

## EL CASO “MASSA” Y EL REGRESO A LA JURISPRUDENCIA CONVALIDATORIA DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA

Antonio María HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caso*. III. *Los argumentos de la Corte*. IV. *Nuestra opinión*.

### I. INTRODUCCIÓN

Adelanto que efectuaré este comentario desde una perspectiva esencialmente institucional, con particular énfasis en la función de control de constitucionalidad que debe corresponder a nuestro Poder Judicial y a la Corte Suprema en particular en nuestro Estado de derecho, sobre las emergencias y sus institutos.

En consecuencia, no profundizaré otros aspectos del fallo, vinculados a los problemas de derecho civil y bancario o incluso a consideraciones interdisciplinarias económicas, que también están implicadas.

Pero es esta la oportunidad para recordar muy sintéticamente que con esta resolución, la corte intenta cerrar definitivamente gran parte de los reclamos iniciados por el denominado “corralito” financiero y bancario, que comenzara en su primera versión, hace más de cinco años, mediante el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1570/01 y que fuera luego agravado en sus efectos por la segunda versión, mediante el decreto 214/02.

La valoración constitucional de esta resolución de la Corte necesariamente requiere un análisis histórico y un marco teórico, que he efectuado anteriormente en mi libro “Las emergencias y el orden constitucional” y

\* Profesor titular de Derecho constitucional y profesor titular plenario de Derecho público provincial y municipal; director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

al cual me remito,<sup>1</sup> donde considero lo ocurrido entre aquel lejano 1o. de diciembre de 2001 en que se dictara el primero de los decretos citados y el 5 de marzo de 2003, cuando la Corte Suprema fallara el caso “Provincia de Luis”.

En esa etapa se produce bajo el punto del control de constitucionalidad del Poder Judicial, un cambio de la jurisprudencia sobre emergencia económica, que había sido en general convalidatoria de las mismas. En efecto, los fallos de los jueces y camaristas federales declararon la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia, lo que fue confirmado por nuestro más alto Tribunal en los casos “Smith” del 1o. de febrero de 2002 y luego en “Provincia de San Luis”, en la fecha antes referida.

Los acontecimientos posteriores indican que aunque los tribunales inferiores siguieron manteniendo ese criterio, la Corte Suprema con nueva integración comenzó a variar su posición, volviendo a su anterior jurisprudencia convalidatoria, a partir fundamentalmente de los casos “Cabrerá”, en 2004, luego “Bustos” también de dicho año y finalmente “Masa”, del 27 de diciembre de 2006. Para el análisis de esta última etapa histórica nos remitimos a la ajustada síntesis efectuada recientemente por Pablo Manili al comentar este mismo fallo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> En sus dos versiones: Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002 y *Las emergencias y el orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Rubinzal-Culzoni, 2003, edición ampliada, con el comentario del caso “Provincia de San Luis”. Al referirme a la inconstitucionalidad del “corralito financiero y bancario” analicé los siguientes aspectos: el decreto 1570, la reacción popular, los derechos individuales violados, la inconstitucionalidad de dichas medidas, la misión del Poder Judicial y el caso “Smith”, la Ley de Emergencia 25.561 y su inconstitucionalidad, el decreto 214 y su inconstitucionalidad, el decreto 320, la Ley 25.587 y su inconstitucionalidad, el decreto 905, el decreto 1316 y reflexiones finales. En cuanto al marco teórico que utilicé para este comentario, también me remito a este libro en su primera parte, donde me refiero a estos puntos: Concepto de emergencia; emergencia y estado de derecho; clasificación de la emergencia y sus institutos; breve análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país, —donde distingo entre los institutos previstos por la Constitución (intervención federal, estado de sitio, decretos de necesidad y urgencia y delegación legislativa), de los prohibidos (artículo 29) y de los no previstos (gobiernos *de facto*, ley marcial, estado de prevención y alarma, estado de asamblea, poder de policía de emergencia y caducidad de los mandatos, que también considero inconstitucionales)—; y finalmente, la decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional.

<sup>2</sup> “La propiedad privada es inviolable (artículo 17 de la Constitución Nacional)”, *Suplemento Especial del Diario La Ley*, Buenos Aires, 29 de diciembre de 2006, pp. 35 y ss., especialmente en el punto de antecedentes.

Tampoco ahora queremos dejar de reiterar en referencia al denominado “corralito” lo que antes sostuvimos: no se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídica sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas si no se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en 5 millones de ahorristas (lo que repercute en toda la sociedad argentina), 90% de los cuales tenían depósitos que no superaban los 50,000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad, o sea las más afectadas por las políticas vigentes, y en definitiva, por la decadencia argentina.<sup>3</sup>

Asimismo, también referimos que el “corralito” comprendía estos aspectos conexos: *a)* la confiscación de los depósitos de millones de ahorristas, *b)* la investigación de los hechos ilícitos cometidos en dicho proceso y *c)* la licuación del pasivo de los sectores económicamente más poderosos del país al producirse la pesificación por el mismo decreto 214.

Consideramos en consecuencia que esta emergencia económica fue la más grave que ha soportado el país y que la misma en modo alguno significó solamente la violación del derecho de propiedad, como en general se ha considerado y en especial por el fallo que analizaremos, sino de un amplísimo abanico de derechos y garantías individuales, además de las lesiones al sistema republicano y al Estado de derecho.<sup>4</sup>

## II. EL CASO

En este caso “Massa Juan Agustín vs. Poder Ejecutivo Nacional”, fallado el 27 de diciembre, los cinco jueces que votaron de nuestro más alto tribunal, ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Fayt y Argibay —aunque los dos últimos según sus respectivos votos—, resol-

<sup>3</sup> Véase mi libro *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, p. 89.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 89-92, donde analizamos los derechos individuales violados por la primera versión del corralito, agregando al derecho de propiedad los de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano. Dicha lista de derechos y garantías violados se hizo amplísima con la segunda versión del corralito o corralón, a través del decreto 214, y abarcó los antes mencionados hasta el derecho a la vida, —ya que decenas de ahorristas murieron como consecuencia directa de ello—; a la salud —puesto que ha sido incalculable la cantidad de lesionados psíquicamente por este proceso—, a acceder a la justicia, entre muchos otros. *Ibidem*, p. 112.

vieron admitir un recurso extraordinario y dejar sin efecto el fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había hecho lugar al amparo planteado por un ahorrista y que había condenado a los demandados a devolver el importe correspondiente a los dólares depositados en el Bank Boston, luego de declarar la inconstitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias.

No obstante ello, la Corte declaró

el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable— debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que —con relación a dicho depósito— hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares.<sup>5</sup>

Este aspecto constituye para nosotros la esencia del fallo: la declaración de constitucionalidad de las normas que implantaron el corralito, aunque sin perjuicio de ordenarse la devolución del dinero al ahorrista, en la forma estipulada. Y ello analizaremos según los criterios adelantados en la Introducción.

### III. LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE

El alto tribunal sostiene en el considerando 21 del voto mayoritario de los ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti, que la “compatibilidad entre la protección del patrimonio del ahorrista y la fijación del valor de la moneda”, ha sido lograda por la legislación de emergencia dictada, cuya constitucionalidad está fundada en los siguientes argumentos:

- a) El principio de la “soberanía monetaria”,<sup>6</sup> “ya que el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las di-

<sup>5</sup> Véase Fallo Massa (citado en el texto), *ibidem*, p. 49.

<sup>6</sup> El énfasis pertenece a la Corte, que además menciona los fallos 52:413, 431 y 149:187, 195 (*cfr.*, *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 2).

visas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (artículos 75, inciso 11, y 76)".<sup>7</sup>

- b) La coincidencia con el caso "Bustos", ya que textualmente se dice: "Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, coincidiendo, en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (*conf.* causa «Bustos», fallos 327:4495, *La Ley*, 2004, F, 713), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia".<sup>8</sup>
- c) Porque "una interpretación contraria a esta regla fundamental del funcionamiento económico, efectuada años después de establecida, traería secuelas institucionales gravísimas, lo cual sería contrario al canon interpretativo que obliga a ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales (fallos 312:156)".<sup>9</sup>
- d) Porque "de acuerdo con esta centenaria jurisprudencia y en las circunstancias actuales no se ocasiona lesión al derecho de propiedad".<sup>10</sup>

Debemos indicar que esta fundamentación no fue compartida por los otros dos ministros firmantes, Fayt y Argibay, que presentaron distintos votos.

En este sentido, el primero mencionado indicó que dicha normativa de emergencia no causaba en la actualidad lesión al derecho de propiedad del ahorrista y que tal conclusión no implicaba que por otra vía procesal distinta al amparo, pudieran reclamarse daños causados.<sup>11</sup> Además, dejó a salvo sus opiniones anteriores sobre las cuestiones debatidas.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Véase, considerando 21, *idem.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Cfr.* fallo citado, voto del ministro Carlos Fayt, considerando 20, *ibidem*, p. 51.

<sup>12</sup> A su vez, es conocida la opinión de este ministro en los casos precedentes "Smith", "Provincia de San Luis" y "Bustos", donde sostuvo con amplia fundamentación la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia. Esto explica el considerando 10 de los votos tanto de la mayoría como del doctor Fayt, que expresa: "Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran la Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes lo suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones for-

A su vez Argibay fundamentó extensamente la inconstitucionalidad del decreto 214 con argumentos contrarios a los antes referidos del voto mayoritario, pero resolvió aduciendo gravedad institucional, acompañar la parte resolutive del fallo en conjunto, “en tanto unánime en el resultado económico”, para poner fin a los reclamos pendientes de solución.<sup>13</sup>

Finalmente mencionamos en este punto, que el Ministro Lorenzetti que suscribiera el voto mayoritario, efectuó una ampliación de fundamentos, con una referencia al contenido constitucional de los contratos y del derecho de propiedad y a la interpretación amplia de las restricciones dispuestas al respecto por las emergencias económicas, efectuada por la jurisprudencia de la corte suprema a lo largo de su historia. Después de calificar de “tolerante” dicho control de constitucionalidad, aboga por una interpretación estable, sobre la base de que “no hay un sistema jurídico emergencial o de hecho extraño al que tiene como base la carta magna”.<sup>14</sup>

#### IV. NUESTRA OPINIÓN

##### 1. *Las emergencias en general y la decadencia de nuestro Estado de derecho*

El problema de las emergencias y su impacto en el estado de derecho es uno de los más graves y complejos a nivel mundial,<sup>15</sup> pero especialmente en nuestra América Latina y en nuestro país.

muladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas” (cfr. *Suplemento especial...*, pp. 48 y 50, respectivamente).

<sup>13</sup> Cfr. fallo citado, voto de la doctora Argibay, considerando 11, *ibidem*, p. 56.

<sup>14</sup> Cfr. fallo citado, ampliación de fundamentos del doctor Lorenzetti, considerandos 25 a 30, *Suplemento especial...*, *ibidem*, pp. 56-58.

<sup>15</sup> Véase el amplio y profundo informe núm. del relator especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”, de fecha 23 de junio de 1997, en el 49 periodo de sesiones de Naciones Unidas. En sus conclusiones y recomendaciones, Despouy expresa que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla. El relator especial nos ha adelantado el informe que presentará este año 2007, que en su capítulo III actualiza el antes citado. Por otra parte, es de próxima aparición el libro sobre *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, por parte de la Asociación

En el análisis que hemos efectuado al respecto en la historia institucional argentina<sup>16</sup> arribamos a las siguientes conclusiones:

- a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.
- b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.
- c) En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.
- d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.
- e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto y firme ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, lo que evidenció su falta de independencia y de cumplimiento de su rol como poder del Estado republicano.

Agregamos ahora que las emergencias han sido una de las causas principales de la anomía que padecemos, como otro de nuestros principales problema en relación a la Constitución y a la ley.<sup>17</sup>

Argentina y la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, con base en la mesa redonda internacional, realizada en Córdoba en 2005, con importantes trabajos que incluyen el análisis de la problemática en varios países de distintos continentes y con particular actualidad, ya que se analiza la reciente jurisprudencia de los más altos tribunales judiciales de Estados Unidos, Israel y el Reino Unido, sobre la lucha contra el terrorismo.

<sup>16</sup> En nuestra obra sobre *Las emergencias...*, cit., nota 1, en el punto titulado “Breve análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país”, donde recordamos los usos y abusos cometidos con cada uno de dichos institutos.

<sup>17</sup> Véase Hernández, Antonio María et al., *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, UNAM, 2005, con base en un proyecto conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional —que en esos momentos presidía— y de Idea Internacional. En la primera de las diez propuestas que efectuamos para superar este grave problema, señalamos que se debía terminar con la legislación de

## 2. *El regreso a la jurisprudencia convalidatoria en materia de emergencias económicas*

Las emergencias económicas dieron origen a su instituto de emergencia respectivo: el poder de policía de “emergencia”, que no ha tenido consagración constitucional, pero que fue admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera específica en el caso “Avico” de 1934, aunque ya tuvo un precedente en el caso “Ercolano” de 1922, cuando se admitió el criterio amplio del poder de policía, que incluía como finalidad el bienestar general.

A partir de allí, o sea hace ya más de 80 años, se fueron produciendo lesiones cada vez más graves de los derechos y garantías individuales, tal como lo ha referido calificada doctrina y hasta el mismo ministro Lorenzetti en el considerando 27 de su ampliación de fundamentos.<sup>18</sup>

En cuanto a la jurisprudencia de la corte suprema sobre el particular, se puede advertir que fue fundamentalmente convalidatoria de las medidas dictadas por el poder político de turno, lo que profundizó las lesiones cometidas al sistema republicano y al orden constitucional por parte también de los otros poderes, como lo muestra el análisis que sigue:<sup>19</sup>

En “Ercolano c. Lanteri de Renshaw, de 1922”, la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 11.157 de 1921 que había congelado los precios de los alquileres, al señalar que “el derecho de propiedad no es absoluto y existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad.

En “Avico c. De la Pesa”, fallado en 1934, la Corte declaró la constitucionalidad de la Ley 11.741 que había prorrogado por tres años las obligaciones hipotecarias y reducido sus intereses al 6%. Allí el alto tribunal expresó que “la gravedad y extensión de la crisis económica justifica

emergencia y las prácticas abusivas de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada (*ibidem*, p. 105). Debemos recordar que todavía seguimos con la vigencia de esta legislación de emergencia, pues el Congreso anualmente fue prorrogando la vigencia de la Ley 25.561.

<sup>18</sup> *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 2, p. 57.

<sup>19</sup> Remitimos a *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en el punto “El poder de policía de emergencia”, para mayor abundamiento, haciendo presente que allí están las citas doctrinarias y jurisprudenciales que hemos omitido aquí por razones de brevedad.



ampliamente la ley impugnada; todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales”. Se reiteraron los fundamentos del anterior caso “Ercolano”, que admitían un amplio ejercicio del poder de policía, en base a la jurisprudencia norteamericana, pero es especialmente en este fallo que se consolida la doctrina de la Corte que admite la intervención del Estado en la economía con motivo de la emergencia económica y social. Bien destaca Lazzarini que en este caso, el procurador general doctor Horacio Rodríguez Larreta, siguiendo el standard de la Corte norteamericana, enumeró las condiciones para la intervención en la emergencia: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron posible la moratoria.

En “Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”, fallado en 1944, la Corte sostuvo la constitucionalidad de una disposición de la Ley 11.747 por la que se establecía una contribución obligatoria del uno y medio por ciento del precio de venta del ganado, quedando automáticamente los productores convertidos en accionistas de la Corporación Argentina de Productores de Carne, cuyo objetivo era competir con los frigoríficos extranjeros en el monopolio del negocio de la carne. Aquí la Corte reiteró argumentos anteriores en el sentido que sólo al Congreso compete la elección de los medios empleados y al Tribunal decidir sobre su razonabilidad y que en este caso la restricción a los derechos de propiedad y de asociación se encontró justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y que fue proporcionada a los fines que se procuró alcanzar.

En “Vicente Martini e hijos”, resuelto en 1944, el alto tribunal avaló la constitucionalidad de la ley 12.591 de precios máximos, al sostener que las situaciones de emergencia autorizan el ejercicio del poder de policía en forma más enérgica.

En “Russo c. Delledonne”, fallado en 1959, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 14.442, prorrogado por las leyes 14.556 y 14.775, que paralizaba los juicios de desalojo y los lanzamientos. Ese mismo día también fue resuelto el caso “Nadur” y de ambos surge la

doctrina judicial que establece los cuatro requisitos en materia de emergencia, y que había sido anticipada como vimos por el procurador Rodríguez Larreta: *a)* situación de emergencia reconocida por el Congreso. *b)* persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país. *c)* transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales. *d)* razonabilidad del medio empleado por el legislador, “o sea adecuación de ese medio al fin público perseguido...y respeto del límite infranqueable trazado por el artículo 28 en orden a las garantías constitucionales”.

En “Cine Callao”, juzgado en 1960, el más alto tribunal admitió la constitucionalidad de la Ley 14.226 que obligaba la inclusión de espectáculos de variedades “en vivo” en los cines en oportunidad de las funciones cinematográficas, para paliar la desocupación de los artistas respectivos. Aquí la Corte llegó a sostener lo siguiente: “...el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes supone, naturalmente, la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, correspondiendo al impugnante evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la ley 14.226 en su relación con las modalidades del caso, deber procesal que no cumplió, corresponde declarar que el artículo 1o. de aquella no es violatorio de los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional”.

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

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

tado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución”.

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

Para nosotros resulta indudable, que este caso “Massa” —con sus precedentes inmediatos “Bustos” y antes “Cabrera”— se inscribe en esa misma línea jurisprudencial antes descrita, ya que convalida la legislación dictada durante la emergencia al declarar su constitucionalidad, como se expresa en el voto mayoritario.

Los argumentos de dicho voto y especialmente el que hace referencia directa al caso “Bustos” comprueban nuestro aserto.

Se trata en definitiva, de cerrar esta emergencia con el mismo criterio de las anteriores, lo que reputamos disvalioso desde nuestra perspectiva institucional y constitucional vinculada a la vigencia plena del Estado de derecho.

### *3. Los argumentos del voto mayoritario*

No compartimos dicha fundamentación por las siguientes razones que exponemos muy sintéticamente:

- a) No nos parece razonable ni adecuado desde una correcta interpretación de la Constitución el sostener que el principio de “soberanía monetaria” sea fundamento para posibilitar las lesiones producidas por el corralito. En primer lugar, porque ya hemos explicado que dichos daños en modo alguno se limitaron al derecho de propiedad, sino que afectaron una amplia cantidad de derechos y garantías,

además de lo vinculado con el funcionamiento pleno del Estado de derecho, el sistema republicano y la seguridad jurídica en general. En segundo lugar, porque incluso bajo el punto de vista económico y del derecho de propiedad, tampoco se puede admitir el daño infringido a los ahorristas del país, como ocurriera efectiva y palmaria-mente, como más adelante referiremos. En tercer lugar, por los argumentos de la doctora Argibay, en su voto de este caso, al desestimar la utilización del caso “Perry” de la Corte norteamericana como intento de justificación de la constitucionalidad del Decreto 214/02.<sup>20</sup>

- b) En cuanto al argumento vinculado al precedente “Bustos”, tampoco lo compartimos porque: en primer lugar, representa la continuidad de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte antes analizada, que produjo una notoria decadencia del estado de derecho y del orden constitucional;<sup>21</sup> en segundo lugar, porque declaró la constitucionalidad del corralito, cuya inconstitucionalidad ha sido ampliamente fundamentada por calificada doctrina y por los casos “Smith” y “Provincia de San Luis” de la Corte Suprema, que a su vez ratificaron la jurisprudencia de los jueces federales inferiores, ante la violación de varios artículos de Constitución nacional y de tratados internacionales de derechos humanos;<sup>22</sup> en tercer lugar, por los argumentos expuestos en particular por el ministro Fayt en los fallos antes citados,<sup>23</sup> además de “Bustos”; en cuarto lugar, por la sólida argumentación de la ministro Argibay sobre la inconstitucionalidad del Decreto 214<sup>24</sup> y en quinto lugar, por la magnitud de críticas formuladas por la doctrina al caso “Bustos”.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Considerando 9 del voto de la doctora Argibay, *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 2, p. 56.

<sup>21</sup> *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en sus dos ediciones, en su primera parte donde se analizan las emergencias en general.

<sup>22</sup> *Ibidem*, en la segunda parte donde se analiza la inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario, con amplio análisis de doctrina y jurisprudencia. También allí expreso fundadamente mi opinión contraria a la constitucional del “corralito”.

<sup>23</sup> *Ibidem*, en su 2a. ed., donde se incorpora además mi comentario sobre el caso “Provincia de San Luis”, donde analizo especialmente la argumentación del doctor Fayt.

<sup>24</sup> Considerandos 2 al 10 del Voto de la Doctora Argibay, en el *Suplemento Especial...*, *cit.*, nota 2, pp. 52-56.

<sup>25</sup> Ha sido prácticamente unánime la crítica formulada por la doctrina al fallo “Bustos” y de tal intensidad, que hasta se ha puesto en cuestión si se alcanzó la mayoría de

- c) Con respecto al argumento utilizado en relación a las secuelas gravísimas que podrían ocasionarse con un criterio jurisprudencial que no fuera convalidatorio de esta emergencia, estimamos también que no presenta una entidad suficiente para fundamentar la constitucionalidad del corralito. En primer lugar, porque esto tiene directa relación con el tiempo que transcurre entre la vigencia del instituto de emergencia y su respuesta judicial y en el caso concreto, resulta evidente que la actual integración de la Corte falló cinco años después, cuando los hechos ya se habían consumado.<sup>26</sup> En segundo lugar y en relación a lo anterior, porque no podemos dejar de recordar como principio general en la materia, que la justicia que no es oportuna no es justicia —como lo repetía Germán Bidart Campos— y mucho más, cuando se trataba de muy graves violaciones de derechos humanos, que originaron la presentación de más de 300.000 amparos.
- d) Finalmente, tampoco encontramos consistencia para el argumento esgrimido de que dicha legislación del corralito no produce “ahora” daños al derecho de propiedad. Tal como señalamos anteriormente, para nosotros en modo alguno los daños producidos por el corralito se reducen al derecho de propiedad y a una cuestión económica. Pero aún desde esta limitada perspectiva, estimamos que los daños no se pueden justipreciar en el valor actual del dólar en el mercado libre. A ello resta añadir los intereses producidos en todo el tiempo en que el dinero estuvo en poder de los Bancos, además de otros daños producidos —empezando por el daño moral— y en algunos casos por el lucro cesante. En este aspecto debe resaltarse lo expuesto por el ministro Fayt al respecto, que indica que ello debe discutirse posteriormente por la vía ordinaria. Asimismo, no hay que ser un especialista en economía para saber que el poder de compra de los dólares actuales no se puede comparar con su valor anterior. Por otra parte, no encontramos adecuada fundamentación desde lo estrictamente jurídico para justificar el “dibujo” efectuado

votos necesaria para que el fallo se haya podido considerar como tal. Véanse los comentarios efectuados por Bianchi, Badeni, Morello, Gelli, Midón, Manili, Gil Domínguez, Carnota, Barcesat, etcétera, publicados en *La Ley*, en oportunidad del *Suplemento especial* del diario *La Ley*, Buenos Aires, 2004 y en otras fechas durante 2005.

<sup>26</sup> Véanse los comentarios efectuados sobre este fallo por Barcesat, Bianchi, Boico, Carnota, Gil Domínguez, Gelli, Manili, etcétera, en el *Suplemento especial, idem*.

en el tema de los intereses, como lo ha indicado Pablo Manili.<sup>27</sup> De todas maneras, no podemos dejar de señalar que este fallo al ordenar la devolución de una suma de dinero prácticamente similar a la del mercado libre, comporta un notorio avance en relación a su precedente “Bustos”, que además rechazaba completamente los amparos.

#### 4. *La necesidad de profundizar el control de constitucionalidad en esta materia*

Estamos convencidos que entre las razones que explican nuestra vivencia prácticamente permanente bajo situaciones de emergencia —como todavía lo estamos—, se encuentra la falta de un adecuado, estricto y firme ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Por el contrario, nuestro control fue meramente formal y enunciativo de los criterios de la jurisprudencia norteamericana que recepcionara el caso de “Avico”, pero que siempre convalidaba la legislación de emergencia dictada. Debido a ello, ante la ausencia de límites, dicha legislación de emergencia en los hechos fue superior a la propia Constitución y cada sucesiva emergencia importó más profundos, amplios y prolongados desconocimientos de los derechos individuales. Así hasta llegar al “corralito”, que comportó la más grave violación de derechos humanos.

En este largo y doloroso proceso de declinación del estado de derecho antes relatado, sin embargo no puede olvidarse la actitud de algunos señera de importantes juristas que alzaron sus opiniones contrarias a dicha jurisprudencia convalidatoria de las emergencias económicas. En particular, debemos recordar —como lo hace el ministro Lorenzetti—<sup>28</sup> a los doctores Bermejo, Repetto y Boffi Boggero que votaron en disidencia en los casos “Ercolano” (1922), “Avico”(1934) y “Cine Callao”(1960). Pero nosotros agregamos especialmente a Sebastián Soler, procurador general de la Nación, que en este último caso, expresara con brillantez y clarividencia:

<sup>27</sup> Véase el comentario de Pablo Manili en el *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 25, p. 41. Observamos ya en estos primeros días de febrero que la Corte está ratificando estos criterios en otros casos, para cerrar definitivamente los reclamos pendientes, pero esperamos que no aplique automáticamente la misma fórmula, ya que hay situaciones diferentes a considerar, como también ha señalado el autor en el trabajo indicado.

<sup>28</sup> Véase el considerando 27 de su ampliación de fundamentos, en el *Suplemento especial...*, *ibidem*, p. 57.

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

...y termina:

así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso.<sup>29</sup>

En esta línea de análisis, debemos también recordar que aquella jurisprudencia convalidatoria de las emergencias fue dejada de lado en las causas relacionadas con el “corralito”, por parte de los jueces y camaristas federales de todo el país, que comenzaron a hacer lugar a medidas cautelares y a declarar la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia iniciada por el decreto 1570 del 1o. de diciembre de 2001. Por eso sostuvimos que:

Ese accionar independiente del Poder Judicial que establece límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes de la vía del amparo consagrado en el artículo 43 de la Ley Suprema, constituyen hoy —según nuestra perspectiva— el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de Derecho en la realidad angustiante de nuestro país.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 247:121.

<sup>30</sup> *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en la primera parte, en el punto sobre el poder de policía de emergencia.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, del 1o. de febrero de 2002, avaló tan importante modificación sobre el control de constitucionalidad, lo que mereció el siguiente comentario nuestro: “Reiteramos que más allá de los cuestionamientos que pueda merecer la Corte, en un análisis objetivo del fallo, no puede dejar de señalarse el cambio operado (aunque para nosotros deba ser más profundo), que tiende a modificar la omnipotencia de la legislación de emergencia, con restablecimiento de los derechos individuales conculcados, en ejercicio de sus competencias como uno de los poderes del sistema republicano”.<sup>31</sup>

Este nuevo criterio de la Corte fue reafirmado posteriormente en el fallo dictado en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 5 de marzo de 2003, que constituye para nosotros una de las resoluciones más importantes de la Corte y en particular en esta materia del control de constitucionalidad de las emergencias económicas. Hemos efectuado un extenso comentario del fallo en el que consideramos como aspectos más destacables: *a)* el cumplimiento de la misión del Poder Judicial —y de la Corte en particular— como verdadero poder del Estado en el sistema republicano, mediante el control de constitucionalidad; *b)* la afirmación de la supremacía constitucional, incluso en la emergencia; *c)* el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica; *d)* la adecuada valoración del amparo; *e)* los límites a la utilización de los decretos de necesidad y urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa y *f)* hacia un modelo democrático y liberal en materia de emergencia, al que también remitimos en razón de brevedad.<sup>32</sup>

Estos precedentes “Smith” y “Provincia de San Luis” de la propia Corte, sumados a los establecidos en miles de causas del corralito por las sentencias de los jueces y camaristas federales que declararon su inconstitucionalidad,<sup>33</sup> nos indican que *puede y debe promoverse un cambio de*

<sup>31</sup> *Ibidem*, segunda parte sobre la inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario, punto V: La misión del Poder Judicial y el caso “Smith”.

<sup>32</sup> *Ibidem*, nota 1, pp. 119-152. Indico que también este comentario integra el marco teórico que sostenemos para fundar nuestra opinión contraria a la argumentación del voto mayoritario en este fallo, y en particular, en lo relativo a la convalidación de la legislación de emergencia.

<sup>33</sup> Que incluso siguieron aplicando los mismos criterios pese a que la Corte había comenzado a regresar a su jurisprudencia convalidatoria anterior en el caso “Bustos”, en el 2004. Lo que para nosotros confirma, además, la importancia que tiene nuestro sistema



la *jurisprudencia convalidatoria* de las emergencias, pese al actual retorno promovido por este reciente fallo.

Esto significa la *fijación de nuevos estándares para profundizar el control de constitucionalidad* y sujetar toda legislación de emergencia a las normas constitucionales, acorde a los principios democráticos y republicanos de nuestro Estado de derecho y a lo dispuesto al respecto incluso por tratados internacionales de derechos humanos.

En este aspecto, al proponer anteriormente este cambio,<sup>34</sup> recordamos las *pautas de limitación y control*, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos, en base a la conciliación entre la eficacia de los medios razonablemente elegidos para superar la emergencia y la protección de los derechos y libertades individuales:

- a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.
- b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.
- c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.
- d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia.
- e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicializable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.

difuso de control de constitucionalidad, que debemos defender frente a cualquier intento de sustitución por un sistema concentrado.

<sup>34</sup> *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en sus dos ediciones, en la primera parte, punto IV: La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional. También han expresado la necesidad de fijar nuevas pautas en esta materia el ministro Lorenzetti en la ampliación de fundamentos, en los considerandos 29 y 30 de su voto (*cf.* *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 2, pp. 57 y 58) y entre otros, Alberto Dalla Via, en su trabajo sobre las emergencias en América Latina, que será publicado próximamente en el libro *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, antes mencionado.

Asimismo, el maestro de derecho constitucional agregaba que ninguna emergencia ni instituto de emergencia podía conferir poderes superiores o ajenos a la Constitución ni suspender la vigencia de la misma.

En definitiva —decíamos en dicha oportunidad—,<sup>35</sup> pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, liberal y republicano y en consecuencia, aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que en la instancia tenga posiblemente mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso no deba participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse y además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de la supremacía constitucional. A esto último se ha sumado una notoria falta de eficacia para resolver las emergencias, que además de afectar la legitimidad democrática, nos ha originado el pasar de una emergencia a otra, en un estado de crisis permanente.

Pensamos que hay que subordinar la emergencia y sus institutos a la ley fundamental y limitar sus alcances, para tender a la normalidad y superar las dolorosas vicisitudes vividas a lo largo de extensos periodos de nuestra historia, donde lo transitorio se volvió permanente y lo excepcional se tornó ordinario.

Obviamente, para lograr estos propósitos son necesarios profundos cambios culturales, políticos, sociales y educativos, que son materia de otro análisis, pero que es imprescindible abordar para superar la anomia que es “esencialmente antidemocrática”, como lo explicara Nino.

<sup>35</sup> Véase *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en sus dos ediciones, en la primera parte, punto IV: La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional. Bidart Campos sostuvo dichas pautas en su recordado *Manual de derecho constitucional argentino*, que luego reprodujera en su más actual *Manual de la constitución reformada*.