

## ¿PUEDE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS?¹

Agustín GORDILLO

La pregunta es difícil, porque la seguridad jurídica<sup>2</sup> se ha caído del todo con los decretos dictados con confesada y pública desviación de poder (para favorecer a algunos en detrimento de los demás) y manifiesta arbitrariedad, a comienzos de 2002, que cercenaron la confianza pública en los bancos, en las instituciones financieras en general, en los contratos, en el

<sup>1</sup> La idea de este artículo tiene al menos dos fuentes externas: una, la invitación que me cursara Alejandro Carrió para una reflexión sobre la CSJN en la hora actual, en la Asociación por los Derechos Civiles que preside. El contenido tiene su origen en un planteamiento que hiciera Mairal en noviembre de 2003, cuando preveía *a*) un panorama pesimista, que todo siguiera igual, y otro *b*) optimista —al que él adhería—, que las cosas fueran mejorando de a poco. Como suele ocurrir en el país, el pronóstico *pesimista* pecó por corto: las cosas no se mantuvieron igual, *empeoraron* (*infra*, nota 42). Ver Mairal, Héctor A., “El efecto de la crisis económica en el derecho,” 24 de noviembre de 2003, conferencia organizada por la RAP, *Globalización, crisis argentina, reforma de la regulación y seguridad jurídica*, en preparación. El artículo se encuentra en Circular Letter núm. 23, en [www.revistarap.com.ar](http://www.revistarap.com.ar). Del mismo autor, “La degradación del derecho público argentino”, en Scheibler, Guillermo (dir.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV* (en preparación); otro ejemplo de esa degradación lo da Mairal en el artículo “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en Gordillo (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 4-18; también del mismo autor, “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en Alanís, Sebastián D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-135. Ver también Lorenzetti, Ricardo Luis, “La salida de la emergencia: recomposición institucional y revisión de los contratos,” en el mismo libro colectivo *El contrato administrativo en la actualidad*, pp. 29-38; Gelli, María Angélica, “La estabilidad de los contratos y la emergencia del default”, igual obra, pp. 19-28; Vega, Susana E., “Política, economía y derecho: Las tres dimensiones de la contratación administrativa,” igual obra, pp. 153-158.

<sup>2</sup> No basta el capital económico y financiero, hace falta capital social, que requiere confianza en los demás, en el Estado, en la previsibilidad de las instituciones, de las decisiones judiciales, tanto más. No tenemos ni uno ni otro capital, pero sin el segundo no lograremos el primero.

crédito,<sup>3</sup> en la buena fe de la contraparte y especialmente del Estado, en virtualmente todo.<sup>4</sup> Veníamos muy mal en los tiempos precedentes,<sup>5</sup> pero

<sup>3</sup> Aunque sea de Perogrullo, no puede haber crédito si no hay previsibilidad de las decisiones judiciales acerca de los contratos que en tal sentido se celebren. Dos o tres veces acordé en lo sustancial una operación de venta a crédito, solamente para encontrar que estábamos de acuerdo en todo *menos* en el modo de instrumentarlo. Ni mis mayores previsiones satisficieron a mi eximia letrada, que siempre me recordaba que una ley posterior de orden público podía eficazmente echar por tierra mi crédito. En tanto, la sabia afirmación de Mairal de que antes los contratos importantes se hacían en moneda extranjera, ahora se hacen además en el extranjero, ¿cómo los traslada un simple particular a la operación de venta a crédito de un lote de terreno? Lo intenté, pero mi letrada me decía que la complejidad de la operación que yo había diseñado parecía más propia de la venta del *Rockfeller Center*. Yo diría otra cosa, vender a crédito el *Rockfeller Center* debe ser más fácil en Estados Unidos que vender un terreno a crédito en la Argentina, hoy. Lo que es imposible aquí es vender un terreno con la certeza de poder recuperar las cuotas comprometidas a crédito. Conclusión: mis eventuales compradores no se decidieron, este eventual vendedor prefirió quedarse con los bienes antes que arriesgar su pérdida: La economía, una vez más, siguió paralizada. Ése es el legado de las medidas aún vigentes desde comienzos de 2002. La destrucción total y absoluta de la economía. Eso es lo que está en juego hoy en día. Que no solamente invierta el amigo cercano al poder, que puede confiar en sus amigos, sino también el que pueda confiar en el derecho y las transacciones, tenga o no amigos en alguna parte. Ampliar *infra*, notas 7, 8, 14, 20, 26, 42.

<sup>4</sup> Como bien se pregunta García Sanz, Agustín, “La *exceptio non adimpleti contractus* en la emergencia económica: ¿es la propiedad un bien jurídico protegido en la Argentina?”, en Gordillo (dir.), *op. cit.*, nota 1, pp. 170-175; Mabromata, Enrique Guillermo, “Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?”, igual libro, pp. 136-152; Liendo, Horacio Tomás, “Los pesificadores reniegan de su tempestad (*genus nunquam perit*)”, *LL*, 2002-F, 1299; “Inconstitucionalidad de la llamada ‘pesificación’, *LL*, 2002-D, 1356; Liendo, Horacio Tomás y Sexe, Pedro Marcelo, “Del caso ‘San Luis’ a la ilegitimidad de la compensación a las entidades financieras”, *LL*, 2003-C, 1245. Lo mismo ocurre a nivel provincial, desde luego: Arias, Luis Federico, “Emergencia y empleo público: Una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales”, igual libro, pp. 86-102; Oroz, Miguel H. E., “Un nuevo atropello al Estado de derecho”, *LL*, SJDA, 15-X-04, pp. 1-14; Aletti, Daniela y Mainetti, Natalia, “El Poder Ejecutivo provincial vs. la justicia efectiva”, nota a fallo, igual suplemento, pp. 15-20. En el orden nacional, la aparición de *Bustos* ha aumentado la temperatura de los comentarios. Es imperdible la lectura de todos ellos, en particular el desopilante pero tristemente exacto, breve y punzante, artículo de Midón, Mario A. R., “La Corte. El derecho a la ‘cuasi posesión’ y su justicia ‘Pisoniana’”, *La Ley, Suplemento Especial. Pesificación de los Depósitos Bancarios*, 28-X-2004, pp. 18-19 y demás artículos citados *infra*, notas 7 y 8. Ver también *infra*, notas 20, 26 y 42.

<sup>5</sup> Venimos exponiendo el tema desde diversos lugares, por ejemplo en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8a. ed., cap. IV, “Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio”; actualizado en la 9a. edición mexicana, UNAM-Porrúa-FDA, t. I, con prólogo de Jorge A. Sáenz, quien también se refiere al tema; “El Estado de derecho en estado de

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 271

hemos logrado la hazaña colectiva de que nos vaya aún peor. No en la justicia, pues las instancias de grado han hecho un esfuerzo supremo para enderezar la situación en la medida de lo posible, y lo siguen logrando.<sup>6</sup> Esperemos que sigan su denodado esfuerzo a pesar del ominoso pronunciamiento político del primer voto de la CSJN *in re Bustos*.<sup>7</sup> Nunca como

emergencia”, *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Mi artículo “El Estado de derecho en estado de emergencia” inadvertidamente tomó el concepto previo de Lorenzetti en “Estado de derecho y Estado de necesidad”, *LL*, 2001-C, 1382. Ya que no puedo remediar el hecho, ruego al menos la lectura de ambos. Puede verse también mi artículo “Una celebración sin gloria,” en Bidart Campos (dir.), *150 Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102.

<sup>6</sup> Véanse nuestros artículos “Justicia federal y emergencia económica”, en Universidad Austral, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 117-22; “‘Corralito’, Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia”, *LL*, 2002-C, 1217; “El estado de necesidad individual, contracara de la emergencia pública”, *LL*, 2002-A, 981; Ahe, Dafne Soledad, “El desamparo del amparo”, *LL*, 2002-C, 1227; *RAP*, 288: 191-6; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo”, en Miljiker, María Eva (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 41-51; D’Argenio, Inés, “La cuestión del interés público vinculado a la emergencia”, en igual libro, pp. 31-40; Allona, Cecilia María, “El control judicial de razonabilidad en épocas de emergencia”, igual libro, pp. 97-112; “El fallo ‘Smith’”, *LL*, 2002-C, 1238.

Lorenzetti, Ricardo L., “Contratos en la emergencia económica: pesificación de obligaciones en mora (Un modelo de interpretación)”, *LL*, 2002-F, 1097: “En los terribles meses que hemos vivido en el año 2002, tuvimos que enfrentar la más grave crisis de nuestra historia, y se lo hizo en democracia. No es lo habitual en la historia argentina, y gran parte de ello se debe a la ciudadanía y al Poder Judicial. La ciudadanía no fue a los cuarteles, sino a las calles y luego a los tribunales. Los jueces no fueron indiferentes, atendieron los reclamos, trabajaron incansablemente en todo el país, y pusieron un freno importantísimo a los abusos de los otros poderes. No debe haber ejemplo en el mundo de un Poder Judicial que haya podido canalizar tanta demanda social acumulada, y que haya declarado tantas inconstitucionalidades, y que haya generado una corriente de opinión tan sólida en defensa de los derechos individuales. Es posible que no sea perfecto, que haya excesos, pero se debe comprender el contexto en el que se están dictando las sentencias, las tremendas urgencias, la desproporción entre las necesidades y los instrumentos para satisfacerlas, las dudas, y el estado actual del ordenamiento argentino”.

La cuestión es diversa en la jurisdicción extraordinaria de la CSJN, como lo explicamos hacia el final de este artículo y especialmente en las notas 43, 47, 49, 57, 59 y otras.

<sup>7</sup> Fallo del 26 de octubre de 2004. La reprobación social es durísima y casi unánime. Véase Borda, Alejandro, “El Fallo ‘Bustos’: Un retroceso judicial”, *La Ley, Suplemento Especial. Pesificación de los depósitos bancarios*, 28-X-2004, pp. 13-18; Bianchi, Alberto B., “El Caso Bustos y sus efectos, por ahora”, mismo suplemento, pp. 11 y 12; Gelli, María Angélica, “El caso Bustos: entre la inadmisibilidad del amparo, las incógnitas de

ahora se hace más cierto el punzante comentario, en su momento, de uno de los jueces de grado ahora aludidos:<sup>8</sup> “La autoridad de la Corte reside en

las cautelares y la pesificación convalidada”, igual suplemento, pp. 5-7 y en *DJ*, 03-XI-2004, 686; Liendo (H.), Horacio Tomás, “El caso ‘Bustos’ sobre depósitos en moneda extranjera,” *LL*, 12-XI-2004, p. 1; Pérez Hualde, Alejandro, “Amparo y control de constitucionalidad”, *LL*, en prensa; Midón, “La Corte. El derecho a la ‘cuasi posesión’ y su justicia ‘Pisoniana’”, *op. cit.*, nota 4, “La regresión no alcanza a los derechos adquiridos que gozan de buena salud,” *LL*, 26-11-2004, 3; Manili, Pablo L., “La Corte Suprema es una en convención constituyente sesión permanente”, mismo suplemento, pp. 25-28; Gil Domínguez, Andrés, “El 26/10; ¡Ha muerto la Constitución!, ¡Que viva la emergencia!,” mismo suplemento, pp. 20-24; Prieri Belmonte, Daniel A., “La ‘tangibilidad’ de los depósitos en moneda extranjera. Otra oportunidad perdida”, *DJ*, 03-XI-04, pp. 690-693; Baeza, Carlos R., “El caso ‘Bustos’ (La legitimación de un despojo)”, en [www.eldial/nuevodial/041105-f.asp](http://www.eldial/nuevodial/041105-f.asp); Martino, Julián de, “Sólo algunos pueden salir indemnes. La justicia hecha a medida”, en [www.eldial/nuevodial/041105-e.asp](http://www.eldial/nuevodial/041105-e.asp); Barcesat, Eduardo S., “Primeras reflexiones sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de legitimación de la pesificación”, *La Ley, Suplemento Especial. Pesificación de los depósitos bancarios, op. cit.*, pp. 8-10; Carnota, Walter F., “Pesificación: El fallo”, igual suplemento, pp. 29 y 30; Boico, Roberto J., “La corte, un tribunal homologador”, mismo suplemento, pp. 30-33; Badeni, Gregorio, “Reflexiones sobre el caso ‘Bustos’”, *LL*, 09-XI-04, p. 1; Gómez, Claudio D., “El Estado rompe los platos y los ahorristas los pagan (a propósito del caso Bustos)”, *DJ*, 10-XI-2004, 788, *DJ*, 2004-3, 788; Wetzler Malbrán, A. Ricardo, “La nueva Corte y su nuevo fallo contra el derecho de siempre”, *ED*, 5-XI-04, pp. 2-6. A favor del fallo, en cambio, véase Casiello, Juan J., “Un nuevo y acertado enfoque sobre el derecho del ahorrista convalida la pesificación (a propósito del caso ‘Bustos’)”, *LL*, 2-XI-04, p. 1. Lo consideraba “previsible” Alanís, Sebastián D., “Lo previsible. Las consecuencias”, *LL, SJDA*, 19-XI-2004, pp. 9-11. Para un enfoque procesal Kielmanovich, Jorge L., “Aspectos procesales del caso ‘Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo’”, *LL*, 09-XI-04, p. 4; Morello, Augusto M., “El voto del doctor Zaffaroni en la causa ‘Bustos’”, *DJ*, 10/11/2004, 780, *DJ* 2004-3, 780. Véase también *infra*, notas 8, 14 y 20.

<sup>8</sup> La fuertísima crítica a los jueces de grado parece ser —o quizás es— una invitación al Consejo de la Magistratura o las Cámaras de Diputados provinciales para que los acusen a todos para separarlos por juicio político. Todo es posible en un país a la deriva, siempre al margen de la ley y de la Constitución, ahora en el primer voto de su tribunal “cimero” como gusta decir Morello. ¿Podremos creer que los firmantes no previeron que estaban dando “pasto a las fieras” para destruir todo el Poder Judicial de grado? ¿Es eso realmente lo que se busca? Gelli, *op. cit.*, nota 1, con su habitual ponderación, muestra su inquietud: “Pero sólo dos magistrados... constituyeron la mayoría de fundamentos... (y) fueron inusualmente duros para con los jueces de las instancias inferiores ... Expresiones tales como ‘desnaturalización de la vía del amparo’ y ‘festival de amparos’, junto a las calificaciones de ‘irritante desigualdad’ y ‘disparatado beneficio’ ... denotan el juicio crítico que a estos ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscita la actuación de la mayoría de los tribunales argentinos”. “Pero ningún reproche para el accionar del Estado”: hay silencios que son atronadores.

Bianchi, *op. cit.*, nota 7, p. 11, también destaca el exceso verbal de comentarios tales como “...la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia. En la

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 273

la fuerza moral de su pronunciamiento, como ella misma siempre lo tiene dicho. Yo me atengo a ello”.

Argentina nadie ganaba en dólares norteamericanos, de manera que asentar los depósitos en esa moneda era, o bien utilizarla simplemente como una moneda de cuenta ... o bien se compraban dólares en el mercado de cambios a un precio vil, el de la paridad, con consecuencias perniciosas en la economía que a la corta o a la larga debían desembocar en el desastre económico resultante...” Véase la exageración de decir “Nadie”, sin un ápice de prueba, luego de criticar la supuesta falta de prueba de las instancias de grado (a su vez afirmación inexacta en muchos casos). La falta de prueba de las afirmaciones dogmáticas de este voto que encabeza el fallo es mayor. Parece estar en línea con el precedente histórico que preguntaba “¿Alguien alguna vez vio un dólar?” Pero la retórica de los balcones de la Casa Rosada no es trasladable a la CSJN sin que sufra daño en el transporte. Allí se transforma en lo que Boico, *op. cit.*, nota 7, denomina “la epistemología de la incertidumbre”. En otra parte de su exposición agrega, refiriéndose al total del fallo de esos dos jueces, que los otros votos omitieron replicar: “Honestamente no encontramos resorte discursivo que abrigue semejante dislate”.

En igual sentido Borda, *op. cit.*, nota 7, pp. 13 y 14, señala tal desmesura: “...no puedo dejar de expresar mi asombro ante la poco común calificación de ‘funesto’ ... refiriéndose al fallo Smith, al cual le atribuyen haber ocasionado un descomunal trastorno económico-financiero y aun judicial... Me animo a señalar ... que el descalabro económico-financiero no puede ser adjudicado a un fallo sino a erradas políticas económicas y que habrá que ver si este fallo no causa un descalabro judicial aun mayor que el que se denuncia”. Ahora que los líderes de la administración han moderado su lenguaje, ¿tomará la posta el primer voto de este fallo de la CSJN?

Badeni, *op. cit.*, nota 7, entra en el análisis de “ciertas apreciaciones subjetivas innecesarias, impropias de un fallo judicial y que no se compadecen con la realidad. Así, los jueces Belluscio y Maqueda expresaron que ‘la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia’. Esa propiedad era real y no configuraba una falacia. Estaba garantizada por el Estado a través del Banco Central y su adquisición era lícita. Otro tanto su disposición. Quien adquiría esa moneda podía destinarla al consumo, a la compra de bienes, conservarla en una caja de seguridad, girar los importes al exterior o volcarlos al sistema financiero local. Para todos ellos esa ‘propiedad’ era real con la salvedad, aparentemente, de estos últimos. Tampoco es cierto que ‘reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelve sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría las creación de una clase privilegiada’, sino que ello importaría ubicarlos en un plano de igualdad con aquellos ahorristas que le dieron un destino diferente a sus fondos y que, merced a ello, no han sido objeto de un cercenamiento en su derecho de propiedad”. Dice en otra parte de su trabajo “Semejante estrabismo le otorga plena razón a ... Alberdi cuando decía que el ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca, pues ella puede ser atacada impunemente por el Estado en nombre de la utilidad pública”. O como dice Gil Domínguez, *op. cit.*, nota 7, “¿Cómo es posible que el Estado vaya contra sus propios actos y salga impune, cuando la Corte Suprema recientemente en la causa ‘Cabrera’ invocó la teoría de los actos propios en contra de los ahorristas?”; Malbrán, Wetzler, *op. cit.*, nota 7, § 10. “Un ‘detalle olvidado’: La doctrina de los propios actos,” p. 6: “Para ‘Cabrera’ fue útil y se tomó. Para ‘Bustos’, no convenía y se desechó”.

Véase también *supra*, nota 7 e *infra*, notas 14, 20, 26, 42.

Este artículo estaba preparado y listo antes de la aparición del fallo, que obviamente da una respuesta claramente negativa al interrogante que planteamos. Mi propia respuesta también era negativa, pero abrigaba alguna esperanza en la *prudencia iuris* de la Corte. El fallo me ha golpeado más porque jamás imaginé que esta Corte afirmaría que todo estaba bien porque no se ha hecho para beneficio de algunos, cuando el entonces ministro de Economía ha confesado reiterada y públicamente lo contrario, por escrito.<sup>9</sup> Eso es cuestión de leer los diarios, nada más, no requiere producción de prueba alguna, trátase de un amparo o un recurso extraordinario. Esta Corte ha caído en la vieja trampa de *Cine Callao*: dar algo como cierto en contra de la evidencia, de la realidad pública y notoria; pero el efecto ahora es mayúsculo, devastador. Esta negación de la realidad descalifica el pronunciamiento —precisamente por arbitrariedad— y seguramente lo hará caer en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué haremos entonces? ¿Denunciaremos la Convención Americana de Derechos Humanos, reformaremos la Constitución, estableceremos expresamente la suma del poder público y el absolutismo como forma de gobierno, renunciaremos a la OEA, a la ONU, al Mercosur, a toda organización internacional que aplique normas jurídicas, cerraremos las fronteras?

Ni qué decir que el previo *default*, corral y corralito, y si se quiere la sobrevaluación de la moneda, todo contribuyó al desastre institucional. Pero el salto al abismo lo dieron *estos decretos*, que automáticamente duplicaron la pobreza,<sup>10</sup> llevaron la indigencia a un tercio, a tener tres millo-

<sup>9</sup> Hemos transcrito sus palabras en “Una celebración sin gloria”, ¿Habrás que transcribirlo en todos los pleitos para que la CSJN se de por enterada? ¿No lee los diarios ni las declaraciones ministeriales de quienes hicieron el desaguado? Yo no imaginé este fallo, pero los más jóvenes sí: Alanís, *op. cit.*, nota 1, no se me culpe, pues, de pesimismo, lo mío era optimismo. El legado que recibieron las nuevas generaciones está claro. Leed Alanís.

<sup>10</sup> Que, bueno es recordarlo, no es *previa* a las medidas del 2002 en sus actuales niveles superiores al 50%, sino que es consecuencia directa e inevitable del nuevo modelo “productivo” creado para los llamados “factores de la producción”: Dreizen, Julio, “Tipo de cambio y pobreza: de eso no se habla”, *La Nación*, 12-X-04, p. 4, sección “Economía y Negocios”. También lo advirtió Liendo, “El caso ‘Bustos’...”, *op. cit.*, nota 7, “La miseria que se ve estos días y la hambruna del 2002 en adelante no cabe atribuirla a la Convertibilidad sino a las políticas que la sucedieron, que aumentaron la línea de pobreza e indigencia, sumergiendo a más de la mitad de la población”. Y como dice Borda, § II. 5, p. 15: “Parece necesario recordar que si se están inyectando pesos en el mercado es para cumplir con el objetivo de la política económica vigente, esto es, el

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 275

nes de jóvenes que no estudian ni trabajan, a la inseguridad urbana, al clientelismo de los planes asistenciales, a que sólo crezcamos algo *desde el fondo*, sin llegar a los malos niveles, pero superiores, previos a la última hecatombe.<sup>11</sup> Llevará muchos años alcanzar el nivel previo y otros más superarlo, pero la pregunta que atormenta es si vamos en esa dirección o no, en materia jurídica en general. Son tiempos de estoicismo, por eso en esta ocasión invocamos a Séneca para nuestra guía.<sup>12</sup>

Querer encontrar explicaciones ulteriores, retroactiva e ingeniosamente convalidantes, enfatizar que lo sufrimos todos, confundir las fechas, destacar que hay que analizarlo en el posterior contexto histórico, todo podrá agrardarle al gobierno anterior o al actual (ninguno es objeto de censura alguna), a los bancos, o a la parte vencedora, pero es el anti-mensaje jurídico por excelencia: la sensación de inexistencia de seguridad jurídica es el daño más grave que resulta necesario restañar, para que la gente pueda volver a creer en el derecho y en la justicia argentina que el fallo —en su voto líder— denigra. Los jueces de grado, con enorme sacrificio personal, hicieron su parte positiva para comenzar a restablecer lentamente el derecho vulnerado y devolver algo de la fe en la Constitución.<sup>13</sup> El voto líder

de tener un dólar alto”. Éste y no otro es el modelo actual, con todas sus implicancias. No es cuestión de decir que “Siempre hubo pobres” como en la era anterior, pero tampoco es posible ignorar los que uno mismo crea. Pues “el dinero se muestra muy remiso en acceder a las manos del pobre, pero cuando uno deja de serlo se le adhiere” (Séneca, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Planeta-De Agostini, 1996, Libros X-XX y XXII, p. 244).

<sup>11</sup> La falta de credibilidad internacional viene, a su vez, de lejos. Por ejemplo *Clarín*, 26-VIII-01, p.18; Paul O’Neill, “Esto es basura. Estados Unidos no acepta este acuerdo y no va a poner dinero para que los argentinos vuelvan a despilfarrarlo”, Karen Jonson, *Federal Reserve Board*, “No creemos en la Argentina”; Köhler, “Cómo garantiza que podrán cumplir esta vez?” No se crea nadie en el país que estos juicios de valor están limitados a pasados gobiernos ni Cortes. Todavía falta reconstruir la imagen externa del país, y ello llevará décadas. En cuanto a nuestros periódicamente inflados niveles de crecimiento, bueno es señalar que aún mezclados con países pujantes como Brasil, dan una media inferior a todos los demás países del mundo, emergentes o no emergentes: *The Economist*, 16 de octubre de 2004, p. 67, “Emerging economies.Coming into flower”.

<sup>12</sup> No estuvo Calígula, no está Nerón, pero son tiempos estoicos. Conviene releer a Séneca, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Planeta-De Agostini, 1996, Libros I-IX, y Libros X-XX y XXII. “Cuanto puede suceder, pensemos que ha de suceder”, Libros I-X, p. 116.

<sup>13</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 1a. reimpresión de la 2a. ed., p. XV: “Cuando el vendaval de la crisis amenazaba con no dejar nada en pie, ni instituciones políticas y

de la CSJN *in re Bustos* pretende reprimirlos por haber aplicado la Constitución, sin advertir que hicieron muchísimo sacrificio para paliar la desesperación que se apoderó de la población.<sup>14</sup>

financieras, ni el juego reglado de la democracia, sucedió la paradoja: cuanto más se crispaban las reglas del sistema constitucional más se apelaba a la Ley Suprema para buscar, en ella, amparo a los derechos vulnerados, remedio a los problemas institucionales...”. Hemos efectuado ya esta cita en un artículo tan pesimista como el presente: “Una celebración sin gloria”.

<sup>14</sup> En igual sentido Liendo, “El caso ‘Bustos’...”, *cit.*, nota 7: “Nada catastrófico hubiera pasado si el voto del doctor Fayt hubiese sido el mayoritario, como nada catastrófico pasó cuando se dictó ‘San Luis’. Por el contrario, se detuvo la fuga de capitales y se calmó el dólar, comenzando un ciclo de clara apreciación del peso. Por otra parte no es posible creer que la verdad está en los cuatro votos y medio que la pesificación obtuvo en ‘Bustos’ y no en los cientos de jueces en todo el país que la encontraron inválida”; Borda, *cit.*, nota 7, § II.6, p. 15: “Las medidas ‘autosatisfactivas’ no sólo son ley vigente en varios ordenamientos procesales sino que, además, han permitido acelerar los ‘tiempos de la justicia’” y destaca el alarmante dato de que ese voto critica “ferozmente” a todos los jueces argentinos, demostrando, para nosotros, que pareciera que sus autores no anduvieron por tribunales en esos infaustos meses iniciales de desesperación colectiva; Pérez Hualde, *op. cit.*, nota 7: “la actuación de esos tribunales inferiores fue la que sirvió de válvula de escape a la presión acumulada sobre el sector ahorrista que vio cómo sus ahorros se trasladaban en forma ostensible a favor de los sectores más fuertes compuestos por los grandes deudores —públicos y privados— surgidos del descontrol del gasto público —con su consecuente endeudamiento desorbitado— y de la especulación financiera”; Manili, *op. cit.*, nota 7, § II, p. 26: “Realmente no alcanzamos a entender el porqué del uso de tales epítetos desde la más elevada magistratura para calificar a quienes estaban impartiendo justicia según su leal saber y entender, esto es: sus colegas del fuero contencioso administrativo federal”; Boico, *op. cit.*, nota 7, p. 33: “es del caso comentar la desproporcionada y desafortunada mención que la Corte formula de sus colegas inferiores, siendo aplicable a ella la conocida y vapuleada doctrina de los actos propios, puesto que si los tribunales han concedido medidas cautelares ... lo han hecho al amparo de dos trascendentes pronunciamientos del Tribunal, mal que les pese”; Baeza, *op. cit.*, nota 7, § 4.V: “el fallo dedica un ... párrafo a todos aquellos jueces y tribunales que, cumpliendo con su deber de impartir justicia, acogieron los amparos de los ahorristas, convirtiéndolos en los verdugos de las desigualdades entre quienes alcanzaron a retirar sus ahorros y quienes no pudieron hacerlo. ... Según el criterio de la Corte, los tribunales no deberían haber hecho lugar a los justos reclamos de los ahorristas estafados, exponiéndose así a ser sometidos a enjuiciamiento por retardo o denegación de justicia ... Frente a la demanda de un particular quien invocando la violación de su derecho de propiedad ocurriera a la justicia en reclamo de amparo, era obligación constitucional de los órganos jurisdiccionales resolver la controversia, declarando la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Sin embargo, ahora resulta que el cumplimiento del deber de administrar justicia, es calificado por el más Alto Tribunal como una ‘desorbitada actuación de los tribunales inferiores’ y la causa de la irritante desigualdad provocada por tales pronunciamientos”; Gómez, *op. cit.*, nota 7: “No existe el alegado indebido beneficio al acreedor; ni los ahorristas que percibieron dólares o sus equivalentes en pesos, a través de medidas

¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 277

La anterior Corte Suprema con los casos *San Luis* y *Smith*<sup>15</sup> había comenzado también ese largo camino de volver de a poco al derecho, pero ocasionó un gran disgusto a las autoridades nacionales, que casi entendieron que la supervivencia nacional, o la suya en particular, estaba atada a la supervivencia de los absurdos decretos de entonces.<sup>16</sup> Así fue como ese

cautelares ... Ellos sólo han obtenido lo que la Ley Superior le ampara, aunque la Corte con palabras, de neto corte político, rimbombantes y grandilocuentes, diga lo contrario"; Midón, "La regresión no alcanza a los derechos adquiridos que gozan de buena salud", *cit.*, nota 4: "Tan inflamado discurso, amén de innecesario, es agravante y lesivo de aquellos magistrados que en la Argentina jugaron el rol de contenedores de la crisis suscitada. Nunca antes en la vida de la nación Argentina el Poder Judicial se convirtió por su actuación, cuantitativa y cualitativa, en vital instrumento de realización de justicia para impedir amenazantes vías de hecho. ... Hay que reconocer entonces, por un acto de estricta justicia, que cuando nadie se hizo cargo de la crisis numerosos jueces y conjuces, tanto del orden federal como provincial, se dieron a la tarea de calmar la angustia y los padecimientos que experimentaban quienes veían confiscada su propiedad. Desde su encumbrado sitio, aquel que por razones de instancia organizativa no estuvo en la trinchera en la hora crucial del reclamo, no puede prevalecerse de su jerarquía para hacer abstracción del rol pacificador que en la emergencia jugó esa legión de la infantería judicial"; del mismo autor "La Corte. El derecho a la 'cuasi posesión' y su justicia 'Pisoniana'", *cit.*, nota 4, p. 19: "La Corte Suprema creó a partir de 'Bustos' la nueva versión constitucional del derecho a la 'cuasi propiedad' [ en la cual] las cuestiones que encierra la temática debatida en los juicios por el célebre 'corralito' involucran materias de política económica cuyo examen le está vedado a los jueces. Poco interesa, desde luego, si esas normas contradicen la letra y espíritu de la Constitución"; Badeni, *op. cit.*, nota 7, "No es prudente calificar de 'desorbitada' a la actuación de los tribunales inferiores. La función de los jueces reside en aplicar la ley y velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales. De manera que si la inmensa mayoría de ellos consideraron que los actos gubernamentales cuestionados lesionaban arbitrariamente el derecho de propiedad, hicieron bien en descalificar esas normas o en otorgar las medidas cautelares considerando la verosimilitud de los hechos, del derecho y el peligro en la demora. Las generalizaciones son poco felices y, con mayor razón, las descalificación de los magistrados judiciales por la simple circunstancia de no compartir los criterios expuestos por algunos de los jueces de la Corte". *Cfr.* Gelli, "El caso Bustos...", *op. cit.*, nota 7. En contra Casiello, *op. loc. cit.* Véase también *supra*, notas 7 y 8 e *infra*, notas 20, 26 y 42.

<sup>15</sup> Gelli, *op. cit.*, nota 7, com. al artículo 99, § 5.5, "El caso 'Smith', la emergencia jurídica, los decretos 214/02 y 320/02 y el caso 'Tobar',", pp. 707-709. Señala Borda, *op. cit.*, nota 7, § I, p. 13, que en *Bustos* se perdió "la oportunidad de ratificar el rumbo iniciado con 'Smith' y mantenido con 'Provincia de San Luis'". *Cfr.* Barcesat, *op. cit.*, nota 7, § II, p. 9; Manili, § VI, p. 27; Carnota, *op. cit.*, nota 7, p. 29; Gil Domínguez, *op. cit.*, nota 7, p. 20; Boico, *op. cit.*, nota 7, p. 32; Baeza, *op. cit.*, nota 7; Badeni, *op. cit.*, nota 7, Malbrán Wetzler, *op. cit.*, nota 7. En contra, Casiello, *op. cit.*, nota 7, § VI.

<sup>16</sup> Tanto que el fallo *Smith* fue el primer detonante del primer juicio político a dicha Corte, en 2002: González Campaña, Germán, "Juicio político a los jueces de la Corte Suprema por el contenido de sus sentencias: ¿Hacia una casación política de los criterios

gobierno intentó, y el actual logró, desmembrar la CSJN, proceso aún en marcha.<sup>17</sup>

Ahora, esta Corte está tomando algunas decisiones que, a la inversa, no anuncian buenos tiempos para la seguridad jurídica. La CSJN que muchos no querían y que tanto favoreció al gobierno de Menem en cuestionables fallos, en cambio dictó los fallos *correctos* en *San Luis y Smith* antes que la defenestraran por dicha causa, invocando otra.<sup>18</sup> La CSJN

jurídicos?”, *LL, SJDC*, febrero de 2004, pp. 60-70: “la sentencia que irritó al gobierno fue ‘Smith’ de tal forma que la mera especulación de su dictado motivo el inicio del proceso en la Cámara de Diputados” (p. 62); el dictamen acusatorio decía que esto “permite meditar respecto de la gravedad de la conducta de los imputados, con decisiones adoptadas a la ligera y sin seriedad”. ¿Alguien recuerda a Brecht?

La pretendida contradicción con *Kiper (Fallos, 324: 4521)* no existía porque allí se trataba nada menos que de un juez de la nación que había retirado todos sus fondos sin alegar siquiera estado de necesidad. Recuerda el mismo González Campaña, *op. cit.*, p. 63: “Pero, seguramente, no va ser mirado con beneplácito el hecho de que los miembros hayan sido enjuiciados al pronunciarse en defensa del derecho de propiedad garantizado en la Constitución nacional, frente a los decretos que restringían la disponibilidad de los depósitos bancarios, norma que también fuera rechazada por gran parte de los tribunales provinciales y federales del país; que motivara más de dos mil denuncias ante organismos internacionales y jueces extranjeros, y desembocara en la declaración de inconstitucionalidad en el caso ‘San Luis’ en marzo de 2003”. Allí volvió a desencadenarse el enfrentamiento, ahora con el nuevo presidente: ante el llamado del sucesor de Duhalde pidiendo la convalidación de la pesificación, el entonces presidente de la Corte mencionó los precedentes *San Luis y Smith* en oposición a ello. Al día siguiente se pidió la destitución del tribunal. Renuncias y muertes mediante, se pasó al caso *Meller* para destituir a Moliné O’Connor. “Crimen y castigo” de Dostoievsky, como en la mejor literatura novelesca zarista, en interpretación de Bielsa (abuelo). ¿Un Congreso futuro votará en contra de los actuales jueces por *Cabrera, Cartellone c. Hidronor, Bustos* u otros? Se ha abierto una escalera descendente al infierno. Urge desandarla. Ampliar *infra*, notas 18 y 21.

<sup>17</sup> Séneca: “las fieras se ven obligadas a la lucha o por el hambre, o por el temor: al hombre le complace arruinar a otro hombre,” *cit.*, nota 10, Libros X-XX y XXII, p. 261.

<sup>18</sup> Pues nadie creerá, imagino, en la sinceridad de la causa votada en el Senado: Manili, *op. cit.*, nota 7; Gómez, *op. cit.*, nota 7: “En nuestro país, una decisión política (y el de la Corte vaya si lo es) es solamente una decisión del momento, sujeto a cambios, a piacere, según la decisión omnimoda de nuestros gobernantes, también del momento... El fallo, unido a otros recientes dictados en materia laboral, también, lleva a percibir cierto tufillo de dependencia al Poder Ejecutivo nacional, similar al criticado de la Corte anterior, que tanto mal hace a la vigencia de las instituciones democráticas... Aquí, los jueces han regalado su poder de control a lo que el poder político disponga según su conveniencia. Los jueces demuestran que tienen sobrada cintura política para sostener su carrera judicial; aunque le falta, la necesaria lectura del reclamo social, esto es, el de que se cumpla la Constitución”. El país es siempre el mismo: *supra*, nota 16 e *infra*, nota 21. Lo hemos relatado en *La administración paralela. El para-sistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 2001; traducido al italiano por el profesor Vandelli, como *L’amministrazione*

que ahora “queremos más” se está *equivocando* en *Cartellone*<sup>19</sup> y *Cabrera*,<sup>20</sup> pero ha cometido su peor error en *Bustos*. La presión política debe haber sido insostenible.<sup>21</sup>

*paralela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, con Introducción de Feliciano Benvenuti; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de Spyridon Flogaitis, Director del Centro Europeo de Derecho Público.

<sup>19</sup> CSJN, *Cartellone c/ Hidronor*, 1o. de junio de 2004, con nota de González Campaña, Germán, “Desnaturalización del arbitraje administrativo”, *LL, SJDA*, 27-VIII-2004. En contra, alaba el fallo Gil Domínguez, Andrés, “El caso ‘Cartellone c. Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales,” *LL*, 23-08-2004.

<sup>20</sup> CSJN, *Cabrera*, 13 de julio de 2004. Es cierto que de todo fallo se pueden realizar lecturas constructivas y positivas, matizando detalles y puliendo aristas. El fallo no es en sí mismo tan catastrófico como la lectura ciudadana que se puede hacer de él, pero para mi juicio evoca demasiado a Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, quien ya hablaba de “un derecho común del género humano”, p. 199, y censuraba “cuando a sabiendas inducís a engaño al que interrogáis, ... (al) darle a entender que perdió por defecto de forma”, p. 202.

Mucho se ha escrito y escribirá sobre los matices, con atendibles interpretaciones diversas. Lo que no se puede cambiar es el gusto amargo que deja en la boca. En distintos criterios, comp. Pérez Hualde, Alejandro, “‘Cabrera’: una advertencia política” y Mora, Roberto Daniel, “Crónica de una muerte anunciada (a propósito del caso ‘Cabrera’),” *LL, SJDA*, 27-VIII-2004; Morello, Augusto M. y Stiglitz, Rubén, “Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia”, *LL*, 10-VIII-04, pp.1 y 2, esp. p. 3, XII-c; Vítolo, Alfredo M., “Una sentencia olvidable: el caso ‘Cabrera’”, *ED*, 20-VIII-02, pp. 1 y 2, quien no vacila en calificar de *arbitraria* la decisión de la CSJN; eso, por parte del órgano que controla la arbitrariedad de *los demás*: amarga ironía que contribuye a la falta de fe en el derecho y en la justicia, aún con Corte remozada. Véase también las notas de Andrés Gil Domínguez; Luis F. P. Leiva Fernández; Luis Manili, Pablo en *Sup. Especial La Ley*, 17-VII-2004; Germán J. Bidart Campos, *LL, Sup. Const.*, 02-VIII-2004; José P. Descalzi, *LL*, 03-VIII-2004; Highton, Federico R., “El fallo ‘Cabrera...’ no generaliza la pesificación,” *LL*, 5-VIII-04, pp. 1 y 2, etcétera. Cuando leímos algunos considerando líderes de *Cabrera* y *Bustos*, vilificando al que necesitaba cobrar sus propios pesos en estado de emergencia nacional, nos acordamos nuevamente de Séneca: “espera la sentencia más justa, pero disponte también por si resulta ser muy injusta” (*op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 115). Sé que caben otras lecturas más constructivas, y las habré de intentar. No habiendo tenido litigio alguno por estos motivos, ahora los voy a iniciar, con otra lectura menos apasionada de *Cabrera* y *Bustos*: “derribado, no abatió su ánimo, quien en todas sus caídas se levantó más porfiado, ese tal descendiendo a la liza con más confianza” (Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 59): “el gladiador toma la decisión en la arena” (p. 102). Creo que vale la pena pelear judicialmente la solución de *Cabrera* y *Bustos*, no bajar los brazos. En todo caso, siempre está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No creo que *Cabrera* y *Bustos* puedan pasar ese escrutinio, que muchos ya estarán iniciando: sólo el año pasado hubo 3,000 denuncias más contra la Argentina por este tema, antes de *Cabrera* y *Bustos*. ¿Se imaginan después?

Esperemos que no convaliden expresamente también la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia como norma habitual legi-

Cuando la CSJN, en un voto de dos ministros, aumenta y potencia en *Bustos* el error de *Cabrera*, la doctrina reaccionó de inmediato en forma adversa: Liendo, *cit.*, nota 4, “En el caso ‘Bustos’ la Corte, por ajustada mayoría, renunció a su misión de hacer justicia por temor a que se cayera el mundo. ... Dar a cada uno lo suyo en ese contrato significa algo muy simple que no requiere de ningún debate ni prueba más que la acreditación del carácter de depositario en las cantidades que surjan de los instrumentos respectivos. Significa resolver que el banco debe restituir al acreedor lo que le debe, en la moneda en que se lo debe y por las cantidades correspondientes (artículos 740, 742 y 2220, Cód. Civil). ... Contrariamente a lo sostenido por la Corte, el ‘peso’ y el ‘dólar’ son dos especies monetarias completamente distintas en el régimen de convertibilidad, la una es moneda de curso legal y la otra es moneda extranjera, ambas pueden constituir obligaciones de dar sumas de dinero y en ambas rige el nominalismo o principio de identidad y el principio de especialidad, pero un crédito en dólares sólo puede pagarse en dólares y otro en pesos solamente en pesos, salvo, claro está, con el consentimiento del acreedor”; Barcesat, *cit.*, nota 7, § VII, p. 10: “La CSJN ha sembrado el desconcierto y la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Ha quebrado su doctrina del acto propio y lesionado los valores de seguridad y certeza jurídica”; Midón, “La Corte. El derecho a la ‘cuasi posesión’ y su justicia ‘Pisoniana’”, *op. cit.*, nota 4, p. 19: “La Corte Argentina ha condenado a los ahorristas porque incautos creyeron en los bancos. Ha condenado al derecho de propiedad y con él a la Constitución, porque es la causa de aquella creencia. Ha condenado, finalmente, al amparo porque fue la institución que en su momento impidió la ejecución de miles de argentinos”; Manili, *op. cit.*, nota 7, VI, pp. 26-7: “El fallo bajo estudio implica, sin lugar a dudas, una reforma constitucional no textual ... En esta nueva Constitución, el artículo 17 tiene versión textual: ‘la propiedad privada es inviolable’ y un agregado no escrito pero aplicado por la Corte: ‘salvo en caso de emergencia’ ... Lamentablemente en este fallo todo ha sido puesto entre paréntesis”; De Martino, *cit.*, nota 7, § V: “...la crisis que, ‘no todos’ generamos y ‘todos’ debemos pagar, no va a ser soportada por la sociedad íntegra, sino por ‘los de siempre’. ... lo que surge en forma indubitable, es que la Corte quiso ‘tantear el terreno’ y ‘mandar un mensaje tranquilizador’ a ciertos grupos de poder, respecto de los cuales el gobierno nacional se comprometió a ‘darles una solución’...”. Dice Baeza, *cit.*, nota 7, § 4 *in fine*, que “seguirá haciendo de nuestro país un mercado de alto riesgo para las inversiones serias, frente al patente cuadro de inseguridad jurídica que el pronunciamiento trasunta”; Priori Belmonte, *cit.*, nota 7, § I, p. 690; Carnota, *cit.*, nota 7, p. 30: “...queda resentida no sólo las acreencias particulares, sino con la misma intensidad la seguridad jurídica y la imagen externa...”. Boico, *cit.*, nota 7, p. 33: “Si alguno se ha beneficiado con este descomunal berenjenal ha sido, sin dudas, el sistema bancario, único sujeto redimido en esta peculiar decisión cortesana. Y no el ahorrista, engañado por el mismo Congreso nacional a través de la ley 25.466 ... La síntesis: No hay justicia”. En realidad, no solamente el sistema bancario *privado* se benefició, sino también a los *deudores* del sistema bancario *oficial*, que precavidamente tenían *deudas* del orden de hasta 100 millones de dólares...

Badeni, *op. cit.*, nota 7: “Se trataba de una relación conformada por un ahorrista que ... cometió el error de confiar en el Estado y una entidad altamente capacitada en materia financiera y económica. ¿Entre quiénes corresponde distribuir el ‘esfuerzo compartido’?”

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 281

ferante, el incumplimiento sistemático de la Constitución en tantos puntos. Si las circunstancias les impiden decir el derecho, elijan el silencio, que siempre es una voz poderosa utilizada por todos los tribunales del mundo.<sup>22</sup>

El Estado, ¿debe permanecer ajeno a ese ‘esfuerzo compartido’? Aquí no se trata de ‘cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general’, sino de dar fiel cumplimiento a la Constitución admitiendo los derechos por ella reconocidos, y cuyo desmembramiento en modo alguno permite porque, aunque a algunos no les agrade, el derecho de propiedad es también un derecho humano. ... La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso ‘Bustos’, y a tenor del fundamento del voto mayoritario, se inserta en un proceso de desconstitucionalización al castigar el ahorro, la seguridad y propiciar el desmembramiento del derecho de propiedad”. Gil Domínguez: “El 26/10; ¡Ha muerto la Constitución!, ¡Que viva la emergencia!”, *op. cit.*, nota 7; véase también § VII, p. 24: “hoy se ha sepultado el derecho de propiedad y el principio de proporcionalidad. Que en paz descansen”. En contra, Casiello, *op. cit.*, nota 7. Ampliar *supra*, notas 3, 7, 8, 14 e *infra*, notas 26 y 42.

<sup>21</sup> “A ningún argentino se le escapa que la seguidilla de juicios políticos promovidos desde principios de 2002 (y con más prolijidad desde mediados de 2003) contra varios integrantes de la Corte Suprema designados en la década del noventa tenía como finalidad obtener el dictado de una sentencia como la que hoy comentamos.” Manili, “La Corte Suprema...”, *op. cit.*, nota 7, p. 25. La amenaza de nuevos juicios políticos a menos que se dictara este fallo produce a nuestro juicio este resultado, que casi todos los comentaristas destacan: entre otros, Prieri Belmonte, *cit.*, nota 7, I, p. 690. Ampliar *supra*, notas 16 y 18.

<sup>22</sup> Manili, *op. cit.*, nota 7, § II, p. 25: “La economía ya no está en emergencia, el sistema financiero tampoco, y el dinero puede fácilmente ser devuelto a su dueño en la moneda original”; Barcesat, *op. cit.*, nota 7, II, p. 9: “Se ha estabilizado el sistema financiero, los bancos han recuperado un nivel de depósitos similar al que tenían previo a la llegada del ‘corralito’, y no se produjo ninguna generalizada quiebra del sistema bancario”; Gómez, *op. cit.*, nota 7, “No hay demostración alguna de que el retiro de los depósitos en moneda de origen cauce el colapso financiero tan alegado. Es más, los bancos alegan gozar de buena salud económica. Se recurre —en un alarde— sofista a dar validez a normativas que restringen y lesionan derechos fundamentales, ante la sola invocación, por quien ejerce poderes colegislativos ordinarios”; Midón, “La regresión...”, *op. cit.*, nota 4: “el discurso de la Corte es atemporal y no responde al momento que atravesamos”; Boico, *cit.*, nota 7, p. 32: “Es necesario mencionar la significativa curvatura de la jurisprudencia, que en tan sólo un año y medio, y con condiciones económicas y financieras más favorables, ha virado sustancialmente su postura en 180 grados, tendiendo a una solución adversa a la propiciada en el fallo Provincia de San Luis;” véase *supra* nota 15. Liendo, “El caso ‘Bustos’...”, *op. cit.*, nota 4, afirma que: “fue la pesificación asimétrica que al convertir los pasivos a \$1.40 y los préstamos a \$1 provocó la quiebra sistémica de los bancos, a los que rescató con emisión de deuda pública. Fue el peligro de esa decisión y la incertidumbre de los pregones del ‘nuevo modelo’ lo que provocó la corrida de depósitos de 2001 y no la insolvencia estructural o el ‘desfase de valor [del peso] con el dólar estadounidense’. Tampoco el Estado era entonces insolvente, sino que fue la devaluación la decisión que lo postró frente a sus deudas en moneda extranjera al depreciar el valor de los impuestos que percibe en moneda local. Tenía, es cierto, dificultades financieras que tardamente se había inclinado por atender mediante el dictado del dec. 1387/2001 (Adla,

Por supuesto, que la pesificación era un hecho irreversible por la justicia, es obvio para todos: ninguna CSJN puede reintroducir la dolarización, eso sólo ocurría en los escenarios absurdos de algunos periodistas que lo usaban como argumento de efecto para remar a favor de la posición del gobierno, que tan generosamente sostiene a sus propietarios con la inmensa publicidad oficial que todos los ciudadanos pagamos.

Pensar que Corte alguna, la anterior, ésta o la futura, pueda ordenar la redolarización de la economía es tan absurdo como sostener que la Corte pueda dejar sin efecto el *default*. Ni una cosa ni la otra necesitaba declarar-la la CSJN, lo sabe cualquier habitante de la nación.

Pero ello no acarrea cohonestar la forma en que fue hecha, ni la desviación de poder, ni la asimetría, ni la confiscación, ni tantos “detalles” más.

Son tan variados los aspectos de hecho que cada caso llevará, que eso debe resolverlo caso por caso la justicia de grado. Pretender que lo haga la CSJN es una propuesta imposible, más que de altísimo riesgo al haberse cometido el grave error de intentarlo, *in re Bustos*. No puede desde un fallo pretender orientar la totalidad de los casos con sus infinitas variedades.

Pero hay más elementos de juicio a ponderar.

Nos equivocariamos nosotros, con un falaz argumento *ad hominem*, si nuestra mayor simpatía por la CSJN actual o algunos de sus miembros —incluida la excepcional figura de Lorenzetti, que respetuosa y afectuosamente saludamos, como ya lo hicimos con otras excelentes incorporaciones previas como la de Zaffaroni— nos llevara a *no ver fríamente estos pronunciamientos en materia de seguridad jurídica*.

*Cartellone c. Hidronor, Cabrera, Bustos*, van aumentando la temperatura ambiente, en lugar de poner paños fríos a la situación. La incertidumbre ciudadana aumenta con pronunciamientos que parecen ser demasiado del agrado del poder de turno, que incluso lee públicamente los fallos como anticipo de futuros triunfos revocando en sede local los fallos arbitrales internacionales<sup>23</sup>

LXI-E, 5605) y las operaciones que ejecutó y proyectaba ejecutar en el corto plazo. Pero de ningún modo puede afirmarse que un país que adeuda el 50% de su producto bruto —de lo que produce en un año calendario— está en ‘quiebra’ o cosa semejante”. Déjennos el consuelo de que tal vez nos salvemos, por los hados judiciales normales ya que no por la CSJN: “Porque de igual modo que sé que todo puede suceder, así también sé que no todo me sucederá; por ello espero la prosperidad, dispuesto como estoy para las desgracias” (Séneca, *op. cit.*, nota 10, Libros X-XX y XXII, p. 90).

<sup>23</sup> Tema que ha tenido una vasta bibliografía. Entre otros, uno de los primeros trabajos en la materia ha sido nuestro cap. XVII del t. 2, *La defensa del usuario y del administra-*

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 283

que no le gusten.<sup>24</sup> Así no saldremos jamás del pozo en que nos encontramos, sino que horadaremos los fondos marinos.<sup>25</sup>

do, 3a. ed., Buenos Aires, FDA, 1998; luego “El arbitraje administrativo nacional e internacional”, en Carello, Luis Armando (dir.), *Derecho constitucional y administrativo*, t. 1, Rosario, Juris, 1999, pp. 12-85, más tarde reproducido y ampliado en las diferentes ediciones ulteriores del t. 2. *La defensa del usuario y del administrado*, de las cuales la última local fue la 6a. ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional”; González Campaña, Germán, “La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI”, en Gordillo (dir.), *op. cit.*, pp. 159-169; Tawil, Guido Santiago, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’”, *LL*, 2003-A, 914; “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *LL*, 2000-D, 1106; Panelo, Santiago, “La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión”, *LL*, 2003-E, 1482. Más recientemente, ya comentando las implicancias de *Cartellone*, cabe destacar Mora, Roberto D., “¿Aval judicial al incumplimiento internacional”, *LL*, SJDA, 15-X-04, p. 33-39.

<sup>24</sup> Es la posición que en algún caso ha asumido, cuando le tocó intervenir como abogado de parte, el anterior Procurador del Tesoro de la Nación. El abogado del Estado debe defenderlo y agotar los medios de defensa, pero a mi juicio es en cuanto al fondo que hay que pelear con todo, no en las formas que posiblemente se pierdan: la técnica de la defensa del Estado en juicio interno no es la técnica de la defensa del Estado en juicio arbitral internacional. Con ello no estoy censurando distintas posturas —entre sí— tales como Rosatti, Horacio D., “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, *LL*, 2003-F, 1283 (se inclina a la inconstitucionalidad de los tratados); o Citara, Rubén, “El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada,” *LL*, 2004-A, 2400 (se inclina por el agotamiento de la vía interna). Es también la comprensible posición de funcionarios del gobierno, por ejemplo Siseles, Osvaldo, “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión”, en Gordillo (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, *cit.*, pp. 123-135; no conocemos la posición de nuestro admirado juez Osvaldo Guglielmino, hoy procurador del Tesoro de la Nación. Ahora bien, que uno entienda sus respectivos predicamentos personales y sus deberes funcionales, no lleva a que podamos llegar a proponer el suicidio colectivo de alzarnos contra los tratados internacionales que hemos suscrito y debemos cumplir de buena fe.

<sup>25</sup> Pues la responsabilidad internacional del Estado tiene muchos mecanismos eficaces para ser instrumentada. Véase por ejemplo nuestro “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional”, en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, pp. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*, edición como *e-book* gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar). Además no ha de olvidarse la tendencia en materia de derecho internacional vs. derecho interno: mis artículos “La creciente internacionalización del derecho”, en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México,

Los fallos de la CSJN que satisfacen al gobierno preocupan exponencialmente, en sentido opuesto, a la sociedad; le restan el ánimo que necesita para recuperar la fe en el derecho y en las instituciones, para que haya comercio, inversiones, crédito,<sup>26</sup> economía en suma sin la cual tampoco hay empleo, sólo asistencialismo.<sup>27</sup>

La cuestión fundamental para la CSJN en la hora actual, pues, resulta ser si trata de satisfacer los deseos expresos o implícitos del presente gobierno, o si de manera independiente puede más bien acudir a la satisfacción de los intereses y deseos de la comunidad, que quiere —y objetivamente, pruebas al canto, *no puede*— tener fe en el derecho. ¿Podrá alguna vez?

2002, pp. 71-92; “Impacto de los tratados internacionales en el derecho administrativo”, *RAP*, 309, pp. 113-121.

<sup>26</sup> Véase *supra*, notas 3, 7, 8, 14, 20; Baeza, *op. cit.*, nota 7, 4.IV, “...si un ahorrista ha depositado fondos en un banco no piense seriamente que la justicia obligará a esa entidad a cumplir el contrato al que se sometiera, pues las ‘enormes injusticias’ entre ‘bancos y depositantes’ harán que la balanza se incline a favor de....¡los bancos!”; Gómez, *op. cit.*, nota 7: “Aquí, la Corte desconoce, una realidad tangible y palpable, que los ahorristas han sufrido tanto o más que otros agentes de la población. ... Ellos han vivido, la crisis del 2001/02 con su propiedad acorralada, y como tal, sufrieron, en peor medida (que otro que tenía disponible su patrimonio) la salida tambaleante y a ciegas de la convertibilidad. Estos últimos se han vistos beneficiados por la política del príncipe, aunque la Corte no los menciona. Párrafo aparte merecen los bancos, quienes además de obtener intereses excesivos por créditos otorgados, de los beneficios compensatorios y de descuentos obtenidos del BCRA, se vieron beneficiados por el sistema de bancarización forzosa impuesto para toda compra y venta superior a \$1,000, como de cancelación de deudas financieras, compra de bienes muebles e inmuebles, con depósitos de los ahorristas. A través de dicho sistema se retuvo el depósito en el banco y el ahorrista lo tuvo que aceptar, so pena de quedar incautado su patrimonio sine die, o lo que es equivalente, hasta que el príncipe lo disponga. El reproche a los ahorristas no tiene justificativo, ya que han tenido que hacer un doble esfuerzo para vivir en la crisis generada por nuestros gobernantes. ... Aquí, los únicos privilegiados son las entidades financieras, quienes nuevamente, salen indemnes del conflicto que los tuvo como actores principales”; Prieri Belmonte, *op. cit.*, nota 7, III: “...era la oportunidad —espero no sea la última— de demostrarle a la ciudadanía que el Estado estaba dispuesto a cumplir con su obligación de acatar la ley que él mismo había dictado muy poco tiempo antes de la violación. Hubiera servido para que los ahorristas confiaran nuevamente en el sistema y en el Estado. No sucedió así, y sin duda la desconfianza hará que los perjudicados duden en volver a colocar los ahorros en el sistema de país, aun con una ley que les garantice su intangibilidad”. Ampliar *infra*, nota 42.

<sup>27</sup> Cabe decirle a estos dos gobiernos “El mayor problema lo tienes contigo, tú eres el que te creas las dificultades”: Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 97. Lo mismo en el caso de la CSJN, por la encerrona histórica en que el destino la ha colocado, como explicamos al final de este artículo y en las notas 43, 47, 49, 57, 59 y otras.

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 285

Hace falta calma para ello, no más revoluciones. Ya bastantes cambios profundos hemos tenido recientemente,<sup>28</sup> serenemos un poco los ánimos, calmemos los espíritus atribulados de la ciudadanía.

Aunque a nosotros no nos preocupen algunas actualizaciones que estimamos correctamente acordes al derecho internacional contemporáneo, cabe admitir que a otros tales novedades resultan a veces muy difícilmente soportables. En todo caso la Corte correctamente aplicó el *ius cogens* por sobre el derecho interno,<sup>29</sup> dando lugar a comentarios que señalan

<sup>28</sup> Uno muy importante y valioso, la declaración de inconstitucionalidad de oficio, que comentamos en “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 27-VIII-04, p. 2. Ampliar en Gelli, *Constitución de la nación Argentina. Comentada y concordada*, *cit.*, com. al artículo 116, 6, “Declaración de inconstitucionalidad de oficio”, pp. 816 y 817.

<sup>29</sup> Por más que nosotros compartimos el criterio axiológico del Congreso en materia de declarar la nulidad insanable de las leyes de amnistía y obediencia debida, conforme al derecho de gentes que ya nuestra Constitución reconoce desde 1853, lo cierto es que ha creado tribulación en algunos espíritus al ver el nacimiento de un nuevo derecho penal internacional, imperativo en el orden interno. Véase nuestro artículo: “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521”, *LL*, 2003-E, 1506; su lectura a veces no ha permitido comprender exactamente el alcance de lo expuesto, pero se trata en suma de trabajos en la misma sintonía, por ejemplo Loiano, Adelina, “Leyes del perdón y del olvido: verdad vs. impunidad”, *LL*, 27-VIII-04, p. 7; es éste un movimiento de carácter internacional del cual sólo logran escapar las grandes potencias como Estados Unidos, China, Rusia, Brasil: ni siquiera la Unión Europea. Véase nuestro trabajo “The Draft EU Constitution and the World Order”, en varios autores, *The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia Publications Ltd., Londres, 2003, pp. 281-294. Reproducido —con modificaciones— en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 16, núm. 1, primavera-verano de 2004, Esperia, Londres, pp. 281-294.

Véanse también nuestros trabajos: “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)”, en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10; “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *LL*, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en la conferencia “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-119.

La actual composición de la CSJN tomó a nuestro juicio la decisión acertada, con el antecedente de *Priebke* (*Fallos*, 318: 2148 en 1995) en *Arancibia Clavel*, *LL*, *SJDC*, 13-X-04, esp. 7-12 (la lectura puramente política, tan corriente entre nosotros, no podía dar resultado diferente: ¿Acaso alguien imaginaría en un tema con tan claro precedente de la Corte de Menem, que *esta* Corte se ubicara a la derecha de la *Corte defenestrada*?).

“desde la fuente interna no es posible determinar la validez o invalidez de la fuente externa. El único camino posible es utilizar la aplicabilidad”.<sup>30</sup>

Esa Corte está acotada y tendría que hacer muchos malabarismos para llegar a conclusiones distintas en materia de tratados bilaterales de inversión. Claro, todo se puede argüir, y se puede decir que la solución vale para el *ius cogens* porque en suma es conforme a nuestro derecho interno, pero no los tratados bilaterales que “contradicen el orden público local” aunque suman ya 1,100 en todo el mundo. ¿Eso pretenderemos tirar abajo?

No se crea que podrán convencer a nadie que no esté ya convencido de antemano de ello,<sup>31</sup> en la misma administración, en el mismo país. Del mundo conviene olvidarse si así es como tiraremos el dado.

Quienes tal vez no venían siguiendo atentamente la evolución del nuevo derecho internacional imperativo en materia de delitos de lesa humanidad (muchas veces publicada, pero quizás no aprehendida en su entera dimensión, por ejemplo CIDH, *Barrios Altos*, 2001, LL, 2001-D, 558 y demás antecedentes) se ven ahora sorprendidos por la desaparición del antiguo derecho penal nacional, por ejemplo, García Belsunce, Horacio A., “Reflexiones en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso ‘Arancibia Clavel’”, igual suplemento, pp. 89-98. Sin embargo, no hay motivo para sorpresa académica cuando la propia academia premió y publicó un meridiano trabajo de Zuppi, Alberto, *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, Buenos Aires, 2001, además de conocerse y recordarse otros igualmente claros, del mismo autor: “Recobrando la memoria: las leyes de impunidad y los crímenes contra la humanidad”, *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, 447-475; ver también Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional. El camino de Nuremberg al Estatuto de Roma*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

Si bien la decisión es justa y correcta, conviene notar que en muchos espíritus crea desazón. No hay que echar demasiada leña al fuego, encima en materia de derecho de propiedad en épocas de emergencia, donde la tradicional jurisprudencia es no admitir la destrucción del derecho sino a lo sumo su postergación. Por eso pensamos que la CSJN debe momentáneamente recomponer su rol frente a la sociedad y pasar de la confrontación al espíritu de pacificación de, al menos, no entrometarse desde tan alto estrado con los bolsillos individuales. Deje a los jueces de grado hacer, no pretenda resolver *ella* el universo entero de problemas y encima creativamente mal. No lo merecemos, no lo merece ella misma.

<sup>30</sup> Gil Domínguez, Andrés, “El caso ‘Arancibia Clavel’: un fallo fundante en torno a la aplicabilidad,” LL, *SJDC*, 13-X-04, pp. 99-105, esp. p. 105. Es curioso que este autor, que declara aquí la preeminencia del derecho supranacional, no advierte que en el caso *Cartellone* asoma una solución que el gobierno lee como si fuera contradictoria o una excepción de éste: “El caso ‘Cartellone c. Hidronor’: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, LL, 23-VIII-2004.

<sup>31</sup> Véase Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 14. Dice Nieto: “Cuarenta años de profesor y no he conseguido nunca convencer a nadie que no estuviese convencido ya de antemano”.

¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 287

A nadie convenceremos que un país periférico, no Estados Unidos, China, Rusia, pueda celebrar una subred internacional sistemática de 57 tratados análogos, parte integrante de la mentada red internacional de 1,100, sometándose a *tribunales internacionales* y luego declarar, si pierde, que la sentencia arbitral internacional contradice el derecho interno y es “nula” a criterio de la Corte *nacional*.

Las sanciones internacionales en caso de reincidencia en el incumplimiento de sentencias de los arbitrajes internacionales tal vez no sean inmediatas pero con el correr del tiempo serán inevitables. Al final de todo ello y para salir de las sanciones... habrá que cumplir de todos modos, sólo que habiendo destruido previamente, todavía más, la economía, la trama social, el derecho. El “modelo” de pobreza, indigencia, parálisis, desinversión, inseguridad interna, ciertamente se multiplicará si elegimos el camino de desafío a la comunidad internacional.

Entre las presiones de un gobierno que quiere, sin una fina percepción de los hechos, que se termine a su favor la discusión de la pesificación asimétrica, y la necesidad de restablecer la vigencia del derecho en el país, el equilibrio de la actual CSJN es harto precario e inestable.<sup>32</sup> El mismo resquemor que nació contra la Corte anterior por apoyar demasiado al gobierno de entonces, volverá a ensañarse en el futuro con la actual Corte, cuando se advierta que no ha mejorado la seguridad jurídica y la fe en el derecho. No es el buen camino.<sup>33</sup>

A mi juicio el criterio orientador para su acción en la hora actual debe ser el mismo que orienta a la CS de Estados Unidos: *no preceder* al resultado del debate social, sino *seguirlo* una vez formado, como hiciera la nuestra en *Sejean*. Y no me cabe duda alguna que el consenso social *condena* sin ambages el disparate (aunque varíen al infinito los modos judiciales superadores<sup>34</sup> o morigeradores de él) de las normas del infausto comienzo de 2002, con todas sus disvaliosas consecuencias sociales que son

<sup>32</sup> “Pero juzgo asimismo que debes proceder de forma suave: que el embrollo ... mejor que romperlo, lo deshagas”: Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p.103.

<sup>33</sup> Debe ella pues recurrir a la filosofía estoica, recordando que “de la propia filosofía no deberás hacer ostentación: muchos incurrieron en peligro por haberla practicado con insolencia y obstinación: que te libere a ti de los vicios y no echés en cara a los demás los suyos. No desdeñe las costumbres de la mayoría, ni obre de tal manera que parezca condenar cuanto ella no hace. Se puede ser sabio sin ostentación, a secas” (Séneca, *cit.*, nota 10, Libros X-XX y XXII, p. 262).

<sup>34</sup> También hay medidas legislativas y administrativas que modifican constantemente el panorama, cambiante si los hay. Uno de ellos es la compensación a los bancos que

parte del novísimo “modelo”.<sup>35</sup> Hay mucho para criticar del anterior, pero conviene acordar que éste da peores resultados aún sin corrupción masiva y desenfrenada,<sup>36</sup> y con mejor recaudación tributaria. Algo muy malo debe haber para que el resultado sea tan catastrófico. Los economistas, desde su óptica, lo conocen.<sup>37</sup> Los abogados practicantes, desde la nuestra, también lo sabemos: es la falta de confianza, de seguridad jurídica, de fe en el derecho, en el contrato,<sup>38</sup> en la moneda, en el comercio, en todo.

La CSJN no puede, sin alto costo político y de estimación social nacional e internacional, perpetuar el estado de total ausencia de fe en el derecho que atraganta a la ciudadanía, decir que todo eso estuvo entonces, o está mágicamente ahora, perfectamente de acuerdo con la Constitución.

Como tampoco puede —políticamente— decir lo contrario,<sup>39</sup> le quedaba una sola opción, el silencio.<sup>40</sup>

No ha sabido utilizarlo, *Bustos* lo demuestra.<sup>41</sup>

entonces les obliga ineluctablemente a devolver lo ajeno. Otras son las particularidades de cada caso, que van cambiando con el tiempo. Quien empezó joven y con salud puede terminar anciano y enfermo y en ese momento recibir algo de piedad judicial. Las circunstancias de cada caso son infinitas, por eso hacen mucho daño los pronunciamientos que en este tema establecen fórmulas que puedan ser tomadas como genéricas, si es que van contra el derecho y la razón. Somos partidarios de los fallos *erga omnes* cuando anulan una conducta ilegítima, pero los efectos *erga omnes* de la manifiesta antijuridicidad indemne, amparada por la CSJN, es de lo más funesto que hemos visto.

<sup>35</sup> Reiteramos nuestra referencia de la nota 10 al ilustrativo estudio económico de Dreizen, “Tipo de cambio y pobreza: de eso no se habla”, *cit.*, nota 7.

<sup>36</sup> Que también, por cierto, cambia de vestimenta. Ahora es la publicidad oficial, pagada por el tesoro, que hace que todos los diarios vean bondades y dichas por doquier. Pero las mediciones de Transparencia Internacional, aún imperfectas, nos colocan en el rango 108 sobre 146 naciones en los últimos dos años: *Buenos Aires Herald*, “Argentina Fails TI Corruption Test”, 21 de octubre de 2004, nota de tapa. En una escala de 1 a 10, estamos en 2.5. El primer voto de la CSJN en *Bustos* tiene la intrepidez de hablar de la corrupción *anterior*, contra la cual nada hizo ni nada dijo en su momento. En cambio, como siempre, nada dice del presente, ni siquiera del gobierno anterior. Para este voto, parafraseando a Félix Luna, “Todo es historia”, todo menos el presente y el pasado reciente que aquí no están, como si ambos fueran ya “futuro” para que lo encaren otras generaciones.

<sup>37</sup> Dreizen, *op. cit.*, nota 7.

<sup>38</sup> *Supra*, notas 3, 7, 8, 14 y 26; *infra*, nota 42.

<sup>39</sup> De allí la previsibilidad de la que habla Alanís, *op. cit.*, nota 1.

<sup>40</sup> Es como *Hamlet*, “And the rest is silence”.

<sup>41</sup> A falta de silencio, muchos e inusualmente fuertes juicios de valor, que han justamente sorprendido y provocado desagrado y desmayo en la doctrina. Ver Borda, *cit.*, nota 7, § I, p. 13, § II.4, p. 14, § II.6, p. 15; Bianchi, *op. cit.*, nota 7, p. 11; Gelli, “El caso Bustos...”, *op. cit.*, nota 1, p. 5, Manili, *op. cit.*, nota 7, § II, p. 26; Badeni, *op. cit.*, nota 7;

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 289

Los cambios no han sido menores, no era hora de convalidar los avances sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos comunes, los que no tienen poder alguno para influir en las decisiones de los órganos de gobierno pero esperan verse tutelados por el Poder Judicial independiente, sea el de grado o —cada vez menos— el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si la Corte Suprema, en esta hora jurídicamente aciaga, no puede políticamente convalidar una decisión de grado que restablece el orden jurídico, absténgase al menos de decirlo expresamente, de reabrir la herida que la instancia de grado estaba tratando de restañar. Deje a la sentencia de grado en pie, rechace la queja. Dedíquese a su función judicial *ordinaria*, deje descansar la *extraordinaria* hasta que la fe en el derecho regrese, de a poco, como decía Mairal esperanzadamente.<sup>42</sup>

Y mientras tanto, resuelva el problema estructural de sus miles y miles de causas extraordinarias y quejas por denegación del extraordinario, sempiternamente atrasadas con palmaria denegación de justicia e inseguridad jurídica constante, que sólo puede atender con una masiva delegación, pero que aun así no resulta funcional.<sup>43</sup>

Barcesat, *op. cit.*, nota 7, § I, pp. 8 y 9; Carnota, *op. cit.*, nota 7, p. 29; Wetzler Malbrán, *op. cit.*, nota 7; Alanís, *op. cit.*, nota 1. Es el propio Tribunal el que, en su encabezamiento, por su inusual lenguaje y manifiestos errores de hecho, desafía frontalmente a la sociedad entera. Ya que la CSJN no supo ejercer la virtud del silencio y ante la voz disonante de ese voto, los demás votos individuales debieron haber replicado tales *ex abruptos* en el seno del tribunal.

<sup>42</sup> Las referencias de *supra*, nota 1. Un amigo nuestro colombiano decía hace medio siglo: “Nunca las cosas están tan mal que no puedan todavía empeorar”. En la emergencia de *Peralta* cayeron los que tenían grandes capitales en *call*, por cientos de millones de dólares cada uno. Ellos aprendieron la lección: sus capitales estaban ahora fuera del país en euros, yens o francos suizos, ni siquiera en dólares. Otros, cercanos al poder de turno, también aprendieron y se convirtieron en deudores gigantescos del Estado y del sistema financiero, clamando al ministro de Economía por la pesificación asimétrica que les permitiera cancelar sus deudas con monedas. ¡Oh sorpresa, lo lograron! Sólo los pequeños y medianos incautos fueron sorprendidos con créditos, bonos, depósitos... Ahora, *Bustos* mediante, todos están preparados para la próxima: nadie tendrá un peso o dólar en ninguna parte de la Argentina, con lo cual la profecía auto-cumplida será al revés: el Estado argentino no podrá despojar a nadie, pues nadie tendrá nada en el país. Ampliar *supra*, notas 3, 7, 8, 14, 20 y 26.

<sup>43</sup> Es tanta la cantidad de personas capaces que trabajan en la Corte, además de los ministros, que se ha ido creando una suerte de omnipotencia de todo poderlo estudiar mejor que cualquier tribunal anterior, todo saberlo más, todo verlo con más claridad. Eso ha llevado al atraso sistémico de la Corte y a que entren muchas más causas de las que

Debe la CSJN arreglar primero su casa<sup>44</sup> antes de querer arreglar al país, *que no puede políticamente hacerlo, no ahora*.<sup>45</sup> Lo primero, si se aplica, tal vez pueda.<sup>46</sup> No cometa el mismo error político de la Corte defenestrada. No más casos espectaculares propios, que ya le endilgarán propios y también ajenos, como a la Corte anterior.

Si la CSJN *no* siguiera estos simples preceptos de sabiduría antigua, el mensaje a la sociedad sería de coincidencia con las irreflexivas normas de aquel primer cuatrimestre aciago de 2002, que además traicionaron a mansalva la fe pública en aquel entonces y a virtualmente toda la ciudadanía menos los beneficiados por la deliberada y confesa desviación de poder gubernativa. ¿Será esa la lección moral y de historia que la Corte nos lega para el futuro?

Esa transferencia de recursos ya pasó: los nuevos pobres ya fueron incorporados a la estructura de la exclusión. No hay ahora soluciones mágicas. Dejád a la justicia de grado resolver los casos ocurrentes, no creáis en el poder divino de vuestra justicia humana.<sup>47</sup> Y sobre todo no conforméis

debieran, paralizándolo mientras tanto la ejecución de las sentencias judiciales definitivas de los superiores tribunales de la causa, que de hecho deben esperar a que se resuelva la denegación de la queja para animarse, sin temor, a ejecutar la sentencia. Desde luego, esta crítica no tiene ninguna originalidad. Lorenzetti, luego de ser propuesto para integrar el tribunal, lo ha señalado. También lo había dicho Zaffaroni, antes de entrar. El gran desafío es poder llevarlo a la realidad.

Pero hay un dato que ha cobrado creciente importancia con los años y es el que señalamos en el primer párrafo de esta nota. Aunque la delegación sea un dato de la realidad, ella debe ser eficaz: requiere coordinación, dirección, enseñanza y supervisión. Eso no lo puede hacer una corte de nueve miembros siempre mutante, como al presente. Parece haber llegado la hora de frenar, cuando ese sistema produce *Cartellone, Cabrera y Bustos* sin empalidecer, dejando demudada a casi toda la sociedad, salvo como dice Nieto “el convencido ya de antemano” (*op. cit.*, nota 31, p. 14). Véase también *infra*, notas 47, 49, 57 y 59 de este artículo.

<sup>44</sup> Debe recordar a Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 109, “Pocos son los que mediante la reflexión ponen orden en sí mismos y en sus cosas”. La CSJN, al menos esta Corte, debiera ser uno de esos pocos que dice Séneca, en estos estoicos momentos.

<sup>45</sup> Es como en caso de accidente en los aviones cuando caen las máscaras de oxígeno; o, si volvemos a Séneca, “como sé que su vida depende de la mía, comienzo, para atenderla a ella, a atenderme a mí”. (*op. cit.*, nota 10, Libros X-XX y XXII, p. 264). Es una variante del también antiguo concepto: “Médico, sánate a ti mismo primero”.

<sup>46</sup> El sabio, “al darse cuenta de la situación grave en que se revuelve, insegura, peligrosa, retrocederá, no volverá la espalda, mas, poco a poco, se retirará a un lugar seguro”: Séneca, *op. cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 104.

<sup>47</sup> Mucho se ha escrito sobre la necesidad de que la Corte reduzca sus atribuciones, pero nada es lo que se ha hecho. Para mayores referencias puede verse, recientemente, Gil

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 291

con vuestra firma la tragedia, como lo habéis hecho en *Bustos*. Eso es una máxima tragedia argentina.

Su escarpelo debía sólo finamente retocar las pequeñas cirugías, sin producir nuevas hemorragias como en *Cabrera*, en una lectura sin matices, o con *Bustos* en que se consagra lo que Martín Redrado avisó desde hace años que podía ocurrir, cuando planteaba que las opciones eran cirugía o carnicería.<sup>48</sup> Esto no es cirugía.

Es hora de reflexionar puntualmente sobre el rol actual de la CSJN en la sociedad en esta transición tan agónica, y su pretensión de revisar todo, con el resultado de que las causas nunca terminan hasta que tengan sentencia de la CSJN en la denegación de la queja o peor, la decisión del extraordinario.<sup>49</sup> Eso también mella la seguridad jurídica, al eternizar los plazos para hacerse de alguna parte del derecho vulnerado, en tiempo que preceda a la propia muerte de partes y letrados, jueces y profesores. También somos ciudadanos los que aspiramos a tener justicia en tiempo oportuno y no es justicia una decisión de la CSJN terminando un expediente años o décadas después...

Se crea así una brutal paradoja: que hoy nuestros derechos zozobran allí donde nos enseñaron que iban a tener tutela. Nuestra inseguridad jurídica actual no es qué dirán los tribunales de grado, sino qué ha dicho o dirá la

Lavedra, Ricardo, "Cambios en la Corte", *LL*, 27-VIII-04, quien da mayores y completas referencias bibliográficas. El sustento fáctico lo señalamos al final del presente artículo y en las notas 43, 49, 57, 59 y 61.

<sup>48</sup> Lo reseñamos en nuestro artículo "El estado de derecho en estado de emergencia".

<sup>49</sup> Si en vez de queja denegada, que por lo menos deja firme lo antes resuelto, la CSJN resuelve el extraordinario o la apelación ordinaria, el retraso puede ser *mayor*, en los hechos: obliga a los jueces inferiores a dictar *nuevos* pronunciamientos, *otra vez*, ahora para ajustarse a lo dicho en el caso específico por la Corte. Así visto, es un proceso que nunca tiene fin. Hay casos en que un mismo tema llega a la Corte Suprema *tres veces* sin tener todavía resolución definitiva, luego de recorrer *tres veces* las instancias de grado. En tanto y como señalamos en otro lugar de este artículo, la realidad cambia, los números cambian, hay que empezar siempre de nuevo en la misma CSJN. Y luego de la sentencia de la Corte (sí es la defenestrada), siguen las discusiones, las investigaciones, los juicios criminales, nuevos actos, nuevos juicios, la eternidad y nunca el fin. De todos estos supuestos tenemos experiencias profesionales directas, no los estamos imaginando. Es muy frustrante y casi lleva a clamar con Séneca, como buen andaluz que soy, "No dispongo de tiempo para esas bagatelas: llevo entre manos un asunto trascendental. ¿Qué voy a hacer? La muerte me acecha, la vida se me escapa" (Séneca, *op. cit.*, nota 10, Libros I-IX, p. 206)... pero los juicios siguen y siguen y siguen. Véase también, en este artículo, *supra*, notas 43 y 47, e *infra*, notas 57 y 59.

Corte, igual que nos lamentábamos de algunos fallos de la defenestrada Corte. La historia ha así colocado a esta CSJN en una encerrona apocalíptica, de la que necesitará la maestría o la magia de Houdini para desembarazarse. ¿Sabrá hacerlo? ¿O seguiremos todos atados también a sus propias cadenas? Bustos da la respuesta: ha dado varias vueltas más a sus cadenas.

La CSJN de este instante puntual de ansiada transición desde el caos hacia la eventual pero ahora muy lejana seguridad jurídica, tiene que dar el ejemplo de terminar rápido los procesos extraordinarios, allí donde le lleguen, sin intentar “unificar” soluciones y “sentar doctrina”<sup>50</sup> para una miriada de problemas que los jueces de grado se hallan —en estos momentos azarosos y complejos— en mejores condiciones de manejar a tiempo, con la riqueza de miles de matices de los casos particulares. No ayudará a la seguridad jurídica que la CSJN empiece a sentar más y “mejores” reglas generales, fueren ellas las que fueren. Empeorarán el caos.

Así, por ejemplo, una CSJN constantemente revisando las cuentas de los expedientes, como lo vemos a diario, es la negación de su propia instancia extraordinaria, aunque por el devenir histórico haya resultado a veces inevitable. Eso no lo torna bueno. ¿Acaso tiene la certeza de que ella saca las cuentas mejor que otras instancias? ¿Y no saca la cuenta del descrédito social y jurídico en que así pone al derecho y a las instituciones, cuando uno tiene que estar esperando las cuentas que saca la CSJN para ver cuáles son los números del pleito, luego de la debacle y años o décadas de litigio, cuando ya se le fue la vida?<sup>51</sup> ¿Tan poco saben contar las instancias de grado? ¿Y qué autoridad matemática tiene para “contar” quien no puede<sup>52</sup> “calcular” bien las consecuencias sociales y económicas de *Cabrera*, *Cartellone*,<sup>53</sup> *Bustos*?

<sup>50</sup> O peor, esos *holdings* encubiertos o escondidos como dice Alonso Regueira, Enrique M., “Una puerta abierta, un holding escondido (El caso Cabrera),” *LL, SJDA*, 15-X-2004, pp. 40-1, que sacarán de la galera en el futuro diciendo que “es doctrina de la Corte...”.

<sup>51</sup> De esto también tengo testimonio profesional. Como también señala Borda, *op. cit.*, nota 7, “Pareciera que el paso de los años no tiene significado alguno y que restituir la moneda original (que luego de lo que hemos vivido nadie lo puede garantizar) a los diez años es algo lógico. No es posible olvidar que para recibir la moneda original debía recibirse un título emitido por un país en default y que los intereses que se preveían eran irrisorios. Lo que se perdía era, en definitiva, bastante más que alguna contribución patriótica”.

<sup>52</sup> Como diría un personaje de la película de Sordi, *Il Marchese del Grillo*: “Non posso, non debo, non vuolo, non lo faró”.

<sup>53</sup> Aspecto éste agudamente analizado en Montaldo, Marcelo Antonio, “El fallo ‘Cartellone’: Las implicancias económicas de una decisión inconveniente,” *LL, SJDA*, 19-XI-2004, pp. 15 y 16. Véase *infra*, nota 54.

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 293

Para colmo, todo se convierte en profecía autocumplida:<sup>54</sup> al así proceder pasan los años y vuelve a cambiar la realidad. Entonces el tribunal se ha autocreado la forzada necesidad de sacar otra vez las cuentas, hasta las propias, pues todo es, una vez más, diferente. No le queda ahora y en el futuro inmediato, a mi juicio, sino el camino de ir “gambeteando” de a poco la situación, tratando de no dar definiciones genéricas que consagren para siempre que tienen razón los que han perdido la fe en el derecho actual. Debe ir dejando que las cosas hallen su propio cauce por la fuerza de las instancias de grado, como ha venido ocurriendo en los últimos años, desde la caída al abismo en que aún nos encontramos.

Justamente lo que *no* necesitamos en este momento de nuestra historia, en que las presiones son tan fuertes, son definiciones genéricas de la

<sup>54</sup> Es de hacer notar que un principio de sentido común ha sido una vez más recompensado con un Premio Nóbel ante su demostración científica. Este año 2004 lo obtuvieron Kydland y Prescott por trabajos separados, uno de los cuales se fundamentaba en la experiencia argentina. Si los gobiernos no son creíbles cuando anuncian políticas presentes y futuras, la tendencia de la población es hacer exactamente lo contrario de lo que el gobierno propone como meta, y *entonces aciertan*, porque los gobiernos, previsiblemente, no cumplen con lo anunciado. “La inhabilidad de un gobierno para demostrar sinceridad en lograr baja inflación puede llevar a los consumidores a hacer de la inflación una profecía autocumplida” “En esencia, si el Estado tiene un incentivo para favorecer tendencias inflacionarias —por ejemplo, para causar un temporario aumento de la prosperidad antes de una elección— los individuos deben esperar que lo hará” (*The Economist*, octubre 16, 2004, p. 74 : “Economics focus”) y actuar en consecuencia (lo que se anuncia para fines de 2004, con miras a la elección de 2005.)

Toda la población que *creyó* en las leyes del Congreso de la Nación y en las políticas de sucesivos gobiernos, *perdió* ante estos fallos de la Corte. La Corte les dio la razón a los que, desconfiados de las promesas gubernamentales, tenían su dinero en el exterior, y encima *critica ferozmente a los que operaron en el país*. Obviamente, con estos fallos el incentivo que refuerza la CSJN es que nadie traiga su dinero de vuelta, si no tiene amigos seguros en el gobierno para hacer inversiones a corto plazo de alta rentabilidad. Claro, tiene que ser veloz para llevarse el dinero de vuelta al exterior antes que venga el siguiente gobierno, que será nuevamente imprevisible y a quien la futura Corte protegerá en sus futuros desatinos. Esto es la causación circular de la pobreza de un país y de su perpetuo subdesarrollo, que la Corte en estos fallos no hace sino agravar y profundizar.

Desde luego, no hace falta tener un Premio Nóbel para darse cuenta de todo esto. Como dice Prieri Belmonte, *op. cit.*, nota 7, es ya obvio entre nosotros, después de Bustos, que “cuando de parte del Estado se dice lo que se hará, hay que actuar en sentido contrario para estar a lo que realmente sucederá”; “Un fracasado es un hombre que ha cometido un error y no es capaz de convertirlo en experiencia”; “sin duda la desconfianza hará que los perjudicados duden en volver a colocar los ahorros en el sistema del país, aun con una ley que les garantice su intangibilidad”.

Véase *supra*, nota 53.

CSJN en algún caso particular, en esta materia, como en el alarmante Bustos.<sup>55</sup> Por favor, no más ‘grandes’ fallos por el momento en materia de pesificación asimétrica y similares “*Verbis, herbis et lapidibus*” (Cagliostro).<sup>56</sup>

Y más pronto rechazo de quejas, no sirve a la sociedad una tercera instancia *de facto* y para colmo permanentemente al acecho de los supuestos errores cuantitativos de las instancias de grado, como si toda la sapiencia, toda la prudencia, toda la creatividad de soluciones para el caso concreto, toda la sagacidad para ver la prueba, estuviera por mila-

<sup>55</sup> En rigor, siempre he pensado que sólo el que tuviera un estado de necesidad individual podía interponer exitosamente el amparo en ese momento de temor de corrida bancaria (“El estado de necesidad individual, contracara de la emergencia pública”, *LL*, 2002-A, 981). No es pues el rechazo de la vía lo que nos llama la atención, sino todos los demás mensajes que van incluidos en el voto que encabeza el fallo, aisladamente pero sin réplica expresa suficiente ni adecuada en los demás votos. Por ello se pregunta Barcesat, *cit.*, nota 7, § I, pp. 8 y 9: “¿Puede sostenerse frente a este mosaico que existe una sentencia? Creemos, sinceramente, que no. Que se trata de un mosaico de opiniones que no llegan a conformar un fallo válido. Son más los interrogantes que deja abiertos que la certidumbre que pueda aportar. En definitiva, una contribución más a la inseguridad jurídica y al deterioro de las instituciones”. Bianchi, *op. cit.*, nota 7, adelantó la misma observación al igual que Gómez, *op. cit.*, nota 7: “La autonomía de la voluntad, la buena fe contractual y la seguridad jurídica han sido dejados de lado por la Corte, condenándonos a una triste consecuencia, el de no ser un país confiable. Por muchos años más seguiremos siendo un país subdesarrollado, para desgracia nuestra y de todos los que habitamos este suelo ... La Corte, con el presente fallo nos condena a vivir un país sin esperanza, sin esperanza de vivir mejor, en donde los derechos tengan vigencia. Nos condena a vivir en un país en donde lo acordado, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad es pura entelequia, que queda sujeto a lo que el príncipe diga en un momento determinado”; Liendo, “El caso ‘Bustos’...”, *op. cit.*, nota 4: “Los capitales que lograron salvarse de esta decisión jurisprudencial ya no volverán y en lo sucesivo nuestro sistema financiero será uno exclusivamente transaccional, es decir, incapaz de proveer crédito a la economía doméstica. Nuestro desarrollo será más lento y nuestros salarios menores ... En definitiva nos alejaremos paulatinamente de la vigencia de la Constitución con interpretaciones como la que acaba de hacer la Corte y perderemos posiciones relativas con otros pueblos más respetuosos de la Ley y los Contratos. Ninguno de los loables propósitos que avaló la Corte en ‘Bustos’ se obtendrán por el camino emprendido”; Pérez Hualde, “Amparo y control de constitucionalidad”, *op. cit.*, nota 7: “Pareciera que carece de toda utilidad lo elaborado por el máximo Tribunal sobre el muy riguroso análisis en materia de razonabilidad, de vigencia del debido proceso adjetivo, de respeto estricto al marco de la ley de delegación, del acatamiento de sus fines expresos, de la imposibilidad de uso del decreto de necesidad de urgencia cuando el Congreso está sesionando normalmente, de su improcedente dictado invocando la misma emergencia que fundó una delegación, etcétera”.

<sup>56</sup> Zolar, *Enciclopedia del saber antiguo y prohibido*, Madrid, Alianza, 1982, p. 208: “Palabras, hierbas y piedras”.

## ¿PUEDE LA CSJN RESTITUIR LA SEGURIDAD JURÍDICA AL PAÍS? 295

gro divino concentrada de una vez y para siempre en la más alta magistratura del país.<sup>57</sup>

Pues entonces se podría proponer llevar el problema a su máxima expresión, y hacer de la CSJN un tribunal colegiado de primera y única instancia para todo el país, en todas las materias. Eso no está en la Constitución, pero sí está en la realidad de los hechos, desde el salto de Dromi. No es primera y única instancia,<sup>58</sup> pero es la única instancia en que se decide finalmente qué es el ‘derecho’ en el caso concreto, más las cavilaciones de la doctrina y la jurisprudencia de grado sobre cómo interpretar y qué alcance dar a sus a veces herméticas decisiones, cuando son demasiado largas y con demasiados votos.<sup>59</sup> Nos estamos muriendo todos, en el camino.

<sup>57</sup> Es víctima de su propia hipertrofia histórica de causas. Advuértase que no somos críticos de la delegación como método de trabajo, sino que en el caso nos parece que ella no funciona bien al retardar en exceso *toda* la justicia argentina. La delegación en todos los ámbitos públicos y privados es un dato de la realidad. Así en Nieto/Gordillo, *op. cit.*, nota 31, pp. 86-91, nota 17, “El sistema, la vida, los tribunales”. Más aún, los arcanos de la CSJN develan que cuando la sentencia es buena y breve, sin artificios ni lujo de precedentes, y se firma por todos, seguramente la hizo alguna Secretaría permanente de la Corte. Cuando empieza a haber diversos votos, largas exposiciones, tediosas citas, es porque han trabajado cada uno de los grupos secretariales de cada ministro de la Corte con la consiguiente dispersión decisoria y de proyectos, y pérdida de coordinación y páginas que a nosotros nos recuerda al *Didimo* de Séneca. O sea que la cuestión es quién delega y a quién lo hace, no el hecho de delegar. Por eso no soy partidario del análisis minucioso que mis amigos y colegas casi siempre hacen de los diversos votos, es casi alabar el disfuncionamiento material del sistema de control. Ver también *supra*, notas 43, 47 y 49, e *infra*, nota 59.

<sup>58</sup> Salvo en la inevitable jurisdicción constitucional originaria, desde luego.

<sup>59</sup> El problema de los votos disidentes o fallos que parecen monografías lo vimos *supra*, nota 57 *in fine*. Y es así como uno relee lo dicho por Séneca: “Escribí cuatro mil libros: le compadecería sólo que hubiese leído tan grande número de ... cuestiones ... que, si las supiere, debería uno desaprenderlas” (*op. cit.*, nota 10, Libros X-XX y XXII, p. 96). La frase, en muchas variantes, es recurrente en la historia universal del derecho. Recientemente la recuerda Nieto, de otro autor: “mi deseo es olvidar lo que otros con tanto empeño se esfuerzan en aprender” (*op. cit.*, nota 31, p. 15). Hemos recogido a Ihering y otros en nuestra *Introducción al derecho*, con igual alcance: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y *An Introduction to Law, o Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de Spyridon Flogaitis. Ver también lo que explicamos en su cap. V, “Cómo leer una sentencia,” antes publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001; reproducido en *Revista Universitaria La Ley*, año III, núm. 4, agosto de 2001, pp. 9-21. El problema de los fallos donde se gastan toneladas de papel, en un seguro daño ambiental y económico, ya lo advertimos en “Ninguna clase de hombres...”, *LL*, 1995-D, 718 (nota al fallo de la CSJN en *Horvath*), reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 51-56. Véase también notas 43, 47, 49, 57 y 61.

¿O es que no ven la finitud de la vida humana? Cuando un tribunal enfrenta un tema de salud en que está en juego una concreta vida humana, generalmente el valor vida le hace encontrar rápidamente soluciones justas y equitativas. Pero, ¿necesitan mirar la muerte de frente en un caso concreto para darse cuenta que todo urge, pues todo el mundo se muere? Le escapan de mañana en el bazar de *Bagdad*, les encontrará en la noche de *Samarra*.<sup>60</sup>

Su prudencia estará en su silencio para las grandes determinaciones, su rápido apartamiento de las causas que le lleguen sin razón empírica suficiente salvo “agotar todas las instancias”. Es que se nos agota la vida mientras tanto, que es un bien superior, y dejaremos a nuestras generaciones siguientes el legado de la desconfianza, la desesperación, la inexistencia de fe en el sistema jurídico que realmente funciona, no el que predicamos.

Su honor estará en hacer un discreto y quizás largo “mutis por el foro” en estas cuestiones.<sup>61</sup> A partir de Bustos, puede decirse que esta Corte ya habló demasiado. Llámese a silencio, por amor de Dios.

Dejad en la hora ríspida al Poder Judicial de grado, lo que es del Poder Judicial de grado.<sup>62</sup> Nada puede hacer la CSJN, por mejor integración que tenga —y de hecho la tiene—, sino empeorarlo todo en la borrasca que impide la visión a largo plazo.

¿Mi vehemencia es exagerada? No lo sé. Está a la medida de mi sufrimiento por lo que veo a mi alrededor.

<sup>60</sup> Este cuento tiene distintas versiones (John O’Hara y otros), una de las cuales es la de García Márquez, “La muerte en Samarra”. Su recuerdo inspira también otro de los comentarios a *Cabrera*: Mora, Roberto Daniel, “Crónica de una muerte anunciada (a propósito del caso ‘Cabrera’)”. Es que la muerte ronda estos casos, de verdad. Esto no es realismo mágico, es la realidad pura, lisa y llana. La gente se está muriendo sin recuperar sus ahorros: ¿Qué fe en el derecho se cree que le transmitirán a sus deudos? ¿Qué legado queremos para las siguientes generaciones, en materia jurídica? En materia económico-financiera: deudas, desinversión, pobreza, falta de crédito (*supra*, nota 3). En materia jurídica: inseguridad y falta de confianza. No podemos arreglar la económico-financiera, arreglemos al menos la jurídica. La falta de perspectiva histórica es de lo contrario apabullante.

<sup>61</sup> Séneca, *cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 18: “debe obrar el que está ocioso y reposar el que obra. Consulta con la naturaleza: ella te indicará que tanto el día como la noche son obra suya”. Ver *supra*, notas 43, 47, 49, 57 y 59. Es noche para los recursos extraordinarios y sus quejas, es hora de descansar y devolver esos expedientes para que la justicia siga su curso.

<sup>62</sup> “Sepan que las mejores cosas son patrimonio común”: Séneca, *cit.*, nota 10, libros I-IX, p. 57. El concepto se repite en la p. 100, con otras palabras, y en otra epístola de Séneca. Véanse *supra*, notas 43, 47, 49, 57 y 59.