⁵. Pese a esa dificultad, los positivismos ponen el núcleo del análisis del Derecho en la norma jurídica y las cuestiones que ésta origina²⁶.

y una impertinencia. Pido disculpas por ello. Pero estimo que sí existe una constante en los elementos que están —de un modo u otro— ligados al concepto de Derecho en tanto se procura separar metodológica u ontológicamente esos factores —norma y valor, por ejemplo— o acercarlos desde diferentes perspectivas de análisis.

²² Significado central —primer analogado— pero no el único que se deriva del término Derecho. TOMÁS AQUINO, *Suma Teológica*, Cuestión 57. Tratado de la Justicia. Biblioteca de Autores Católicos BAC, Madrid, 1956.

²³ Sucintamente he examinado la cuestión en JONATHAN MILLER-MARÍA ANGÉLICA GELLISUSANA CAYUSO, *Constitución y Derechos Humanos*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 9/11. Puede verse una crítica no dogmática al Derecho natural y al pensamiento de Aquino en MICHEL VILLEY, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Traducción y Prólogo de Carlos Ignacio Massini, Ediciones Gersi, Buenos Aires, 1981, pp. 59/88. Son especialmente esclarecedoras —y estimulantes— las reflexiones de Villey acerca de Santo Tomás y su visión de la ley positiva, en especial p. 86.

²⁴ Como es de sobra conocido, Kelsen formuló una distinción metodológica entre Derecho —orden coactivo— y moral, diferenciando, a su vez, norma jurídica —la creada por el poder coactivo del Estado— de las reglas de Derecho, éstas formuladas por los juristas para describir su objeto. HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba. Buenos Aires, 1960, pp. 15; 45/49; 70 y ss. No obstante reconocer la utilidad de esa distinción en el ámbito de la teoría del Derecho, en este trabajo los términos *normas* y *reglas* se emplean como sinónimos.

²⁵ Conf. H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 33 y ss.

²⁶ Tales como los problemas referidos a la validez y eficacia; al orden jurídico, su jerar-

Por su parte, las corrientes sociológicas examinan al Derecho en su calidad de instrumento de resolución de conflictos —mediante el empleo de normas jurídicas, pero no sólo de ellas—²⁷ o como mecanismos de control social, acentuando el elemento de coerción y las relaciones de hecho que ese mecanismo crea²⁸.

Las perspectivas enunciadas privilegian en la concepción del Derecho uno de los tres elementos que, entiendo, conforman todos ellos el fenómeno jurídico: norma emanada del poder estatal; valor —presente en el momento de ser sancionada aquella y en la oportunidad de su aplicación e interpretación— y hecho social, en el orden de las conductas y situaciones normadas como presupuestos de hecho y respuestas jurídicas, y en los efectos que aquellas producen.

En consecuencia, el conocimiento del Derecho remite, desde luego y en primer lugar, al ordenamiento jurídico de un país; al proceso de creación de aquel y a la validez y la eficacia de las normas. También a los valores —o disvalores— encarnados en esas reglas generales o particulares, legítimamente dictadas²⁹, y al modo en que los hechos movilizan, expresan y configuran la juridicidad o la falta de ella.

quía y fuentes; al tipo de normas; a la creación, aplicación e interpretación del Derecho; a la distinción entre deber jurídico y derecho subjetivo; al problema de las lagunas, entre tantas otras.

²⁷ El derecho como conjunto de experiencias vividas que rebasan la norma como mandato imperativo y el conflicto de interés como experiencia jurídica primaria que puede *componerse* —aunque no eliminarse totalmente de la sociedad humana— mediante reglas jurídicas con algún grado de equidad, facilita una visión integradora del fenómeno jurídico. Puede verse una interesante perspectiva del Derecho, a partir de los conflictos de interés en *LUIS DíEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.ª edición corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993.

²⁸ Algunos diccionarios de sociología suelen distinguir bajo la acepción de Derecho: a) *law*, como sistema de normas que regulan la conducta humana, establecida por una autoridad política formal, con fines de control social, y b) *right*, como justificación moral de las conductas personales, según las situaciones o grupos de pertenencia. Conf. G. A. THEODORSON y A. G. THEODORSON, *Diccionario de Sociología*. Traducción de Ernesto Dannenberg y Ricardo J. L. Gaudio, Paidós, Buenos Aires, 1978, p. 80.

²⁹ Pueden distinguirse, por lo menos, tres tipos de legitimación de las normas jurídicas: a) la lógico formal, examina si la norma se ha dictado conforme a la lógica de los antecedentes, esto es, si fue sancionada por el sujeto y el procedimiento indicados en la norma superior. En este sentido, la legitimidad lógico formal se identifica con la validez de la norma; b) legitimidad por el contenido o sustancia del derecho reconocido o limitado. Esta legitimidad se funda en las variadas corrientes del Derecho natural —por ejemplo, las realistas o las racionalistas— o en la moderna teoría de los derechos humanos. Todas presuponen el sostenimiento de la norma en principios metajurídicos, anteriores a la formación estatal; y c) legitimación de base social, por el asentimiento expreso o implícito de los destinatarios de las normas y, éstas, incorporadas a los hábitos y rutinas sociales. He aquí la norma, convertida en hecho social y conocida a través de las conductas, individuales y colectivas. Si, además, existe participación directa o indirecta de las personas en la sanción de las normas, el principio legitimador es democrático.

Así, las normas jurídicas se constituyen en vías o instrumentos de resolución de los conflictos de interés, en procura de los objetivos de pacificación y satisfacción social³⁰ mediante un proceso de racionalización y generalización en la creación de reglas previsibles para casos futuros. Pero el contenido de la normatividad y el proceso de creación del Derecho varían de sociedad en sociedad, dando lugar a diferentes sistemas de legitimación política y de justificación jurídica³¹.

En las democracias constitucionales se postula y parte del Estado de Derecho entendido como un entramado de límites al poder —en el proceso de creación de reglas y en lo permitido, mandado o prohibido por ellas— a fin de preservar la dignidad humana. La abstracción y generalidad de las normas jurídicas demandan razonabilidad en la decisión política que impone límites a la libertad personal para asegurar los ya mencionados objetivos de pacificación —los conflictos se resuelven mediante reglas establecidas y con el uso de la coacción cuyo monopolio detenta el Estado— y de satisfacción, en un doble sentido: el conflicto se zanja con un mínimo básico de equidad y la razón reconocida a uno de los litigantes se otorga a otros, en casos futuros, si el anterior perdidoso se encuentra en similar situación. Si las normas jurídicas pacifican porque eliminan o controlan el empleo de la fuerza privada y satisfacen porque armonizan los intereses contrarios, resulta claro que, acerca de aquellas reglas, existe consenso activo o aceptación tácita de los destinatarios, por delegación de éstos en quien las crea.

En el Estado de Derecho como estado de razón, las decisiones de los hacedores de políticas públicas se toman en un marco de previsibilidad acerca del mantenimiento de los principios jurídicos y de los valores morales que sostienen aquel sistema. No solo se mantiene el criterio o pauta de decisión de los conflictos a través del tiempo —sin cambios bruscos o imprevistos— por una cuestión de eficacia y seguridad en las relaciones jurídicas, sino que el respeto de los compromisos integra y fortalece los principios del Derecho, imponiendo un borde remozado a las atribuciones del poder. En efecto, la prohibición de ir contra los propios actos —una de las materializaciones del principio de la buena fe— liga también a los detentadores del poder al vedarles la arbitrariedad en la toma de decisión³².

Como puede advertirse, en la legitimación lógico formal no se emplea juicio de valor alguno acerca de la justicia, conveniencia o utilidad del ordenamiento jurídico de que se trate. Aunque ello no implica que los sistemas jurídicos puedan prescindir de ordenarse a partir de ciertos valores fundamentales para la sociedad en particular.

³⁰ Conf. LUIS DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 16.

³¹ Por cierto la legitimación política —el sistema global de distribución o concentración del poder y las relaciones que engendra— está íntimamente vinculado a la justificación jurídica del ordenamiento normativo, es decir al sistema de fuentes y a la jerarquía de éstas.

³² Como es sabido, el principio de buena fe tiene raíz moral. Los romanos advirtieron, en

Así, los cambios en las reglas jurídicas se producen por evolución y, cuando generan una mutación brusca en el paradigma de que se trate, mediante la introducción de normas sustantivas, éstas rigen para el futuro y no comprometen los derechos adquiridos o, por lo menos, afectan limitadamente las relaciones nacidas bajo el amparo de las reglas anteriores³³.

Dado que la arbitrariedad política supone una decisión fundada en la sola voluntad, capricho o apetito de quién la toma —y por ello deviene injusta— la disposición de reglas estables y obedecidas —también por quienes las dictan— constituye un modo de neutralizar aquella arbitrariedad. Así, normas estables hacen previsibles las conductas gubernamentales futuras y, por añadidura, los comportamientos venideros de quienes están ligados entre sí, por normas jurídicas.

Como es sabido, las reglas jurídicas se crean para regular conductas futuras en base a la experiencia pasada. Tal como nace la palabra para designar actos, objetos o situaciones nuevas, que por serlo no tienen denominación, las normas se sancionan para resolver conflictos que emergen en la sociedad y se generalizan en un proceso evolutivo que, ciertamente, no es lineal. El grado de innovación de que son capaces las personas en una comunidad o las quiebras culturales que producen, impacta directamente en la creación o modificación del derecho que los rige³⁴. Si el sistema político global que han adoptado se inscribe en lo que se denomina Estado de Derecho tal como fue caracterizado más arriba, la evolución jurídica debe respetar ciertos principios, también referidos, entre otros, a los de previsibilidad y razonabilidad.

Pues bien, ¿cómo tratar jurídicamente la emergencia —según sus acepciones, todo evento, accidente que sobreviene, eventualidad, peripecia, catástrofe— en tanto aquella plantea dificultades al Derecho para resolver las situaciones que genera? Si las reglas jurídicas han previsto soluciones seriadas para los conflictos supuestos ¿de qué modo deben emplearse esas reglas ante acontecimientos que llevan al límite las opciones interpretativas de las normas, o generan mayores y más graves dificultades si se las apli-

otro contexto político, la importancia del principio y sus múltiples aplicaciones para la estructura y organización social. Pues bien, en el Estado de Derecho, el principio de la buena fe se relaciona con el de razonabilidad ya que éste exige decisiones causadas y fundadas en criterios reglados, igualitarios, proporcionales y respetuosos de las personas y los derechos, e impone, en caso de limitaciones a éstos, el uso de pautas de justificación.

³³ La situación contraria puede entrañar un Estado revolucionario o, directamente, la anarquía. En este caso, de la desobediencia a la norma —anomia— se pasa a la lucha de todos contra todos, con ausencia de reglas. Se trata, desde luego, de procesos que pueden ser más o menos prolongados, más o menos generalizados de los que se sale —si damos crédito a la experiencia histórica— hacia una nueva legitimidad cuyo signo depende de la fuerza de las ideas e intereses en juego.

³⁴ Los sociólogos sostienen, con razón, que el Derecho —como norma jurídica— va detrás de los hechos sociales.

ca estrictamente? Pero ¿cabe la alternativa entre adaptar las normas a las nuevas y gravosas situaciones o ignorar todo el sistema de reglas y buscar atajos jurídicos? Si se elige la última opción ¿no estamos destruyendo gradualmente o de modo definitivo el Estado de Derecho? Pero, y más importante que todos estos cuestionamientos, cuando la emergencia impulsa a los dirigentes políticos a salirse de las reglas preestablecidas ¿a qué sectores se afecta con la suspensión de las normas? ¿A qué grupos se protege, bajo la apelación al bien común de todos? Se dirá que el análisis jurídico no debe ocuparse de un problema que es de política económica o, a lo sumo, sociológico, pero sucede que el Estado de Derecho predica la igualdad y la justicia que se materializan —o no— en las conductas. Entonces, ¿cómo desentenderse de los efectos sectoriales, de los costos y perjuicios que distribuye la salida de las emergencias por medio de la ruptura de la juridicidad? Tal como se lo ha puesto de relieve, la regla general en la República Argentina a finales del siglo XX y comienzos del XXI, dejó de serlo a favor de las excepciones y, éstas, han construido un orden jurídico de protección al más fuerte³⁵.

Por otro lado, si se examina el impacto de los hechos o situaciones imprevistas y excepcionales sobre el mundo jurídico, resulta más apropiado emplear el término *crisis* definida como una situación de quiebra, de cambio brusco no esperado, un proceso acerca del cual existen serias dudas sobre su continuación, modificación o cese, también como escasez y penuria. La precisión que contiene este término —crisis— ayuda a examinar con mayor profundidad qué costos sociales y culturales generan los desvíos de las reglas jurídicas. Pero no se hará aquí una cuestión de semántica y, ambos, crisis y emergencias, se utilizarán de modo intercambiable.

El vocablo emergencia, aunque no fue empleado por la Constitución argentina de 1853/60, echó raíces en la expresión jurídica y fue usado en leyes, decretos, sentencias y en la doctrina elaborada por los publicistas.

De todos modos, el art. 4 de la Constitución Nacional había reconocido en las urgencias de la Nación la causa de habilitación para el dictado de leyes de creación de empréstitos y operaciones de crédito. Precisamente, ese recurso fue establecido en 1853 en calidad de instrumento financiero extraordinario a fin de resolver verdaderas urgencias nacionales, pero acabó por convertirse en un medio ordinario de financiación del gasto público, tal como sucedió con múltiples disposiciones de emergencia³⁶.

³⁵ Conf. RICARDO L. LORENZETTI, «Estado de Derecho y estado de necesidad. Una reflexión acerca de la Constitución y los derechos individuales», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2001-C-1382, en especial nota 9. Los datos de cómo se han distribuido los costos de las últimas crisis económicas de finales del pasado siglo XX en la República Argentina, muestran la generalización de subsidios a los grandes grupos económicos —generando un capitalismo de prebendas, más que de riesgos— y la restricción, en paralelo, de los derechos personales.

³⁶ El Estado argentino suele obtener esos empréstitos del ahorro interno, captado mediante

En cambio, la reforma constitucional de 1994 introdujo la expresión emergencia pública en el art. 76, como una de las causales de procedencia de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, bien es cierto que como una excepción al principio prohibitivo de esa delegación y bajo ciertos requisitos limitativos³⁷.

Examinando los hechos, resulta evidente que la historia argentina fue recorrida por crisis de todo tipo —declaradas, supuestas e imaginarias, alguna de las veces— y, en ellas, se dictaron normas que en mayor o menor medida —pero siempre en crecimiento progresivo— minaron el sistema constitucional de derecho. Los conflictos a que dieron lugar unas y otras fueron examinados por el poder judicial argentino y, en especial, por la Corte Suprema, dando origen a lo que se denominó *doctrina de la emergencia*.

No obstante, el poder judicial tiene límites en el ejercicio del control. Por de pronto no puede resolver cuestiones asignadas a los poderes políticos ni arreglar desaguisados que cuecen el Congreso y el Ejecutivo, salvo impidiendo que ello vulnere derechos constitucionales. En otros términos, el poder judicial debe decidir esto no es compatible con el Estado de Derecho, mas no está en condiciones técnicas —no puede— decidir cual es la solución correcta de reemplazo³⁸. Además, el poder judicial en Argenti-

la emisión de Bonos de la deuda pública, o de capitales externos que invierten en el país. He examinado el tema y la versión dudosamente constitucional del llamado ahorro forzoso que se impuso a los habitantes del país en MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Editorial La Ley, 2.ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, febrero de 2003, p. 40, § 6.5.

³⁷ El art. 76 expresamente dispone: «Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo 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». Por su parte, la Disposición Transitoria (Octava) correspondiente a este artículo establece: «La legislación delegada preexistente que no contenga plazo previsto para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esa disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley».

³⁸ La cuestión, otra vez, roza el tema urticante de las cuestiones políticas no judiciales. Sin embargo no me estoy refiriendo a ellas o a la autoexclusión del Poder Judicial en la decisión de controversias, y menos justificándolas aquí. Como se ha dicho con acierto, es deber de los jueces «pronunciarse en cuanto al fondo de las cuestiones que llegan a sus estrados» (conf. AGUSTÍN A. GORDILLO, «Un *leading case* provincial en que el Derecho no cae en la vorágine», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 2002). Lo que he querido señalar es la encerrona en la que, a veces, se coloca al Poder Judicial al exigírsele que aporte las soluciones macro que no atinan a encontrar quienes están constitucionalmente obligados a descubrirlas y aplicarlas. A lo más, la magistratura podrá inclinarse por una u otra petición de las partes, interpretando cuál es la menos gravosa para los derechos constitucionales y para el interés estricto del Estado. No se me escapa que la línea divisoria es delgada pero, de todos modos, posible de trazar. Por ejemplo, en casos en que se demanda al Estado la provisión de medicamentos, el

na —por el sistema del que es tributario— actúa una vez que se suscita la controversia pero, si crea una regla jurisprudencial, obliga a producir cambios, a mantener o a incrementar la emergencia, o a aumentar las causas de los conflictos redistribucionistas. Ello hace del poder judicial un poder tan importante y, a la vez, tan frágil.

Es común situar el inicio del examen judicial de convalidación de las emergencias en la República Argentina, en 1922, es decir, hace de ello algo más de ochenta años.

4. LAS CRISIS Y LAS EMERGENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA. MODELOS INSTRUMENTALES

Además de la referencia del art. 4.º a las urgencias de la Nación —que de todos modos no siempre se identificaron con crisis de envergadura— la Constitución de 1853/60 preveía, en el art. 23, dos situaciones excepcionales —conmoción interior y ataque exterior— y el remedio consecuente del estado de sitio, mediante el que se habilitaba la suspensión de las garantías constitucionales.

El estado de sitio constituyó en la historia argentina un remedio excepcional que se convirtió en ordinario y que, no obstante su reiterada utilización, no evitó la ruptura del orden institucional por seis veces en el siglo pasado³⁹. En las dos primeras interrupciones constitucionales —1930 y 1943— la Corte Suprema dictó sendas e idénticas Acordadas de reconocimiento de aquellos gobiernos *de facto* avalando la existencia de crisis institucionales y su resolución por afuera de la Constitución Nacional⁴⁰.

Después de restaurada la democracia en 1983, la práctica de suspender las garantías constitucionales mediante el estado de sitio fue acotándose y los períodos de vigencia, cuando se lo declaró, fueron breves⁴¹. De otro

Poder Judicial puede exigirle al Estado que los distribuya, sin imponerle una política global para que los produzca o los adquiera.

³⁹ Los golpes de estado que dieron lugar a gobiernos *de facto* se produjeron en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976. He analizado el uso del estado de sitio para conjurar emergencias políticas y el control judicial de las medidas dictadas en consecuencia en MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Editorial La Ley, 2.ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, febrero de 2003, pp. 227/238.

⁴⁰ Puede verse una investigación de la crisis de 1930, un análisis semántico y de contenido de la Acordada y sus consecuencias institucionales en SUSANA G. CAYUSO-MARÍA ANGÉLICA GELLI, *La ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Cuadernos de Investigaciones, N.º 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja», Facultad de Derecho y Ciencias, U.B.A. Buenos Aires, 1988.

⁴¹ En las postrimerías de la administración de Fernando de la Rúa, mediante decreto 1678/2001 del 19 de diciembre de ese año, se declaró el estado de sitio ante los disturbios y saqueos que estremecieron al país y que agudizaron la extrema debilidad del Gobierno. Después de re-

lado, se consolidó la doctrina judicial acerca del control de razonabilidad de las medidas dispuestas para poner fin a los estados de conmoción interior, causal esta que junto a la de ataque exterior, constituyen los dos únicos motivos de justificación del estado de sitio en Argentina. Por cierto, la conmoción interior puede generarse por distintos conflictos no resueltos —o mal resueltos— de orden social, económico, financiero, religioso, cultural, etcétera, pero deben ser de tal envergadura como para que los cauces institucionales ordinarios no los contengan o compongan, y el derrotero que sigan las controversias hagan peligrar el ejercicio de la Constitución Nacional y de las autoridades creadas por ella. Como dijo la Corte Suprema en los albores de nuestra doctrina judicial, el estado de sitio ha sido creado para defender la Constitución y las autoridades legítimas y no admite la anulación o suspensión de la Ley Suprema⁴².

La historia de las emergencias socio económicas, y la convalidación de las medidas dictadas para remediarlas comenzaron en 1922, en oportunidad en que la Corte Suprema hizo mérito de la emergencia habitacional y validó leyes que limitaron la libertad contractual en materia de locaciones⁴³. Dijo entonces el Procurador General ante la Corte Suprema, que el «propósito (de la ley era el) de atemperar el malestar general derivado de perturbaciones de naturaleza y origen conocidos y con repercusiones mundiales...», refiriéndose a los efectos de la Gran Guerra sobre la disponibilidad de inmuebles dados en locación y sobre el incremento de los precios de los arriendos. Por su parte, la Corte Suprema fundó las restricciones a los derechos contractuales en el «intenso interés público» comprometido; en el «monopolio virtual» que ejercían los locadores y provocaba «una opresión económica irresistible»; en los «graves daños a la comunidad» que generaba la crisis habitacional como fenómeno general y extendía a todos la «situación de intranquilidad y estado de angustia». Al mismo tiempo, el Tribunal enfatizó —para justificarla— que la reglamentación restrictiva era momentánea y la «medida transitoria y de emergencia».

nunciar a la presidencia de la Nación y antes de que la dimisión le fuera aceptada, de la Rúa dictó —el 21 de diciembre— el decreto 1689/2001 por el que levantó el estado de sitio. Aunque la renuncia del Gobierno en pleno descomprimió la situación, la violencia no cesó inmediatamente y el presidente provisorio del Senado a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, el senador Puerta, debió declarar el estado de sitio en las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y San Juan por medio de los respectivos decretos 16/2001 (B.O. 24-12-01); 18/2001 (B.O. 24-12-01) y 20/2001 (B.O. 21—12-01). De acuerdo a los considerandos de esas disposiciones, la medida se justificó en que «continúan los actos de violencia colectiva que han provocado daños y puesto en peligro personas y bienes, con una magnitud que implica un estado de conmoción interior»; en la solicitud de las mencionadas provincias para que se lo declarase; y en que, estando el Congreso en receso de sus sesiones ordinarias, correspondía al Poder Ejecutivo dictar la medida y convocar al Poder Legislativo a sesiones extraordinarias.

⁴² *Leandro N. Alem. Fallos 54:432 (1893).*

⁴³ *Ercolano c/Lanteri de Renshaw. Fallos 134:164 (1922).*

Desde 1922 hasta 1994, en que se reformó por última vez la Constitución Nacional en la República Argentina, transcurrieron setenta y dos años. Sin embargo, debe señalarse que el incremento de la intervención estatal, restringiendo fuertemente derechos constitucionales de orden patrimonial y contractual en razón de las emergencias económicas, se produjo a partir de la década de 1930 con un pico en materia habitacional en 1943. La depresión económica de alcance mundial sucedida en 1929/1930 generó un fuerte intervencionismo estatal en las relaciones económicas. En la República Argentina resultó en la creación de las Juntas Reguladoras —el nombre ya es toda una definición— de la producción y comercialización de diversos productos primarios que constituían la riqueza del país.

El fenómeno de la regulación de la economía también se dio en los Estados Unidos —de cuya doctrina jurisprudencial tomó fundamentos la Corte Suprema argentina para declarar la constitucionalidad de los regímenes de emergencia— pero, a diferencia de lo sucedido en Norteamérica, en Argentina los poderes políticos no atinaron a solucionar las crisis y la escalada de normas de emergencia fue de la mano con un control de razonabilidad débil y demasiado deferente hacia los fines del legislador, por parte de la Corte Suprema.

Ese largo período no fue uniforme. En consecuencia, considero necesario detenerme en algunos interrogantes. ¿Qué características tuvieron las emergencias? ¿Qué instrumentos legales se emplearon para declararlas y establecer las medidas restrictivas? ¿Qué argumentaciones jurídicas se usaron para justificar las limitaciones a los derechos constitucionales? ¿Qué derechos, en especial, se afectaron? ¿Qué tipos de controles se usaron —si es que se ejercieron— por parte del poder judicial? ¿Que efectos extra-jurídicos produjeron las reglas de emergencia y su aplicación?

Tomando en consideración los tipos de normas jurídicas dictadas para establecer limitaciones más intensas al ejercicio de los derechos, invocando emergencias o crisis, pueden establecerse tres modelos de consolidación de éstas, en virtud de la doctrina elaborada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: a) de las leyes reglamentarias; b) de las leyes delegantes y los decretos de ejecución-delegados, y, c) de los decretos de necesidad y urgencia⁴⁴.

A) De las leyes reglamentarias

El paradigma se inició con el ya citado precedente *Ercolano c/Lanteri de Renshaw*, en el que la Corte Suprema examinó la constitucionalidad de

⁴⁴ Elijo la diferenciación por los instrumentos jurídicos usados por el Congreso y por el Poder Ejecutivo, más que por las etapas cronológicas, pues existen períodos en que se emplean varios o todos aquellos tipos de reglas.

la ley 11.157 y sus efectos sobre los contratos de locación de inmuebles destinados a vivienda o al comercio o la industria⁴⁵. Aunque en un precedente posterior y muy cercano, la Corte Suprema pareció rectificar las pautas de control establecidas en *Ercolano* y declaró inconstitucional el art. 1.º de la ley 11.157 de la manera en que fue aplicado por la sentencia de grado⁴⁶. Un poco más adelante, en el año 1925, la Corte Suprema —en la misma dirección doctrinaria— declaró la inconstitucionalidad de una ley que había dispuesto la prórroga de las locaciones aún en los casos en que existieran juicios de desahucio pendientes. La Corte interpretó que, en el caso, habiendo sentencia firme de desalojo, la norma era inconstitucional⁴⁷. Resulta necesario señalar que, además, el Tribunal examinó la razonabilidad de la medida de prórroga dispuesta por el Congreso, en relación a la subsistencia de la crisis habitacional que le había dado origen legislativo. La Corte Suprema tomó en consideración el hecho «por todos conocido» del progresivo aumento de la oferta de inmuebles destinados a la habitación y al comercio, que podía observarse leyendo los avisos de los periódicos. En otros términos, el Tribunal evaluó si persistía o no la emergencia habitacional como justificación de las restricciones a los derechos adquiridos en virtud de una sentencia firme⁴⁸.

⁴⁵ La Ley 11.157 —promulgada el 19 de septiembre de 1921— dispuso retrotraer el precio de los arriendos al que se cobraba el 1.º de enero de 1920, por dos años y desde la promulgación de esa ley. Además, la norma jurídica estableció una regla procesal en virtud de la cual quedarían sin efecto las demandas de desalojo por falta de pago, relativas a fincas urbanas ubicadas en la Capital Federal o en los territorios nacionales, si el demandado abonaba lo adeudado, con más los intereses y lo presupuestado para costas. Esta disposición tuvo un impacto decisivo pues fue promulgada al mismo tiempo que la ley 11.576 que sustituyó el entonces art. 1507 del Código Civil. La modificación otorgó la opción a los inquilinos de locaciones para vivienda, comercio o industria en los que no hubiese contrato escrito, a considerarlos realizados por un año y medio y dos años, respectivamente.

⁴⁶ «*Horta c/Harguindeguy*» (Fallos 137:47). Fue sentenciado el 21 de agosto de 1922, cuatro meses y siete días después de *Ercolano*. La Corte Suprema —con la misma integración— distinguió los hechos en uno y otro caso. En *Horta* se trataba de un contrato con plazo determinado. Para la Corte «el acto de privar al locador de una parte del alquiler que tiene derecho a exigir con arreglo al contrato, para beneficiar con ello al locatario, constituye una violación tan grave de esa misma garantía, como la que resultaría de despojar al propietario de una fracción del inmueble arrendado, para donarlo al inquilino». Esta concepción extrema de los derechos derivados de los contratos —no existe en la sentencia análisis de proporcionalidad entre el monto de los arriendos pactados y la rebaja que resultaba de la aplicación de la ley— fue debilitándose hasta límites cercanos a la confiscación, aunque no siempre la apropiación engrosó directamente las arcas del Estado.

⁴⁷ Conf. *Mango c/Traba*. Fallos 144:219 (1925).

⁴⁸ Pese al precedente *Ercolano*, el Tribunal usó —en *Mango c/Traba*— un examen de razonabilidad que incluía el examen de la existencia de la crisis en sí misma aunque, a mi modo de ver en *obiter dictum* pues el fallo se sostuvo —constituyó su *holding*— en la intangibilidad de la cosa juzgada de la cual emanaba, con más fuerza que de un contrato, el derecho propietario del locador. Este tipo de análisis de razonabilidad efectuado por el Tribunal —aun-

Las notas salientes del modelo, construido por la Corte Suprema con otra integración y afianzado en la República Argentina a partir de la década del treinta, indican que fue el Poder Legislativo quien, por sí mismo, estableció las reglamentaciones más intensas a los derechos constitucionales; que los derechos afectados fueron los de propiedad y contractuales; que el Tribunal otorgó deferencia a los motivos del Congreso y los tuvo por legítimos; que la Corte Suprema efectuó un control de razonabilidad débil de los instrumentos elegidos por el poder Legislativo para resolver la crisis, sin examinar si existían o no medios alternativos menos gravosos para los derechos restringidos. Sin embargo, el Tribunal hizo mérito de la transitoriedad de las limitaciones que se imponían, para considerarlas constitucionales, y estimó que determinadas crisis sectoriales tenían potencialidad para afectar a toda la sociedad, por estar en juego un intenso interés público y por el modo en que se ejercía o abusaba de los derechos que las normas restringían⁴⁹.

El modelo de la emergencia declarada y conjurada por medio de leyes que se imponía en el país, se sostuvo en una ampliación e intensificación del denominado poder de policía de bienestar, con base en el entonces art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18) de la Constitución Nacional. Desde ese punto de partida, la Corte Suprema pasó de admitir una cada vez mayor intervención del Estado en materia económica y social, fundada en la necesidad de procurar el bienestar general y el progreso, a convalidar los remedios que ideaba el Poder Legislativo para resolver las crisis sectoriales o generales que se sucedían. Esa doctrina impactó directamente en el principio de la autonomía de la voluntad, que se vio limitado, sobre todo, en materia de contratos de locación⁵⁰.

que no entró a evaluar la conveniencia de la medida— implicó un control más estricto sobre los motivos del Poder Legislativo al sancionar la ley. Ello demostraría que quizás no sea del todo correcto fijar el comienzo de la doctrina de la emergencia elaborada por la Corte Suprema en el precedente *Ercolano* del año 1922.

⁴⁹ En el caso *Ercolano* la Corte Suprema entendió que el sector de los locadores —aunque sin vinculación entre sí— ejercía un monopolio virtual sobre los inmuebles que destinaba a locación. En otras palabras, justificó la limitación de los derechos propietarios en un rasgo o circunstancia del sujeto a quién se los restringían.

⁵⁰ Los límites a los derechos contractuales en materia de locaciones urbanas y rurales, de casa-habitación o de comercios o industrias fue muy intensa, sobre todo a partir de la década del cuarenta. Incluyó prórrogas en el plazo de vencimiento de los contratos; congelamiento de los arriendos; suspensión de desalojos dispuesto en sentencias judiciales; y un complejo normativo destinado a la devolución de los inmuebles a sus propietarios por razones específicas. El sistema demostró ser ineficaz para resolver el problema habitacional en el país pues al protegerse excesivamente a los locatarios dio lugar a muchos abusos. Por otro lado, se deprimió decididamente la oferta de inmuebles para alquiler, con lo cual la población de menores recursos que no estaba protegida por un contrato de prórroga no tenía modo de acceder a las locaciones. Puede verse un estudio de la evolución de los efectos de la emergencia económica sobre las locaciones y un análisis crítico de la Ley de Delegaciones Legislativas 25.561 y del

En suma, la Corte Suprema, elaboró una regla autolimitativa —aplicable tanto a la competencia del Congreso para reglamentar los derechos constitucionales en razón del bienestar general, como al ejercicio de los poderes de emergencia— en virtud de la cual el Tribunal no estaba atribuido para examinar la *necesidad, oportunidad, conveniencia* o *eficacia* de las medidas restrictivas⁵¹.

El criterio de restringir derechos constitucionales por causa de las emergencias, se aplicó con elasticidad a la prolongación de los plazos de deudas hipotecarias —tres años para el capital y tres meses para los intereses— y a la rebaja del rédito convenido⁵²; a la obligación de contratar artistas de variedades, ante los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala⁵³; a la modificación de los términos de una convención colectiva de trabajadores del Estado, aunque en el caso el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley por la irrazonabilidad de las medidas⁵⁴.

B) De las leyes delegantes y los decretos de ejecución-delegados

El segundo modelo instrumental usado para amortiguar los efectos de las crisis tomó la forma de leyes delegantes y decretos de ejecución-delegados.

La denominación merece ser aclarada. En el sistema de división de poderes establecido en la Constitución histórica de 1853/60, sólo el Congreso estaba atribuido para reglamentar los derechos constitucionales, se-

Decreto 214/02 en EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, «Las emergencias económicas y las locaciones urbanas... Autonomía de la voluntad o intervencionismo», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 28 de febrero de 2002. El autor examina, con abundancia de citas, la naturaleza de la autonomía de la voluntad, a mi modo de ver, de raíz constitucional.

⁵¹ Conf. entre otros *Avico c/De la Pesa*. Fallos 172:21 (1934). La Corte cita como fundamento de su decisión, los arts. 14, 28 y 67 (hoy 75) y el Preámbulo de la Constitución Nacional (consid. 9.º) y, al mismo tiempo, la existencia de emergencia, al examinar y considerar aplicable el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos (consid. 6.º), haciendo mérito de la profunda crisis económica sufrida por el país; de los créditos incobrables de los Bancos Hipotecario y de la Provincia de Buenos Aires; de las ejecuciones judiciales que se adjudican a los acreedores por un precio que constituye un despojo (consid. 12).

⁵² Retomando, como dijo el Tribunal, la doctrina del caso *Ercolano*.

⁵³ Conf. consid. 9.º en *Cine Callao*. Fallos 247:121. La obligación de contratar fue dispuesta por una ley y estuvo precedida y seguida por decretos leyes de gobiernos de facto. En el caso también se presentaron difusos los límites entre el ejercicio del poder de policía de bienestar —en protección de intereses públicos— y el poder de policía de emergencia o crisis.

⁵⁴ Conf. dictamen del Procurador Fiscal que hizo suyo la mayoría de la Corte Suprema en *Nordensthol c/Subterráneos de Buenos Aires*. Fallos 307:326 (1985). En cambio, para la minoría, las convenciones colectivas de trabajo constituyen fuentes autónomas de Derecho que no pueden ser modificadas mediante una ley.

gún surgía de la interpretación armónica del art. 14 y del entonces art. 67, inc. 16 (hoy arts. 75, incs. 18) de la Constitución Nacional. No obstante, el presidente de la Nación expedía las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 86, inc. 2.º, hoy art. 99, inc. 2.º de la Constitución Nacional).

Las normas provenientes de esa competencia ejecutiva se designaban con el nombre de reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios de las leyes⁵⁵. Estos reglamentos o decretos debían dictarse siempre que lo requiriese la aplicación de las leyes, y ello dependía de la mayor o menor precisión y exactitud con que el Congreso las sancionara. En otras palabras, la atribución ejecutiva encontraba sus márgenes en los criterios o pautas que establecía el Poder Legislativo. Pero ni uno ni otro poder debían violar el principio de legalidad, establecido de modo general en el art. 19 de la Constitución y, de modo específico, en otras normas sustantivas del sistema, tales como las que aseguraban el principio de legalidad en materia tributaria (art. 17, entre otros), o el principio de legalidad en materia penal (art. 18).

Por cierto, los lindes entre la sujeción al principio de legalidad o su violación —por parte del poder legislativo al delegar lo indelegable, o por parte del presidente al ejercer competencias no atribuidas— no siempre resultan nítidos. Del problema da cuenta la discusión doctrinaria y las decisiones jurisprudenciales que suscitó la cuestión.

Para delimitar los campos entre lo permitido y lo prohibido en materia de reglamentación-delegación, y por primera vez en el caso *Delfino y Cía*, la Corte Suprema sostuvo que: «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 reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como en los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución». El Tribunal argentino completó la regla con la afirmación acerca de que es una mera circunstancia de hecho lo que define en cada caso concreto la extensión del poder reglamentario del Poder Ejecutivo para sostener, seguidamente, que cabe a éste completar la voluntad del Congreso expresada de un modo general en la ley⁵⁶.

El precedente delineó los contornos de la que se denominó delegación impropia, en el entendimiento de que el Congreso no delegaba su función

⁵⁵ La doctrina administrativista prefiere, en general, la primera denominación. La constitucional, elige la segunda.

⁵⁶ *Delfino y Cía. Fallos* 148:430 (1927).

legislativa ordinaria. En el caso *Delfino*, empero, no estaba en juego una ley dictada por razones de emergencias o crisis.

No obstante, debe decirse que la delegación impropia —más o menos amplia— recorrió en nuestro país dos caminos: el ordinario y el extraordinario o de emergencia. El tiempo mostró cómo la Administración ejercía cada vez de modo más amplio facultades delegadas y cómo el poder ejecutivo las encontraba inclusive allí donde no las otorgaba la ley⁵⁷, ya sea que la norma del Congreso dejara las determinaciones al Poder Ejecutivo por causas de administración eficaz y oportuna o para responder, rápidamente, a las convulsiones económicas y sociales que planteaba la emergencia⁵⁸.

En ambas hipótesis, el problema principal consistía en el establecimiento de las bases de delegación lo suficientemente específicas como para evitar la instauración de una dictadura legal, prohibida expresamente por el art. 29 de la Constitución Nacional. Pero aún cuando la Corte Suprema justificó los decretos reglamentarios en la atribución constitucional del presidente que emanaba del entonces art. 86, inc. 2.º (hoy art. 99, inc. 2.º) de la Constitución Nacional, y denominó delegación impropia a la competencia del Congreso que los habilitaba, lo cierto es que la cada vez mayor amplitud de esa delegación hicieron que esos decretos de ejecución se acercasen decididamente a los decretos delegados.

En materia de crisis económicas y sociales producidas por las secuelas de la guerra, la Corte Suprema llegó a convalidar una ley de emergencia que dispuso el establecimiento de precios máximos a determinados productos, considerados de primera necesidad para los consumidores; mandó que fuese el Poder Ejecutivo quien fijase esos precios y autorizó a éste a aplicar multas —apelables ante la justicia, al sólo efecto devolutivo— en caso de infracción⁵⁹.

Del mismo modo, ante el encarecimiento o alzas en el costo de la vida, la Corte Suprema dijo en el caso *Prattico*, que la norma cuestionada —un aumento mínimo de salarios por parte del Poder Ejecutivo, fundado en una ley delegativa— tenía carácter de emergencia, era transitoria y había sido dictada en virtud de circunstancias excepcionales⁶⁰; constituía la

⁵⁷ Conf. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, Parte General, 4.ª edición actualizada con la Convención Interamericana contra la Corrupción, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, pp. VII-56. El autor señala —en juicio que no puede no ser compartido— que el orden jurídico argentino está cuantitativamente constituido por reglamentos de toda especie.

⁵⁸ He analizado los problemas que plantea la delegación legislativa al sistema político y los fundamentos de ese instrumento de gobierno en el examen del art. 76 de la Constitución Nacional en MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2.ª edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, febrero de 2003, pp. 614/626.

⁵⁹ Conf. *Martini, Vicente e hijos. Fallos* 200:450 (1944).

⁶⁰ Conf. consid. 10 de *Prattico c/Basso y Cía. Fallos* 246:345 (1960).

solución de un problema que demandaba una rápida celeridad en la acción⁶¹; y la política legislativa había sido claramente establecida por el Congreso⁶².

El decreto cuestionado en *Prattico* se había dictado en 1958 y fue la ejecución del art. 1.º de la ley 12.987 sancionada en 1947 y prorrogada mediante la ley 14.120. El artículo mencionado disponía; «Con el objeto de reprimir la especulación, el agio y los precios abusivos, facúltase al Poder Ejecutivo a: a) aplicar directamente las sanciones establecidas en la ley 12.830, excepto las penas de prisión; b) imponer arrestos a los infractores hasta el término de noventa días, no conmutables por multa; c) aplicar a los infractores extranjeros la ley de deportación 4144; d) incautarse de productos y mercaderías debiendo consignar judicialmente con posterioridad su precio, de conformidad a lo establecido por el art. 16 de la ley 12.830; e) incautarse temporáneamente para su uso, de establecimientos industriales y comerciales, consignando también judicialmente con posterioridad el valor de su uso; f) congelar los precios; g) fijar las remuneraciones; h) obligar a fabricar determinados productos dentro del sistema de cuota mínima que fijare».

Aunque en el caso el Poder Ejecutivo había ejercido solamente la facultad delegada en el inciso g), conviene detenerse en dos aspectos. En primer término en la inusitada amplitud de la delegación y en la violación de varios principios constitucionales que ella implicaba; en segundo lugar, en que tal legislación había atravesado incólume varios gobiernos, *de jure* y *de facto*⁶³, mostrando, lo que a mi modo de ver, constituye una cultura de la emergencia y de la excepción.

Más adelante, la Corte Suprema consideró constitucional un decreto por el que se establecieron recargos en los derechos de aduana —claramente el ejercicio de una competencia tributaria, prohibida al presidente por la Constitución— destinado a la ejecución de programas de estabilización dispuestos por ley⁶⁴.

Finalmente, en el caso *Cocchia* la Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad de un decreto de ejecución por el que: a) se suspendió la vigencia de un convenio colectivo de trabajo firmado por el Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos y el Centro Coordinador de Actividades Portuarias; b) se fijaron nuevas condiciones laborales, modificando las an-

⁶¹ Conf. consid. 9 de *Prattico c/Basso y Cía. Fallos* 246:345 (1960).

⁶² Conf. consid. 8 de *Prattico c/Basso y Cía. Fallos* 246:345 (1960).

⁶³ He formulado el cuestionamiento crítico de esta sentencia en JONATHAN MILLER-MARÍA ANGÉLICA GELLI-SUSANA CAYUSO, *Constitución y Poder Político*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 698/700, puntos 1/6.

⁶⁴ Conf. *Laboratorios Anodía SA c/Gobierno de la Nación. Fallos* 270:47 (1968). Para el Tribunal, la modificación de la política cambiaría por parte del ejecutivo podía caer dentro de la ejecución de una política legislativa determinada.

teriores, y, c) se convocó a las partes a la celebración de un nuevo convenio, bajo limitaciones a la que debería sujetarse la negociación. El Tribunal consideró la crisis económica existente y consideró que la política legislativa podía emanar de lo que denominó el bloque de legalidad⁶⁵. En otros términos, no requirió una ley específica que dijese concretamente qué podía reglamentar el Poder Ejecutivo, le bastó con que pudieran inferirse las bases de delegación de varios instrumentos normativos. En el caso, de la ley 23.696 de emergencia económica, de la ley 24.094 de puertos, y hasta de un convenio de integración, el Tratado de Asunción que creó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Este modelo de los decretos de ejecución-delegados en materia de emergencia se define por el concierto de las voluntades legislativa y ejecutiva. En efecto, fue en principio el Congreso quien se desprendió de atribuciones propias y, por su lado, el ejecutivo las extendió según su criterio de oportunidad o conveniencia; el Poder Legislativo dejó en manos del presidente de la Nación una enorme cantidad de competencias legislativas, que éste a su vez delegó en organismos bajo su competencia; La Corte Suprema fue extremadamente flexible a la hora de buscar y encontrar la voluntad legislativa delegante y la emergencia como causa de habilitación de los decretos.

No obstante, el Tribunal ejerció control de razonabilidad de las medidas concretas en algunas pocas oportunidades. De tal manera, declaró en *Empresa Mate Larangeira Mendes S. A.* la inconstitucionalidad de un decreto reglamentario que prohibía la cosecha de yerba mate durante un año, por dos razones. En principio, por entender que esa medida excedía la ejecución de lo establecido por sendas leyes de protección de la industria en cuestión, y aún de la ley de abastecimiento 16.454, entonces vigente⁶⁶. En segundo término, porque la prohibición se dispuso luego de haberse efectuado las inversiones del proceso productivo y el alcance de aquella —al impedir la cosecha— hacía perecer la propiedad para su dueño⁶⁷.

Igualmente, el Tribunal efectuó control de razonabilidad de las disposiciones del decreto en el caso *Cocchia*, las que imponían como condición de celebración del nuevo convenio colectivo —el anterior había sido dejado sin efecto por el mismo reglamento— que no se apartarse de las condi-

⁶⁵ *Cocchia, Jorge D. C/Estado nacional y otro. Fallos 316:2624 (1993), Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 1994-B-643.*

⁶⁶ Conf. consid. 4.º de *Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. Fallos 269:393 (1967).*

⁶⁷ Conf. consid. 5.º y 8.º de *Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. Fallos 269:393 (1967).* La Corte Suprema trazó una delgada línea divisoria con otro caso similar, quizás demasiado tenue. En efecto, consideró que era irrazonable impedir la recolección de lo sembrado y las tareas concernientes al estacionamiento del producto, pero que resultaba razonable detener la elaboración y comercialización de la yerba mate.

ciones mínimas fijadas en la ley de contrato de trabajo y en la norma de accidentes laborales pues, lo contrario, implicaría impedir al sindicato el ejercicio de la defensa de los trabajadores, anulando en términos absolutos la facultad de celebrar convenciones colectivas de trabajo⁶⁸.

Como se advierte, el examen de razonabilidad toma la forma del control del debido proceso sustantivo, en caso de que la medida anule o neutralice el derecho en cuestión. En cambio, casi no hay examen del debido proceso adjetivo en la materia y, por vía de la admisión de los reglamentos, la Corte Suprema admitió la viabilidad constitucional de una auténtica delegación legislativa.

C) De los decretos de necesidad y urgencia

El tercer tipo o modelo instrumental-normativo usado para concluir con los efectos perniciosos de las crisis es el de los decretos o reglamentos de necesidad y urgencia, emitidos por el Poder Ejecutivo. Este paradigma se afirmó, en la República Argentina, a partir de 1985.

Parte de la doctrina nacional entendió que el art. 86, inc. 1.º (hoy 99, inc. 1) de la Constitución Nacional proveía suficiente fundamento para otorgar legitimidad constitucional a los reglamentos de emergencia. En otros términos, se afirmaba que la jefatura de la Administración y del Estado, propias del presidente de la Nación, no sólo lo autorizaban a dictar aquellas normas sino que lo obligaban a emplearlas para solucionar o encausar las emergencias⁶⁹.

Uno de esos decretos, el 1096/85 dando origen al *Plan Austral*, se dictó con el objetivo de detener el proceso de desvalorización de la moneda argentina, prometiendo, además, acabar con el déficit fiscal. A tal fin, el presidente de la Nación, en acuerdo general de ministros, modificó el signo monetario, dispuso el tipo de paridad cambiaria y estableció un sistema de conversión de las obligaciones a vencer, llamado *desagio*, con fin de evitar las transferencias de recursos de deudores a acreedores que se produciría por la cancelación abrupta de la inflación monetaria. Las disposiciones que tomó el Poder Ejecutivo correspondían a las atribuciones del Congreso Federal; algunas de ellas podían cuestionarse por irrazonables en sí mismas; además, fueron puestas en vigencia antes de su publicación.

En consecuencia, el decreto era vulnerable desde la doble perspectiva del debido proceso adjetivo —la norma se había sancionado por el sujeto no autorizado por la Constitución y bajo un procedimiento que incumplía

⁶⁸ Conf. consid. 21 de *Cocchia, Jorge D. C/Estado nacional y otro. Fallos 316:2624 (1993)*.

⁶⁹ Conf. JULIO R. COMADIRA, «Decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1995-B-825.

lo mandado por la Ley Suprema— y del debido proceso sustantivo, pues interfería irrazonablemente en los contratos ya celebrados. A su vez, el decreto iniciaba una fuerte tradición en virtud de la cual el poder de decisión, en las emergencias, se centralizaba en el Poder Ejecutivo.

Pero, aunque en un primer momento arreciaron las críticas y quizás porque el éxito genera su propia legitimidad⁷⁰, el Congreso acabó por ratificar el decreto, primero de modo implícito —utilizando la denominación *australes* en las leyes que sancionaba— y, luego, confirmándolo expresamente por medio de un artículo en la ley de presupuesto.

Por su lado y ya bajo el signo de otra Administración, la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, dictados en razón de una grave crisis económica y social, causada por la hiperinflación, en el caso *Peralta*⁷¹. La norma —denominada *Plan Bonex*— convertía contratos de depósitos bancarios a plazo fijo, celebrados en la moneda nacional, en bonos de la deuda pública. Más tarde, el Congreso Federal declaró, mediante sendas leyes, la necesidad de reformar el Estado y la emergencia económica⁷².

En *Peralta*, la Corte Suprema fijó una condición de legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia previa a su dictado; un recaudo de validez por el contenido de sus disposiciones y un requisito posterior, también de legitimidad por medio de la convalidación que debía prestar el Congreso, aún la tácita. Al mismo tiempo, la Corte Suprema ejerció controles —aunque débiles— y se reservó la facultad de emplearlos en el futuro. En consecuencia, el Tribunal exigió —para la procedencia de aquellos decretos— a) una situación de grave riesgo social, que pusiese 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. Al establecer estos requisitos, la Corte Suprema —aunque con distinta intensidad en uno y otro caso— ejerció control adjetivo y sustantivo —en este caso débil— de la norma cuestionada⁷³.

⁷⁰ Conf. JULIÁN BARNES, *Inglaterra, Inglaterra*, traducción de Jaime Zulaika, Editorial Anagrama, Barcelona, 1999, p. 156. Por cierto, la frase no carece de cinismo. Pero resulta apropiada si se recuerdan los primeros efectos del *Plan Austral*, deteniendo la desvalorización de la moneda y concitando, con ello, el favor social que le permitió al Gobierno del Presidente Alfonsín ganar las siguientes elecciones legislativas,

⁷¹ *Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo*. CS (1990), *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1991-C-158.

⁷² Ley 23.696 de Reforma del Estado (B.O. 23-8-89) y Ley 23.697 de Emergencia Económica (B.O. 25-9-89).

⁷³ He examinado esta sentencia en MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación*

En suma, con este fallo y las sentencias que culminaron con el caso *Cocchia*, en materia de delegación, quedó expedito el camino para que una futura reforma constitucional incorporase los decretos de urgencia y los decretos delegados a la Ley Suprema.

5. LA CRISIS Y LAS EMERGENCIAS EN LA REGLAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1994. LOS DECRETOS DE URGENCIA, LAS LEYES DE DELEGACIÓN Y LOS DECRETOS DELEGADOS

Los convencionales constituyentes de 1994 incorporaron a la ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma constitucional, en el punto G —del Núcleo de Coincidencias Básicas— la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa (Art. 2.º). En los debates en la Convención Constituyente, quienes propiciaban añadir ambas atribuciones al texto de la Constitución ligaron las reformas a la necesidad de atenuar el presidencialismo, estableciendo controles al ejercicio de esas facultades.

De ello resultaron el art. 99, inc. 3.º —que habilitó los decretos de necesidad y urgencia—⁷⁴ y el 76, que admitió la delegación legislativa⁷⁵. Ambas normas coincidieron en disponer el carácter excepcional de los instrumentos normativos y en fijar sus controles pero los decretos de urgencia y los delegados, más que disminuir, crecieron en cantidad e importancia, y la norma de limitación no se sancionó por el Congreso.

Después de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema ejerció control de la emergencia alegada y de la medida dispuesta en su consecuencia —de un decreto sancionado antes de aquella modificación— en el caso *Video Club Drens*. En ese fallo, el Tribunal consideró que la

Argentina. Comentada y concordada, 2.ª edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, febrero de 2003, pp. 669 y ss.

⁷⁴ Art. 99: «El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...inc. 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar.

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 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. 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».

⁷⁵ Ver nota 36.

emergencia —que afectaba al sector cinematográfico— no constituía una situación de grave riesgo social que hubiera hecho necesaria la creación de medidas súbitas, como las cuestionadas. Claro que la Corte Suprema lo dijo en *obiter dictum*, pues el fallo se sostuvo en el principio de legalidad tributaria que el presidente de la Nación había desconocido al crear un impuesto⁷⁶.

Más tarde, sin examinar si existía o no emergencia, ni si las medidas respondían a ella, la Corte Suprema rechazó la acción impugnativa por falta de caso y agravio concreto por parte de los demandantes, en una de las sentencias más controvertidas del Tribunal, el caso *Rodríguez* sobre privatización de los Aeropuertos⁷⁷. No obstante, una de las reglas elaboradas en el caso resulta relevante a los fines de este trabajo. En efecto, el Tribunal aseguró que la falta de ley reglamentaria del dictado de los decretos de necesidad y urgencia no le impide al Presidente la emisión de aquellos, pues lo contrario significaría tanto como bloquear una facultad atribuida a éste directamente por la Constitución⁷⁸. La interpretación del Tribunal sobre el punto es atendible, siempre que la demora en la reglamentación que debe dictar el Congreso para ejercer el control no rebase límites razonables, pues el hecho podría constituir un caso de inconstitucionalidad por omisión.

Más tarde —en lo que puede interpretarse como una vuelta al criterio sustentado en *Peralta*— la Corte Suprema resolvió el caso *Verrocchi*, declarando la inconstitucionalidad de normas emitidas por el Poder Ejecutivo en el año 1996, mediante las cuales se suprimían asignaciones familiares a los trabajadores con remuneraciones superiores a mil pesos. Esas disposiciones derogaban una ley, afectaban el derecho constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis., Constitución Nacional) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional después de 1994 (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)⁷⁹. En este precedente, el Tribunal pareció dispuesto a ejercer

⁷⁶ *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía*. Fallos 318:1154 (1995), *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1995-D-245. Con nota de MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»)*.

⁷⁷ *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros C/Poder Ejecutivo Nacional*. C.S. (1997). He examinado el caso y la disputa doctrinaria y periodística que desató en MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2.ª edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, febrero de 2003, pp. 700 y ss. Sin restar la importancia que la sentencia tuvo en su momento y los efectos de desgaste que operó sobre la Corte Suprema, entiendo que a los fines de este trabajo no tiene interés específico, salvo para señalar que no fue abordado el tema de la existencia o no, de la grave crisis que justificó la norma.

⁷⁸ Primer párrafo del consid. 13 del voto de la mayoría en *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros C/Poder Ejecutivo Nacional*. C.S. (1997).

⁷⁹ *Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Adua-*

mayor control sobre los decretos de emergencia, si bien reiteró la atribución presidencial de emitirlos aún sin ley reglamentaria de esas normas. En consecuencia de ello, la Corte Suprema exigió para la procedencia de los decretos: a) la existencia de un estado de necesidad en términos de a) imposibilidad del Congreso para dictar normas, por ejemplo, en caso de una contienda bélica o de desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la Capital; o, a) que la situación que necesite solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente; b) desestimó razones de mera conveniencia para dictar los decretos; c) requirió que contengan suficiente motivación fáctica en los mismos considerando de la norma cuestionada; y, d) que no aniquilen —ni aún en la emergencia— el derecho limitado mediante la norma.

No obstante estas reglas, que implicaron un avance en la dirección del control de la emergencia y de los instrumentos ideados para resolverla, en el caso *Guida* el Tribunal convalidó el decreto 290/95 que imponía una rebaja en las remuneraciones de la Administración Pública en porcentajes del 5, 10 y 15 %⁸⁰, en razón de la grave crisis financiera internacional⁸¹. La norma no contenía plazo determinado de duración de la medida pero sí determinable, según se superasen las causas que le dieron origen y fue ratificada por el Congreso en la ley de Presupuesto⁸².

Acerca del uso de la delegación legislativa, como instrumento normativo para enfrentar las crisis, cabe decir que el Congreso sancionó, desde la reforma constitucional de 1994 hasta fines de marzo de 2002, tres normas delegantes: las leyes 25.344⁸³, 25.414⁸⁴ y 25.561⁸⁵ en un breve período de poco más de un año. Por la primera de ellas, se declaró la emergencia económico-financiera, por el término de un año y se autorizó al Poder Ejecutivo a prorrogarla por una sola vez y por igual período, delegándole atribuciones para rescindir contratos —menos los de privatizaciones— y a reubicar personal, entre otras medidas de reforma del Estado.

La ley 25.414, también con plazo de vigencia por un año prohibió toda modificación de los Códigos Civil, de Minería y de Comercio, y la regula-

nas s/acción de amparo. C.S., 18 de agosto de 1999. V. 916 XXXII, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2000-A, 85. Con nota de MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia (de «Rodríguez» a «Verrocchi» ¿el regreso de «Peralta»?)*.

⁸⁰ *Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional*. C.S. (2000), Buenos Aires, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2000-D, 375.

⁸¹ La llamada *Crisis del Tequila*.

⁸² Mediante una práctica tan reiterativa como nociva porque distorsiona lo que la Ley de Presupuesto es, sobre todo su anualidad. Ver, al respecto, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, «Una grave irregularidad constitucional: la ley de Presupuesto no puede convalidar decretos de necesidad y urgencia», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 4 de agosto de 2000.

⁸³ B.O. 21-11-2000.

⁸⁴ B.O. 3-3-2001.

⁸⁵ B.O. 7-1-2002.

ción en materia penal, tributaria, laboral del sector público y privado, salud, previsional, las asignaciones familiares, la ley marco regulatorio del empleo público (25.164) y la ley 25.344 de emergencia pública en lo referente al pago de la deuda previsional con bonos del Estado. Pero delegó en el Poder Ejecutivo la realización de una amplísima reforma administrativa que incluyó la modificación de la ley de ministerios, un claro exceso inconstitucional.

Por otra parte, quizás como reflejo de los enfrentamientos mutuos que para entonces afectaban al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, pero que no alcanzaron para cumplir con lo dispuesto por la Constitución Nacional, el artículo 5.º de la ley 25.414 dispuso que mientras no se estableciera la Comisión Bicameral Permanente, «prevista en el artículo 100, inciso 12, de la Constitución Nacional, el control y seguimiento de lo que hiciere el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de facultades delegadas, será hecho por una Comisión Bicameral integrada por seis senadores y seis diputados elegidos por las H. Cámaras de Diputados y de Senadores de la Nación...»

Por último, la ley 25.561 declaró «con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria»... y delegó las facultades establecidas en la ley, hasta el 10 de diciembre de 2003. Las bases de delegación establecidas en esta ley no pudieron ser más amplias y diversas: «1. proceder al reordenamiento del sistema financiero y del mercado de cambios; 2. reactivar el funcionamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; 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.º».

En buen romance, el Poder Ejecutivo quedaba autorizado para intervenir, modificando —repartiendo premios y castigos redistribucionistas— todos los contratos ya celebrados; mudar los términos de las convenciones entre particulares y de éstos con la Administración Pública, que quedarían afectadas por la derogación del sistema de convertibilidad cambiaria (art. 3.º), la suspensión de la intangibilidad de los depósitos bancarios y la autorización al Poder Ejecutivo, para establecer la relación entre el pesos y las divisas extranjeras.

En consecuencia, el Congreso, si es que no renunció a sus atribuciones constitucionales, por lo menos consolidó la democracia delegativa⁸⁶.

⁸⁶ En una nota sumamente crítica, Miguel Padilla formuló el examen del art. 1.º de la ley 25.561, sosteniendo que la delegación que esa norma establecía era mucho mayor —sin duda lo es— que la que dispuso en su momento la ley 24.414. MIGUEL M. PADILLA, «El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales», *El Derecho*, Buenos Aires, 18 de febrero de 2002.

Pero esta ley excesiva para los parámetros del art. 76 de la Constitución Nacional no nació de la nada. Fue precedida por la sanción del decreto 1570/01, que instituyó una serie de restricciones severas a la disponibilidad de los depósitos bancarios, en diversas cuentas, por parte de sus dueños. Ese decreto fue motivado por la pérdida del crédito externo y la exacerbación de la corrida de los ahorristas que se había iniciado a comienzos del año 2001. La pérdida de confianza del público en las decisiones que tomaba el Gobierno y la alarma por el incumplimiento de la normativa dictada para poner remedio a la crisis recurrente, barrió con las promesas de intangibilidad de los ahorros dispuesta por ley de la Nación⁸⁷ y produjo, como último remedio, lo que se llamó la bancarización compulsiva con el fin ostensible de impedir la libre disposición de diversos depósitos en el circuito bancario pero admitiendo que esas sumas circulasen dentro del sistema financiero⁸⁸.

Este decreto y la ley de delegación 25.561 que he reseñado, constituyen mojones que señalan un camino agotado o agonizante: el de la emergencia excepcional que afecta a un sector de la población, es limitada en la duración y en las medidas y se convierte en el modo normal de gobernar la crisis, rompiendo las reglas y enmendándolas una y otra vez, impulsado por el juego de los intereses económicos.

6. EL DESORDEN NORMATIVO, LA EMERGENCIA JURÍDICA Y LA AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD Y DE LA CONFIANZA PÚBLICA. EL CASO DE LA PÉRDIDA DEL CRÉDITO Y LA PUJA DE DE LOS INTERESES

Más allá del desconcierto social que generaron, las medidas dispuestas por el Decreto 1570/01 constituyeron el inicio de una escalada normativa en la que se inscribió la sanción de una ley fundamental del sistema financiero, más allá del juicio que en sí misma merezca: la que produjo la derogación de la convertibilidad⁸⁹, por la ya mencionada ley de delegación 25.561.

⁸⁷ Ley 25.466 (B.O. 25-9-2001). El art. 1 de esta ley declaró la intangibilidad de los depósitos en pesos o moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, captados por las entidades financieras autorizadas a operar por el Banco Central de la República Argentina.

⁸⁸ En los considerandos del Decreto 1570/01 se sostuvo «que para evitar la disminución de los depósitos totales del sistema financiero, no es jurídicamente posible ni económicamente conveniente afectar la intangibilidad de los activos bancarios por parte de sus titulares. Que, sin embargo, en situaciones como la presente puede restringirse por un breve período su uso y goce», limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior, que de ningún modo afecten el funcionamiento de la economía (énfasis agregado). He analizado la cuestión y el contexto político institucional en el que se dictaron las medidas en MARÍA ANGÉLICA GELLI, «El caso "Smith" (o la razonabilidad cuestionada)», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2002-B, 790.

⁸⁹ La convertibilidad de la moneda nacional a dólares estadounidenses fue establecida por

Esas disposiciones financieras dictadas por sendas administraciones⁹⁰ causaron conmoción y perplejidad social. A las incógnitas acerca de qué se haría en definitiva con los depósitos y ahorros del público —a los que se sumaron las cuentas de salarios— todos apresados en el denominado *corralito* bancario, se agregaron los desajustes del sistema de bancarización compulsiva y retroactiva, incapaz de satisfacer inmediatamente la demanda inusitada de los nuevos clientes, y los efectos económicos sobre una ancha franja de la población cuyos ingresos informales dependían de los gastos de los bancarizados⁹¹.

Las protestas públicas de una sociedad abrumada tomaron formas violentas y produjeron cuestionamiento sin matices a la clase política, que no atinaba a brindar soluciones de largo plazo⁹².

En esa circunstancia, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso *Smith*, declaró la irrazonabilidad del decreto 1570/01, enlazado en sus efectos a las demás medidas dictadas por el Estado: la ley de derogación de la convertibilidad, la *pesificación* implícita, compulsiva y retroactiva y los alcances de estas disposiciones y sus decretos reglamentario 71/02⁹³.

Aunque de todos modos, y en principio, las disposiciones del decreto 1570/01 no resultaban tan gravosas como las que luego se dictaron⁹⁴, la

la Ley 23.928. Mucho se ha discutido en la República Argentina sobre la conveniencia o defectos de la convertibilidad monetaria sistema que, conviene aclararlo, podría mantenerse aún devaluando. Los devaluadores, en cambio, criticaban la convertibilidad para enmascarar la intención de devaluar. Lo que parece claro es que el sistema de convertibilidad es incompatible con el déficit fiscal. Conf. JUAN CARLOS DE PABLO en conversación con JUAN LLACH, *Momento Económico*, Canal de T.V. C.V.N. Buenos Aires, 11 de febrero de 2002.

⁹⁰ Presidencias de Fernando de la Rúa y Eduardo Duhalde.

⁹¹ Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, «El caso “Smith” (o la razonabilidad cuestionada)», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2002-B, 790.

⁹² Con todo, debo señalar las dudas que me suscitó la génesis de la protesta callejera —los conocidos cacerolazos, por el batir de utensilios de cocina que portaban los manifestantes— dio marco a la renuncia de dos presidentes —de la Rúa y Rodríguez Saá— y se prolongó en asambleas populares, toma de edificios y saqueos a supermercados y negocios, porque esas acciones se interrumpían durante los días no laborables. Ello, desde luego, sin desconocer la pobreza y el desempleo extendidos por doquier.

⁹³ Conf. 7 y 14 del voto de la mayoría en *Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/solicitud intervención urgente en; Smith, Carlos A. c/ P.E.N. s/sumarísimo*, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2002-A,770.

⁹⁴ En efecto, como bien indica Pérez Hualde, las disposiciones del decreto 1570/01 fueron menos limitativas para los derechos patrimoniales —en punto al modo y tiempo de disponibilidad de los depósitos— que el *Plan Bonex*, establecido por el decreto 36/90, o para la defensa en juicio, garantía que sí afectó el posterior decreto 214/01. Conf. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, «“Smith”, o el final del “sistema” de la emergencia», *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Especial, Buenos Aires, marzo de 2002. El autor señala aquella diferencia a fin de mostrar que al momento en que la Corte Suprema sentenció *Smith*, la situación del ahorrista era mejor que la del accionante en «*Peralta*». Sin embargo —me parece— a la hora de decidirse *Smith*, la ley de derogación de la convertibilidad, la *pesificación* que implicaba y el decreto 71/02, habían empeorado las perspectivas contractuales del amparista.

sentencia, en el caso *Smith*, puso de relieve el grado de emergencia jurídica que padecía el país. El Tribunal observó el costado de irrazonabilidad que mostró la profusión de normas sobre el tema, dictadas en un breve período, las que, «en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre»⁹⁵.

En efecto, y más allá de los dispares juicios que ha suscitado el caso *Smith*⁹⁶, lo cierto es que el desborde jurídico fue responsabilidad primaria de los poderes políticos. Veamos la inconsistencia normativa de la que hicieron gala.

En primer lugar, el Congreso de la Nación sancionó la ley de intangibilidad de los depósitos bancarios⁹⁷. Poco después, ante el dictado del Decreto 1570/01, sancionado en ejercicio de atribuciones conferidas por el art. 99, inc. 1, 2 y 3 —es decir, el Poder Ejecutivo entendió estar dictando un reglamento autónomo, un reglamento de ejecución y un decreto de necesidad y urgencia— el Poder Legislativo dictó la ley 25.557⁹⁸ por la que modificó aquel decreto 1570/01 (art. 1.º); derogó los incisos a) y b) del

⁹⁵ Conf. consid. 9 del voto de la mayoría en *Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/solicita intervención urgente en; Smith, Carlos A. c/ P.E.N. s/sumarísimo*, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2002-A. 770. Énfasis agregado.

⁹⁶ Pérez Hualde ha dicho que la sentencia constituyó el fin del sistema jurídico de la emergencia. Conf. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, *ob. cit.* Desde otra perspectiva, se ha afirmado que el fallo «*Smith*» es inexistente pues los jueces que no votaron en el caso, no justificaron tal circunstancia incumpliendo, así, expresas disposiciones reglamentarias y un precedente de la misma Corte Suprema que exigía tal recaudo. Ver ARÍSTIDES HORACIO CORTI y RUBÉN AMÍLCAR CALVO, «La nada jurídica de la Corte Suprema en el caso “*Smith*” sobre el “corralito”, el derecho de propiedad y la responsabilidad de los bancos», *Revista Jurídica La Ley*, Columna de Opinión, Buenos Aires, 18 de marzo de 2002. Ahora bien, la eventual infracción ¿es de tal entidad como para declarar la inexistencia del fallo, ya dictado con una sobrada mayoría? ¿Es éste el único caso en que sucedió tal cosa? Como lo señala la disidencia del ministro Petracchi en el precedente de *Fallos* 312:139, citado por los autores para avalar su tesis, considerar que una sentencia de Cámara, firmada por dos de sus integrantes sin constancia expresa de las razones por las que no la suscribió el tercero, implicaría un excesivo rigorismo formal y constituiría una inaceptable contradicción, pues aparecería (la Corte Suprema) predicando pautas hermenéuticas para los tribunales inferiores y soslayando su aplicación, cuando se trata de sus propios fallos. A confesión de parte, relevo de prueba, el mismo juez Petracchi —que no suscribió *Smith*— nos anoticia acerca de la práctica que emplea el Tribunal de no aclarar por qué no firman los ministros que no lo hacen. Circunstancia que también se dio en el precedente al que aluden Corti y Calvo, pues aquella sentencia fue firmada sólo por cuatro ministros, sin que conste nada, respecto del no firmante.

De todos modos y dado que las controversias hay que resolverlas ¿qué impediría dictar otra sentencia —se supone siguiendo la misma doctrina— con el voto de todos los ministros o con la justificación de quienes no lo hicieron? ¿o se está pensando en una recusación de quienes ya votaron, y en una integración de la Corte Suprema con conjueces?

⁹⁷ Ley 25.466. Publicada en el *B.O.* el 25 de septiembre de 2001.

⁹⁸ *B.O.* 7-1-2002.

art. 1.º del Decreto 1606/01 y, al mismo tiempo, declaró que la Ley 25.557 no implica(ba) ratificación ni expresa ni tácita de los Decretos 1570/01 y 1606/01⁹⁹. Entonces, si no las ratificaba ¿el Poder Legislativo estaba incorporando un texto a un decreto inexistente? ¿Las disposiciones que no se derogaban, pero tampoco se ratificaban, en qué categoría normativa ingresaban?

Y como si esto fuera poco, para contribuir a la confusión general, el Congreso sancionó, diecisiete días más tarde, la Ley 25.561 de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria; delegando en el Poder Ejecutivo las facultades comprendidas en esa ley; derogando la convertibilidad (art. 3.º) y suspendiendo la aplicación de la Ley 25.557 por el término de 90 días (art. 16)¹⁰⁰.

¿Y con este modo de legislar, todavía extraña que la Corte Suprema haya declarado irrazonable el *corralito* bancario, alegando que el desbordamiento normativo generó un inédito y prolongado estado de incertidumbre?

A la sentencia del Tribunal en el caso *Smith*, el Poder Ejecutivo respondió con el dictado del Decreto de necesidad y urgencia 214/02, mediante el cual reglamentó la *pesificación* —incluyendo en ella a los depósitos en el sistema financiero— y suspendió la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demandara o accionara en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectadas por las disposiciones contenidas en el Decreto 1570/01 —el no ratificado ni expresa ni tácitamente por el Congreso— (art. 12)¹⁰¹.

Si la crisis que se abatió sobre la República Argentina a finales de 2001 no fuese, sin duda, gravísima, diría que a comienzos de 2002 se había perdido la cordura jurídica en el país. En efecto, la profusión de normas, la ambigüedad de las disposiciones, la modificación incesante de ellas, las contradicciones —a veces producidas por no querer pagar los costos políticos de la sanción de preceptos necesarios— produjeron un desquicio normativo de tal envergadura que afectaron el debido proceso adjetivo, la razonabilidad en las decisiones y sumieron al país en la inseguridad y la desconfianza.

⁹⁹ Énfasis agregado.

¹⁰⁰ Énfasis agregado.

¹⁰¹ B.O. (Número Extraordinario) 4-2-2002. Aunque el art. 12 del decreto 214/02 suspendió la tramitación pero no la iniciación de acciones y a pesar de la modificación introducida por el decreto 320/02 en el sentido de suspender la ejecución de las medidas cautelares y de las sentencias de amparo, no dejaron por ello de afectar severamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Ver SUSANA CAYUSO, «Acción de amparo e inconstitucionalidad de los decretos 214 y 320/2002», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 22 de febrero de 2002.

Así, no parece haber dudas acerca de que el sistema jurídico argentino requería en los primeros meses de 2002 ordenamiento y razonabilidad. El proceso de recuperación de esos valores del Derecho no puede sino ser largo. Exige, además de idoneidad técnica, domeñar los intereses económicos, hoy muy diversificados y demandantes. La pérdida del crédito con que financiar el gasto público excesivo ha incrementado la puja distribucionista y ello se refleja en las presiones que se ejercen sobre el poder formal.

Como es sabido, las fuentes del Derecho constituyen un problema jurídico —determinar cuáles son y qué jerarquía tienen en el sistema de que se trate— y, a su vez, un problema político y social: establecer quiénes —qué intereses, qué grupos de poder— están detrás del legislador formal, impulsando la dirección que toman las reglas para la solución de controversias¹⁰². En ocasiones, la indecisión de los gobernantes, más que dudas acerca de cuáles son las mejores soluciones que contemplan el bienestar general, revelan las presiones contrarias y sucesivas que se ejercen sobre el poder.

De ello se sigue la necesidad de un Estado fuerte —no de un Estado intervencionista— y de una clase política honesta, confiable, controlada y responsable¹⁰³. La importancia de ese requerimiento surge evidente con sólo examinar el papel de árbitro que el Estado está por fuerza llamado a desempeñar, a fin de asegurar equidad en la distribución de los costos de la emergencia.

7. CONTROL DE RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: SUS CRITERIOS Y APLICACIONES

Del artículo 28 de la Constitución Nacional se desprende el principio de razonabilidad, el que impide a la reglamentación de los derechos, emanada de disposiciones legales o de actos administrativos, alterar la esencia del derecho, limitarlo de modo tal, que acabe por aniquilarlo.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado varios criterios para evaluar cuan razonables resultan las normas jurídicas, generales o particulares, incluyendo, en éstas, a las sentencias judiciales.

El nivel mínimo y clásico de control de razonabilidad evalúa la relación entre los fines de las disposiciones y los medios elegidos para alcanzarlos. En otras palabras, las medidas deben ser idóneas —o al menos, potencialmente adecuadas— en relación a los propósitos tenidos en mira

¹⁰² Un estudio de esta diferenciación puede verse en LUIS DíEZ PICAZO, *ob. cit.*, pp. 118 y ss.

¹⁰³ Lo he escrito algunas veces. Responsable en su doble acepción, es decir, que responda de sus actos, penal, política o civilmente. Y que dé respuestas adecuadas e idóneas.

para resolver los efectos más nocivos de las emergencias. El problema con esta pauta, es que se acerca bastante al análisis de los efectos de la norma —su eficacia—, examen que la Corte Suprema sostuvo no compete a los tribunales de justicia¹⁰⁴. Como se advierte, este criterio puede tomar un sesgo restrictivo —si examina la relación potencial— o intenso, si mide resultados. Por ejemplo, cabría señalar que las emergencias habitacionales declaradas por el Congreso argentino —al prolongarse en el tiempo— restringieren irrazonablemente derechos propietarios y, pese a ello —o tal vez a causa de ello— acabaron con la oferta de inmuebles para locación de casas y comercios.

Un control más avanzando, evalúa la proporcionalidad de la medida mensurando si la restricción, aunque adecuada para lograr el objetivo perseguido por las normas jurídicas, se excede en cuanto a la limitación del derecho afectado. Esta pauta ha sido aplicada por la Corte Suprema en muchos precedentes, tal como en el caso *Smith*. El criterio exige un análisis pormenorizado de los hechos y el alcance de la norma, bajo las circunstancias del caso. Por ejemplo, si para detener una corrida bancaria se requiere escalar los vencimientos de los créditos ¿por qué cambiar los términos de las otras obligaciones contractuales? Y si por el estado del sistema financiero o de los deudores, se hace necesaria una rebaja de los intereses, ¿cómo justificar bajo el *standard* de proporcionalidad, la licuación del capital en perjuicio de los acreedores?

A través del análisis de los costos y beneficios que produce la norma para los derechos personales y para el interés público en general, el control se acerca al de conveniencia u oportunidad de las medidas de limitación de derechos, criterio que, en principio, también desestima la Corte Suprema argentina, a fin de no interferir con las atribuciones propias de los otros poderes del Estado. No obstante, el Tribunal —asumiendo una postura paternalista que hubiera disgustado a Carlos Nino—¹⁰⁵ se preguntó en *Peralta*, «¿qué beneficio hubieran obtenido a la postre los actores —afectados por el *Plan Bonex*, de conversión de sus depósitos bancarios en bonos de la deuda pública del Estado— llevándose su dinero hacia la vorágine del proceso inflacionario? ¿En qué situación estarían hoy? ¿En qué situación concluirían por estar cuando efectivicen sus créditos?»¹⁰⁶

¹⁰⁴ Conf. *Inchauspe hnos. c/Junta Nacional de Cranes. Fallos* 199:483 (1944).

¹⁰⁵ Nino al fundamentar las razones constitucionales para interferir en las acciones de las personas, desestimó el de la protección de ellas mismas por considerar el criterio paternalista e incompatible con la democracia. Conf. CARLOS SANTIAGO NINO, «¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las “acciones privadas de los hombres”?», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1979-D-743.

¹⁰⁶ Conf. cons. 54 de *Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo*. CS (1990), *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1991-C-158.

Esa línea argumentativa fue empleada en la República Argentina por quienes a lo largo de todo el año 2002 —defendiendo las medidas restrictivas sobre la disposición y valor económico de los depósitos bancarios— agitaron dos tipos de fantasmas. En primer lugar, el de la quiebra de los bancos, eventualmente obligados a devolver los depósitos a los ahorristas y, en ese caso, la satisfacción de los créditos de —sólo— quienes llegasen primero a percibir el dinero, olvidando que, en la hipótesis, los que cobran deberán reintegrar lo percibido a la masa de acreedores. Por otro lado, a fin de desalentar a quienes eligieron la vía del reclamo judicial, se los alertaba acerca de la eventual condena en costas en caso de rechazo de la demanda, silenciando que en el precedente *Peralta* —tantas veces invocado por los defensores del *corralito*— la Corte Suprema decidió imponer, en todas las instancias, las costas por su orden, «atento a que el actor pudo considerarse con derecho a litigar»¹⁰⁷.

Otras pautas de control de razonabilidad consideran el interés estatal urgente en resolver la necesidad pública, por ejemplo, para la protección de otros derechos o en casos de extrema emergencia. En este caso, el Estado es quien tiene que invocar y justificar aquel interés estatal urgente que no puede satisfacerse con una medida menos intrusiva.

En fin, también es posible indagar la razonabilidad de las restricciones según el tipo de los derechos o garantías involucrados. Este *standard* supone la admisión de una jerarquía entre los derechos. En general los derechos de propiedad —salvo en materia alimentaria— suelen admitir una restricción mayor, claro que sin llegar hasta su aniquilación. Esa pauta establece categorías de derechos, a los fines de su restricción, tal como las usadas en la normativa que dispuso excepciones para los atrapados por la reprogramación de depósitos bancarios, en razón de salud o edad. Desde luego, también podrá examinarse la selección del criterio de diferenciación elegido.

De su lado, cuando está en juego la igualdad, el escrutinio de los parámetros utilizados para crear categorías y diferenciarlas es más estricto, desde que esa garantía es fundamental en el sistema democrático¹⁰⁸.

Por cierto, todos los órganos de poder están obligados a respetar el principio de razonabilidad como constitutivo del Estado de Derecho, pero, sin duda, cuando la emergencia jurídica de la que se habló más arriba es notoria y genera una multiplicidad de litigios, cabe al poder judicial la delicada tarea de equilibrar los costos y las cargas. La vigencia de la teoría de la imprevisión, del enriquecimiento sin causa, de la justicia con-

¹⁰⁷ Conf. cons. 54 de *Peralta*, *Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo*. CS (1990), *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1991-C-158.

¹⁰⁸ Conf. MARÍA ANGÉLICA GELLI, «El caso “Smith” (o la razonabilidad cuestionada)», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2002-B-790.

mutativa, del derecho propietario emanado de los contratos, de clara raíz constitucional los tres últimos, proveen a los magistrados judiciales herramientas para resolver los conflictos que el desorden y la irrazonabilidad normativa ha generado, proveyendo justicia en los casos concretos.

Y ello así pues «el llamado Estado de Derecho no se agota en la existencia de normas justas, sino que esencialmente requiere la vigencia real y segura del derecho... El realismo jurídico, es la creación del Derecho como acción, como conducta, como comportamiento. Cuando la Corte Suprema recalca lo que se debe hacer en el operativo complejo que es administrar justicia, y delinea la tarea y el objetivo de los jueces, está segura que el Derecho no es un complejo normológico, sino una realidad. Realidad de acciones y de conductas humanas»¹⁰⁹.

Ahora bien, a comienzos de 2003 la Corte Suprema argentina dictó una sentencia —*Provincia de San Luis c/Estado Nacional*¹¹⁰— que constituyó, a mi modo de ver, un punto de inflexión en el control de las medidas restrictivas de derechos, dictadas en razón de emergencias económicas.

8. HACIA EL CONTROL ESTRICTO DE LAS FUENTES NORMATIVAS EN LAS EMERGENCIAS Y DE LA RAZONABILIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS. EL CASO DE LA REDOLARIZACIÓN DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

Después de decidido el caso *Smith*, ya comentado, la Corte Suprema anticipó en el caso *Tobar*¹¹¹ que estaba dispuesta a ejercer un control más estricto sobre la normativa de emergencia. En este precedente, que a mi modo de ver constituyó también una aplicación del control de irrazonabilidad sobreviviente, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la disminución de los salarios y jubilaciones en la Administración Pública, porcentual de rebaja que había quedado en manos del órgano de aplicación.

Sin embargo, el cambio de doctrina judicial hacia un control más estricto de las medidas de emergencia —adelantado en aquellos dos precedentes— fue significativamente mayor en el caso *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*.

Desde el punto de vista de la decisión sustantiva y de sus efectos institucionales existe continuidad entre los fallos dictados en *Smith* y en *Pro-*

¹⁰⁹ Conf. voto del juez Soderro Nievas en *M., H. y otra*. ST Río Negro, 3 de marzo de 2002.

¹¹⁰ *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S., 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

¹¹¹ *Tobar Leónidas c/Contaduría General del Ejército*. C.S. T. 345.XXXVIII (2002), *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 27 de agosto de 2002.

vincia de San Luis c/Estado Nacional. Ambas sentencias afectaron decisiones centrales de la política económica diseñada por el Congreso y el Poder Ejecutivo a fin de resolver la crisis financiera que hizo eclosión a fines de 2001 en la República Argentina. No obstante, en el primero de los fallos se discutía la indisponibilidad —para sus dueños— de los dineros depositados en el sistema bancario. De su lado, la Corte Suprema examinó las disposiciones que así lo habían dispuesto desde el prisma de la razonabilidad o, mejor dicho, de su notoria irrazonabilidad por falta de proporcionalidad entre el fin perseguido por el Estado y las medidas limitativas de la propiedad, y ello sin desconocer la existencia de la grave crisis desatada en el país.

En cambio, la controversia en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional* versaba acerca del mantenimiento de la *pesificación* de los depósitos bancarios, dispuesta por el decreto 214/02, del Poder Ejecutivo¹¹² en consecuencia de la derogación de la ley de convertibilidad, o de la *redolarización* de esos depósitos, tal como peticionaba la actora alegando la defensa de su derecho contractual y de propiedad.

Debe decirse que desde la emisión del decreto 214/02 el poder político sancionó varias normas ofreciendo diferentes alternativas a los ahorristas, a fin de morigerar la alteración de sus derechos por las disposiciones de emergencia. Algunos aceptaron las propuestas.

A diferencia del examen de constitucionalidad que efectuó la Corte Suprema en el caso *Smith*, donde prevaleció la evaluación de la razonabilidad o irrazonabilidad de la normativa dictada —en especial, el decreto 1570/01— y sólo tangencialmente se aludió a las reglamentaciones que excedieron el marco de delegación, en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional* la cuestión referida al incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo de las reglas del debido proceso adjetivo, constituyó el *holding* del fallo, es decir, lo que sostuvo la decisión.

Así, en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*, la Corte Suprema afirmó que el mentado decreto 214/02 excedió la delegación efectuada por el Congreso en el Poder Ejecutivo mediante la ley 25.561, y descalificó ese mismo decreto, en tanto eventual expresión de la atribución del presidente de emitir decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3.º de la Constitución Nacional).

Sobre el punto, la sentencia y la concurrencia del juez Nazareno, tocaron la cuestión de las fuentes materiales de la normativa de emergencia, emanada del Poder Ejecutivo y, a mi modo de ver, jerarquizando esas fuentes.

El tratamiento de la cuestión, en ambos votos, no deja de ser paradójal. El problema está referido a una práctica tan habitual como nociva, en vir-

¹¹² Decreto 214/02 (B.O.).

tud de la cual, el presidente de la Nación suele invocar, en la misma norma que dicta, diversas atribuciones de emergencia, las de dictar decretos delegados y decretos de necesidad y urgencia. La paradoja se suscita pues aunque el decreto 1570/01 —que inauguró el *corralito* bancario— hizo gala de aquella práctica¹¹³, la Corte Suprema en *Smith* no se refirió a ello. Por el contrario, el decreto 214/02 fue dictado en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, a pesar de que en los vistos se hizo una referencia expresa a la ley 25.561, de emergencia pública y delegación. En este caso, el Tribunal examinó pormenorizadamente la cuestión de las fuentes y sostuvo la inconstitucionalidad del decreto 214/0, por exceso en el ejercicio de la facultad delegada.

Si se examina con cuidado del voto de la mayoría en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*, se advierte la primacía reconocida al empleo de los decretos delegados —bajo la existencia, por supuesto, de ley delegante— por sobre los decretos de necesidad y urgencia. En otras palabras, habiéndose sancionado por el Congreso Federal una ley de emergencia pública en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, queda cercenada la atribución del Presidente de la Nación, en orden al dictado de decretos de necesidad y urgencia. Salvo que el Poder Ejecutivo alegue y arguya en torno a la existencia de «una diferente configuración fáctica que lo autorice a ingresar en el marco constitucional» del art. 99, inc. 3.º. En esa circunstancia, y sólo en esa, si lo hace, el decreto de necesidad y urgencia sería formalmente legítimo y, por ende, constitucional¹¹⁴. En suma, la Corte Suprema eligió emplear un control estricto del ejercicio de la facultad delegada en el marco de la delegación.

Desde esa perspectiva, el Tribunal examinó los términos de la ley delegante 25.561 y de las bases de delegación en ella establecidas por el Congreso, en especial y para el caso, el art. 6.º de esa norma. Al mismo tiempo, la Corte efectuó una evaluación también ceñida del modo en que el Presidente de la Nación ejerció las facultades delegadas por medio del decreto 214/02, decreto que —conviene recordarlo— dictó con base en el art. 99, inc. 3.º de la Constitución Nacional. En consecuencia, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución no tolera que frente a una delegación con las limitaciones que ha efectuado el Congreso mediante la Ley 25.561, el Poder Ejecutivo ejerza facultades legislativas de naturaleza «genuinamente excepcional que únicamente han sido reconocidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Parlamento, pero no en forma concu-

¹¹³ En realidad, el decreto 1570/01, invocó las atribuciones conferidas al Presidente de la Nación por el art. 99, inc. 1.º, 2.º y 3.º, esto es, las de dictar decretos autónomos, decretos reglamentarios y decretos de necesidad y urgencia.

¹¹⁴ Ver consid. 28 al 31, en especial, consid. 30 del voto de la mayoría y consid. 28 de la concurrencia del juez Nazareno en «Provincia de San Luis c/Estado Nacional». C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

rente con él y jamás al punto de sustituir o modificar el contenido de la declaración efectuada por el Congreso de la Nación»¹¹⁵.

De ese cambio doctrinario surge la regla, el alcance y efectos jurídicos de la sentencia en *Provincia de San Luis /Estado Nacional*.

En efecto, según el Tribunal, la delegación efectuada por el Congreso en el Presidente de la Nación sólo autorizó la *pesificación* de las deudas con el sistema financiero, no las deudas *del* sistema financiero, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 6.º de la ley 25.561. De otro lado, esa ley mandó al Poder Ejecutivo, disponer las medidas necesarias a fin de preservar el capital perteneciente a los ahorristas, no a alterarlos o confiscarlos.

Dicho de otro modo, la decisión que favorece a la provincia de San Luis constituye un precedente aplicable a los ahorristas en moneda extranjera en las entidades financieras que hubieren demandado —o demanden, si correspondiere— a las entidades bancarias. A esos ahorristas, de acuerdo a la pauta creada por la Corte Suprema, debe respetárseles la propiedad, desestimando soluciones confiscatorias o expropiaciones ilegítimas¹¹⁶.

Sin embargo, la regla *redolarizadora* no sería aplicable a los ahorristas que hubieran aceptado la *pesificación* sin protesta o reserva alguna —mediante actos positivos— o hubieran consentido y aceptado expresamente alguna de las alternativas ofrecidas por la legislación de emergencia, dictada para aminorar sus efectos restrictivos sobre los derechos patrimoniales. En ese sentido, la Corte Suprema recurrió a la doctrina del voluntario sometimiento a un régimen jurídico —la doctrina de los propios actos— para acotar los lindes de la jurisprudencia que estaba dictando.

Como quiera que fuese, la sentencia enfatizó que los ahorristas no fueron responsables de las políticas económicas instrumentadas por los poderes políticos; que sus depósitos no fueron virtuales, sino reales; que los derechos contractuales tienen protección constitucional; que el Estado no debe defraudar la confianza legítima de los ciudadanos a no ser engañados por las autoridades¹¹⁷; que en las emergencias, es deber de todos el contri-

¹¹⁵ Conf. consid. 30 y 28 de aquellos esos votos, respectivamente, en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003 (énfasis agregado).

¹¹⁶ Conf. consid. 20 de la concurrencia del juez Vázquez en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003. El ministro enfatiza que el Poder Ejecutivo no debe expropiar, ni siquiera mediante decretos de necesidad y urgencia.

¹¹⁷ En mi interpretación de las consideraciones vertidas acerca de la ley 25.466 sobre intangibilidad de los depósitos bancarios. Conf. consid. 35 del voto de la mayoría en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

Sobre la confianza legítima ver el estudio que le dedica PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, «La confianza legítima», *El Derecho*, 177-895 y ss. Me referí a ese principio, con cita del autor, en MARÍA ANGÉLICA GELLI, «Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviviente y control

buir con un aporte parcial a la superación de la crisis¹¹⁸; que las emergencias no autorizan el dictado de medidas irrazonables.

En esa línea, en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional* se efectuó, además, un control de razonabilidad en términos de proporcionalidad entre los fines de la ley —para el caso, resolver el problema financiero y preservar el patrimonio de los ahorristas— y los medios elegidos por el decreto, esto es, la *pesificación* asimétrica y retroactiva de los depósitos bancarios. Al descalificar el instrumento elegido por el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema dejó a salvo la eventual razonabilidad de la reprogramación —moratoria, en suma— de las obligaciones del sistema financiero con los depositantes, de acuerdo a la evolución de la solvencia de las entidades bancarias¹¹⁹.

Desde luego, la reprogramación de los depósitos de los ahorristas, sujeta a eventuales plazos exige que estos sean razonables, considerados en sí mismos y en relación a la edad de los depositantes.

Por último, cabe señalar que de la sentencia de la Corte Suprema surge, en principio, que tampoco estarían alcanzados por los beneficios —o perjuicios— de la invalidación del Decreto delegado 214/02 los ahorristas fuera del sistema financiero, ni los acreedores y deudores de múltiples relaciones jurídicas. Estos conflictos han recibido una muy variada gama de soluciones en los tribunales de las instancias inferiores.

No obstante, si se afinan las pautas de control de razonabilidad a aplicar, en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional* existen pistas interpretativas para recurrir al esfuerzo compartido en las consecuencias del descalabro económico en el que se sumió a la República y también, entiendo, para acudir a la doctrina de los propios actos —en tanto especie del principio de la buena fe— a fin de medir las conductas de los litigantes antes y durante la emergencia, en la resolución de los conflictos concretos.

El fallo, en suma, efectúa la defensa del derecho de propiedad de los ahorristas contra políticas de incautación y expropiación sin indemnización, como medio de resolver crisis de distinto signo. Ello, sin desconocer que los depositantes en el sistema financiero, como todos en situaciones de emergencia, pueden ver razonablemente limitados sus derechos, por ejem-

de razonabilidad en el caso "Tobar", en DAFNE SOLEDAD AHE (coord.), *El Derecho administrativo de la emergencia, II*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002. pp. 145 y ss.

¹¹⁸ Conf. consid. 44 del voto de la mayoría en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

¹¹⁹ Conf. consid. 32 al 34 y 30 y 31 de los votos de la mayoría y de la concurrencia del juez Nazareno en *Provincia de San Luis c/Estado Nacional*. C.S. 5 de marzo de 2003, Suplemento Especial de la *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, abril de 2003.

plo, mediante reprogramaciones temporales para su pleno ejercicio y disposición.

Además, lucen en la sentencia afirmaciones de alto valor institucional para el futuro. En principio que los poderes Legislativo y Ejecutivo son responsables de las políticas económicas y financieras que instrumentan; que están obligados a idear soluciones razonables a las emergencias y a enmendar los desaciertos de sus propias decisiones; que el poder judicial no debe ni puede sustituirlos en esas competencias; que existe un deber de legislar con tino; en fin, que cabe al poder judicial un estricto control de proporcionalidad de las medidas restrictivas de los derechos constitucionales, aún bajo severas y profundas crisis.

Quizás la Corte Suprema argentina, por fin, esté señalando con esta sentencia dictada en marzo de 2003, lo que no deben hacer los poderes políticos en una República bajo el Estado de Derecho; que decisiones desafortunadas tienen costos, para quienes las toman y para quienes las impulsan, y ello sirva de control eficaz hacia el futuro.

