

La Corte Suprema y la “redolarización” de depósitos

Por Alberto V. Verón

1. Algunas consideraciones preliminares

a) La debacle financiera y una ligera incursión psicosociológica

Representaría un error de enfoque pretender examinar el fallo de “redolarización” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sonado caso de la provincia de San Luis, sin antes no considerar los hechos y las medidas desatinadas que provocaron la debacle socioeconómica de fines de 2001 y comienzos de 2002, como lo hicimos en un trabajo anterior al que remitimos para evitar reiteraciones¹.

Añadimos aquí, apoyados en esta exposición, y a manera de ineludible y curioso introito que decir de Duhalde y su cohorte, como lo insinúan algunos medios, que son desvalidos de raciocinio y carentes de intuición, sería simplificar el análisis y adjudicarles una calificación de menor valía, hasta si se quiere exculpadora.

Un sociólogo, y porqué no un psicólogo, quizás explicarían que es preciso entender que en los genes de aquéllos habrían prevalecido algunas variedades deteriorantes del espíritu y del intelecto: son los genes portadores de la ambición desmedida, de la obcecación ideológica, y de la tenacidad y rudeza idiosincrásica arrastradora de voluntades débiles y dependientes, como las de gran parte de un pueblo, creyendo hacerles un bien. Esta creencia es otra falacia porque les domina, por sobre todo, ser triunfantes en la confrontación política, como, por ejemplo, en el enfrentamiento de los “modelos económicos”: el liberal y globalizante de Menem que comenzó lúcidamente, siguió moderadamente y concluyó estrepitosamente malogrado, contra el populista y cerrado de Duhalde que en poco mas de un año dejó al país peor de como lo recibió (por supuesto, recibió una “brasa ardiente”), con el añadido de un devastador desprecio por nuestra carta magna.

En efecto, si debemos dar crédito a algunos datos macroeconómicos que se publicaron, su modelo de “producción y distribución de la riqueza” mantuvo el PBI en iguales guarismos a los de 1993; la renta *per cápita* descendió a u\$s 2300 anuales (contra los u\$s 8000 de antes); el índice de pobreza ascendió del 37% (1999) al 54%; la desocupación alcanzó el récord del 24%; el duhaldismo parece que endosará al próximo gobierno el congelamiento de salarios, las tarifas públicas excesivamente rezagadas, y lo peor, la inevitable subsidiación que derivaría de las “redolarizaciones”.

Durante casi diez años la inflación se había erradicado en Argentina, mientras que en el 2002 (gestión Duhalde) llegó al 42%, para colmo acompañada de una descomunal caída del salario real; los capitales fueron ahuyentados con la desaparición de la seguridad jurídica; se cerraron más de 150.000 comercios, entre chicos y medianos; el patrimonio de los argentinos fue amputado alevosamente con la “deva-

¹ Véase, de nuestra autoría, *Debate económico-financiera, inconstitucionalidad y desconfianza colectiva: convertibilidad, nominalismo e imprevisión*, 2002, en <http://www.astrea.com.ar>.

luación-pesificación”; desapareció la financiación pública y privada; parece que el impuesto a las ganancias se pagará sobre utilidades inexistentes al no permitirse el ajuste por inflación; la venta de autos decreció de 500.000 unidades en 1995, a 85.000 en el 2002; la deuda pública creció de u\$s 165.000 millones a u\$s 190.000 millones; con el FMI la gestión Duhalde sólo logró un mini acuerdo sin plata fresca. Fueron pocos los privilegiados de este “modelo”: el agro exportador, algunos servicios de turismo externo, y los industriales que sustituyeron importaciones, resultando la mayoría de los ciudadanos argentinos perjudicados.

En fin, como una afrenta al sentido común y al ejercicio intelectual, los responsables del gobierno de transición han ignorado inexplicablemente lo que aconteció en la historia de los hechos económicos durante el “rodrigazo” (1975), durante el régimen económico de Martínez de Hoz (1980) o de Sigaut (1981) o durante la presidencia de Alfonsín (1989), que honraron la secuencia devastadora de la devaluación, inflación y pérdida del poder adquisitivo.

De aquí que el periódico *Ámbito Financiero* en su edición del 28/2/03 se haya preguntado con contrariedad, “¿Quién votó, qué urna autorizó a los Duhalde a inventarnos este modelo perverso?”. Sin duda que no fue el pueblo que lo votó, pero, agrade o no, el actual presidente fue designado por los representantes de ese pueblo: el Congreso nacional, por un mecanismo constitucional que debe respetarse.

Después de todo, y luciendo como atenuante, “las circunstancias políticas, sociales y económicas que precedieron y siguieron a la promoción de este caso encuentra difícil comparación en la historia de la Argentina contemporánea”², lo que hizo necesaria –prosigue el magistrado– la adopción por parte del gobierno de medidas de control y restricciones generalizadas sobre los depósitos bancarios que provocaron expresiones de repudio y reacciones populares, signadas por la desesperación y la impotencia, sellándose la desconfianza de vastos sectores sociales, priorizando la necesidad de restablecer la credibilidad, y elevando la necesidad de recrear en el pueblo la confianza en el sistema financiero, en procura de la recuperación nacional, la racionalidad, la prudencia, y el respeto de la buena fe contractual entre bancos y depositantes.

b) Consideraciones jurídicas y no jurídicas

Sería impensable conjeturar que los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fundamentos de sus respectivos dictámenes, además de las consideraciones estrictamente jurídicas, vigorizadas por no pocos pronunciamientos de primera y segunda instancia (principalmente los que condenaron la “pesificación” y la violación de la propiedad privada), no hayan sido repercutidos por la magnitud pública que alcanzó la protesta de los perjudicados (como los ahorristas) a lo largo de más de un año, por un lado; y la desesperada coacción que ejercieron los interesados en que la justicia –más precisamente, el alto tribunal– no se pronunciara

² Son palabras del ministro de la Corte Carlos S. Fayt, en sus considerandos del caso “Provincia de San Luis”, refiriéndose al malogrado gobierno de De la Rúa, aunque eludiéndolo y no nombrándolo, que “desfibraron el sistema de creencias sobre el que se asienta la Nación y la vida del Estado”.

contra las medidas financieras dictadas a comienzos del 2002 por el gobierno de Duhalde, por otro lado.

También sería aventurado especular sobre el alcance y medida de estos influjos, por lo que el presente comentario discurrirá dentro de los carriles de su cientificidad, aunque no prescindirá de la *realidad* socioeconómica que circundó a la debacle, cada vez que ello sea necesario para una más acabada comprensión de los derechos que se hubieren conculcado.

La misma Corte señala en este fallo que la controversia subyacente en su proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que se tramitan ante los tribunales de todo el país, que revelan la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado nacional y las entidades financieras, por lo que la interpretación del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado, pues siguiendo a Ihering, no son los hechos los que deben seguir al derecho sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos.

Se prescindirá en cambio de consideraciones políticas sobre los integrantes del supremo tribunal, a quienes conocemos sólo a través de algunas sentencias que tuvimos ocasión de comentar en materia societaria, no estando siempre de acuerdo con el criterio sustentado por la mayoría de sus miembros, como en un conocido caso de *insider trading*³ en el que la Corte, por mayoría, lo rechazó compartiendo el suscripto, en cambio, los medulosos trabajos doctrinarios de los jueces en minoría (Nazareno y Boggiano) que juzgaron el caso como de conductas contrarias a la transparencia en el mercado de valores.

c) Constitución del tribunal

La primera reflexión que parece imponerse pasa por preguntarse si el procedimiento de constitución del cuerpo del tribunal ha sido regular, y si no lo ha sido en qué forma pudo haber incidido en la sentencia final.

Recordemos que de los nueve integrantes de la Corte, uno de ellos, Petracchi, ya se había excusado de la causa por entender que no debía intervenir en la misma al ser un depositante de plazo fijo atrapado en el “corralito”. Quedaron ocho jueces, de los que se necesita el voto favorable de por lo menos cinco de ellos para producir sentencia, en un sentido u otro.

El sentido del caso que nos ocupa parece que ya estaba definido de la manera como finalmente, en lo esencial, se suscribió; sin embargo, a último momento el demandado Banco de la Nación Argentina recusa a los jueces Moliné O'Connor y Fayt. La recusación al primero es considerada improcedente porque el motivo alegado no es causal de recusación (publicación en el medio electrónico de un diario del proyecto de su voto que no necesariamente pudo haber sido suministrado por Moliné O'Connor a la prensa, desvío que no resulta posible imputar a persona determinada). En el caso del juez Fayt, en cambio, los jueces disidentes (Belluscio, Boggiano y

³ CSJN, 27/9/01, “Doctrina Societaria Errepar”, jun. 2002, p. 254 a 264.

Maqueda), consideraron que sí existió causa legal de recusación porque tenía un interés directo en la decisión (había convertido en pesos el plazo fijo que poseía, por lo que una resolución de inconstitucionalidad podría implicar revisar la “pesificación” para reconvertir su acreencia en moneda extranjera), lo que se agrava por su actuación en causas similares ocultando la existencia del depósito, y por la circunstancia añadida de que el juez recusado rechace el mismo su recusación (juez y parte).

En síntesis, los jueces disidentes llegaron a la conclusión de que la decisión mayoritaria de rechazar la recusación resulta así afectada de un vicio procesal, pues es evidente –dicen aquéllos– que se encuentra configurada la causal de recusación prevista en la normativa procesal, y que más allá de la letra de la Constitución, de los pactos internacionales, y de la ley, desconocería elementales reglas de ética, viciando una mayoría con su participación, poniendo de manifiesto la nulidad de lo decidido⁴.

Para los jueces mayoritarios, en cambio, la recusación fue extemporánea y de manifiesta improcedencia, careciendo de virtualidad al ser formulada en forma subsidiaria para el supuesto de rechazarse liminarmente el planteo, lo que torna inoficioso su tratamiento. Según el presidente del tribunal, Nazareno, el fallo no es nulo porque si bien Fayt tenía un depósito en el Banco de la Nación, al momento de firmar la sentencia ya había aceptado los bonos, dejando de ser acreedor del banco y no teniendo ningún reclamo pendiente.

Más allá de estas escaramuzas procesalistas (que bien podrá ser objeto de estudio por los especialistas), lo cierto es que la resolución “redolarizadora” fue aprobada ajustadamente por el número mínimo de jueces (cinco) que impone la ley, con tres votos en disidencia, y con un juez excusado de intervenir en la causa. Estas son las reglas que, en pocas palabras, rigen para el funcionamiento normal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las que –también, gusten o no– deben ser acatadas, especialmente –obviamente– la parte dispositiva del fallo que, por su trascendencia, impone un examen detenido de sus fundamentos, como también de los sustentados por los miembros disidentes.

2. Planteo del caso “Provincia de San Luis c/Estado nacional s/acción de amparo”

a) Alcances de la acción

La provincia de San Luis dedujo acción de amparo con sustento en el art. 43 de la Const. nacional, contra el Poder Ejecutivo nacional, el Banco de la Nación Argentina y el Banco Central de la República Argentina, como entidad responsable del pago de los depósitos a plazo fijo de los que es titular dicha provincia, requiriendo la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2° y 12 del decr. 214/02, del decr. 1570/01, del decr. 320/02, y que se disponga que el BCRA o BNA le entreguen a la provincia de San Luis los dólares billetes de esos depósitos, o su equivalente en pesos al valor de la moneda estadounidense en el mercado libre de cambios, tipo ven-

⁴ Con la convicción de que el fallo adolece de nulidad absoluta.

dedor del día anterior al vencimiento de la obligación, porque tales disposiciones destruyen y confiscan su derecho de propiedad reconocido por el art. 17 de la Const. nacional y el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La “pesificación” compulsiva, se arguye, agravia de manera indubitable la sustantividad del derecho de propiedad, y al derogarse la convertibilidad la obligación de devolver los depósitos en dólares deja de ser una obligación de dar sumas de dinero para convertirse en una obligación de dar cosas; en concreto, pagarle a la provincia de San Luis \$ 1,40 por cada dólar constituye un agravio a esa sustantividad, toda vez que el valor de la moneda supera en el mercado libre los \$ 2. Solicita así que se dicte una medida precautoria ordenando al BNA la entrega inmediata de los dólares estadounidenses pertinentes, bajo advertencia que de no hacerlo deberá paralizar toda la obra pública, con el consecuente despido de 15.000 personas y rescisiones de contratos dañosas para el Estado provincial; pero éste limita sus pretensiones a las diferencias entre el monto originario de los plazos fijos y los que corresponda por su “redolarización”.

Se acota que la provincia de San Luis fue la única cuyos ahorros quedaron “atrapados” por las leyes y reglamentaciones que se objetan, ahorros de sus contribuyentes que creyeron en el país.

b) Diferencias con otros depositantes

La provincia de San Luis ha enfatizado que si la afectación de sus depósitos puede ser planteada por cualquier ahorrista tanto o más digno de protección es el derecho del Estado provincial de que se custodie su patrimonio destinado a la satisfacción de necesidades públicas, garantizando así el sistema federal para proveer el desarrollo económico y el bienestar; considera, además, que tan públicos son los bienes cuya devolución requiere como los que tenían depositados los estados extranjeros, que fueron excluidos del “corralito y la pesificación”⁵.

c) Formación del capital depositado

Cabe resaltar que el Estado provincial produjo un informe del que surge cómo se han ido integrando históricamente las sumas cuya restitución persigue, indicando que fueron acumuladas durante los años 1996 a 2000, siendo las cuentas de cada ejercicio aprobadas por la legislatura de San Luis.

d) El procedimiento de conciliación

Declarada la competencia de la Corte para intervenir en el reclamo del caso que examinamos, se citó a una audiencia a la gobernadora de San Luis, al ministro de economía de la Nación, al procurador del Tesoro de la Nación y al presidente del

⁵ Así y todo el Ministerio Público (doctor Nicolás E. Becerra), remitiéndose al Estado nacional y a la propia Corte de Justicia, señala que el Estado provincial ha sido objeto de un tratamiento diferenciado, porque además de haber sido excluida de la reprogramación de los depósitos ha obtenido su transferencia a cuentas a la vista con su consecuente disponibilidad, no viéndose impedida de cumplir sus funciones públicas provinciales, pudiendo, *prima facie*, disponer de sus dineros.

BCRA, con resultados negativos que impulsó una nueva audiencia con idéntico resultado al de la primera, aun habiendo oído a las asociaciones bancarias involucradas. Las propuestas de la Corte importaron el rechazo de las distintas alternativas de conciliación y la invocación del decr. 905/02 (opción de recibir bonos del gobierno nacional en dólares estadounidenses Libor 2012). A pesar del fracaso de las audiencias de conciliación convocadas por el tribunal para lograr un acuerdo entre las partes –apunta el doctor Vázquez–, el pronunciamiento de la Corte tendrá en cuenta las posiciones asumidas por cada uno de los litigantes en tales ocasiones (art. 163, inc. 5°, párr. 2°, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

e) Dictamen resolutivo

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió:

- 1) Declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.
- 2) Ordenar al Banco de la Nación Argentina que reintegre a la provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares estadounidenses, o su equivalente al valor en pesos según la cotización del mercado libre de cambios tipo vendedor al día del pago. De dichas sumas deberán deducirse las ya extraídas por el Estado provincial. A este último efecto la diferencia deberá determinarse entre la suma retirada en pesos y el valor de cada dólar en el mercado referido a la fecha de la extracción.
- 3) Fijar el plazo de sesenta días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no alteren la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo el tribunal a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado.

3. Los fundamentos de la “redolarización”

a) Las normas implicadas en el caso

Como bien lo anota Fayt, un inédito plexo normativo adquirió presencia a través de una multitud de normas de distinto rango (leyes, decretos, resoluciones ministeriales, disposiciones del BCRA, etc.), que se dictaron en el espacio de unos pocos meses, muchas de ellas con una vigencia fugaz, tejiendo un complejo e inestable sistema. No obstante este farragoso sistema, no podemos soslayar el examen –aunque sea breve– de las normas implicadas en el caso. Veamos:

- 1) *Ley 25.466*. Declarando la *intangibilidad* de todos los depósitos captados por las entidades financieras autorizadas por el BCRA, y definiendo esa condición con el alcance de que el Estado nacional, en ningún caso podrá alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, esto es, que queda prohibido canjearlos por títulos de la deuda pública u otro activo del Estado nacional, como prorrogar el pago de los mismos, alterar las tasas pactadas, la moneda de origen, o reestructurar los vencimientos, añadiendo que dicha ley es de orden público, y que los derechos de los depositantes y entidades depositarias serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Const. nacional. La ley 25.466 fue suspendida en su aplicación por el art. 15 de la ley 25.561. Antes de continuar con

este examen normativo, es importante resaltar aquí, como lo hace el juez Vázquez, algunas precisiones con proyecciones en el caso:

a) Es dable recordar que la ley 25.466 fue dictada sólo tres meses antes de la sanción del decr. 1570/01 y cinco meses antes del decr. 214/02.

b) Aquella ley tenía por finalidad crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado, generando en los ciudadanos y ahorristas la convicción de que no se repetirían historias de un pasado próximo en el que, también por razones de emergencia, se había impedido a los propietarios de los depósitos retirarlos a su vencimiento.

c) Se garantizaba y resguardaba debidamente el derecho de los ahorristas.

d) No existía ninguna posibilidad en el ánimo del ahorrista de que las reglas se modificasen en un futuro inmediato

e) No obstante, una vez captada la confianza y encerrados los depósitos, una nueva invocación a razones de orden público hizo tabla rasa con la legislación y con los derechos en ella amparados; gravísimo accionar del Estado, pues a partir de allí se quebró la base de toda sociedad organizada: la confianza y el respeto ineludible a la ley.

2) *Decreto 1570/01*. Disponiendo la prohibición de retiros en efectivo, aunque permitiendo la plena disponibilidad del dinero depositado (a la vista o a plazo), con lo que se ratificaba su intangibilidad en los términos de la ley 25.466. El decr. 1606/01, en lo que aquí importa, excluyó del decr. 1570/01 los retiros en efectivo para atender el pago de sueldos.

3) *Ley 25.557*. Dejando expresamente establecido que su normativa no implicaba ratificación ni expresa ni tácita de los dectrs. 1570/01 y 1606/01.

4) *Ley 25.561*. Que tácitamente ratificó el decr. 1570/01, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo nacional las facultades de esa ley hasta el 10/12/03, como la de establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras y dictar regulaciones cambiarias, a reestructurar las deudas con el sector financiero, establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras y *disponer las medidas tendientes a preservar el capital de los ahorristas*.

Destaca la Corte que el Congreso fijó una pauta precisa que fue desatendida por el Poder Ejecutivo nacional al dictar el decr. 214/02, sin que pudiera alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. Asimismo, la ley 25.561 mantuvo la redacción dispuesta por el art. 11 de la ley 23.928 para los arts. 617 y 619 del Cód. Civil, que ratifican en las obligaciones de dar sumas de dinero y de dar moneda extranjera el principio general de identidad de pago del art. 740 del Cód. Civil. En fin, ninguno de los contenidos legislativos delegados comprendió expresamente la “pesificación” de los depósitos bancarios originariamente realizados en dólares estadounidense o en otra moneda extranjera.

5) *Decreto 71/02*. Reglamentó el régimen cambiario de la ley 25.561 facultando al Ministerio de Economía a reglamentar la oportunidad y el modo de disposición por

sus titulares de los depósitos (pauta que modificó el decr. 141/02 respecto a la devolución de saldos en moneda extranjera). Ello así se dictaron luego las res. 18/02 y 23/02 estableciendo un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario.

6) *Decreto 214/02*. Mediante el cual se transformaron a pesos, con carácter general, todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresados en moneda extranjera que no se encontraran ya convertidas a pesos (art. 1°), estableciéndose, tanto para las deudas vinculadas al sistema financiero –que no se encontrasen ya convertidas (art. 3°)– como para las ajenas a él (art. 8°) –existentes a la fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 como fue luego aclarado por el art. 2° del decr. 320/02– que serían convertidas a razón de un peso por cada dólar, aplicándose sobre ambas el Coeficiente de Estabilización Monetaria (CER) (art. 4°).

En lo relevante para el caso, el art. 2° estableció que todos los depósitos en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras serán convertidas a pesos a razón de \$ 1,40 por cada dólar, a lo que debía adicionarse los intereses y el CER (art. 4°). No deroga lo establecido por los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 (convertibilidad) en la redacción del art. 4° de la ley 25.561, y prohíbe la indexación de las obligaciones de cualquier naturaleza u origen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561 (art. 5°, decr. 214/02); también dispone para depósitos de hasta u\$s 30.000 la emisión de un bono en dólares estadounidenses, optativo, en sustitución de la devolución de los depósitos. El decr. 214/02 fue posteriormente modificado por los decrs. 320/02, 410/02, 471/02, 494/02, 704/02, 762/02, 905/02, 992/02, y 1836/02, los que a su vez fueron reglamentados por numerosas resoluciones del Ministerio de Economía y comunicaciones del BCRA. Con respecto a los decrs. 905/02 y 1836/02, sostiene la Corte que los vicios que descalifican constitucionalmente la disposición del art. 2° del decr. 214/02 no resultan atemperados por esos decretos que dispusieron la opción de recibir en pago de los depósitos bonos del gobierno nacional, en dólares o en pesos, a diferentes plazos y condiciones.

7) *Decreto 260/02*. Que complementando el decr. 240/02 creó un mercado único y libre de cambios en el que se curse todas las operaciones en moneda extranjera.

b) Cuestionamiento y responsabilidad

La Corte ha enfatizado que no cabe responsabilizar a los *depositantes* por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el *poder público estatal*, que benefician a un sector de la población, pero de incidencia neutra o negativa para otro. De aquí que *no cabe juzgar a quienes se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años y celebraron operaciones comerciales y financieras dentro de él, sino determinar si el abrupto cambio de esa política estatal se efectuó dentro de los márgenes constitucionalmente aceptables para la validez de tales decisiones y, en caso de que ello no ocurriese, resolver la controversia de modo compatible con el marco jurídico en que aquella se configura y la crisis en que se inserta.*

Desvirtuando la tesis de los “dólares ficticios” señala la Corte que cada ahorrista, al imponer su plazo fijo, pudo optar por efectuar una operación de cambio, retirando los dólares para atesorarlos o depositarlos a plazo fijo; y si el banco efectiva-

mente carecía de los dólares correspondientes a la operación para afrontar su pago, la responsabilidad por las consecuencias de esta circunstancia debe recaer sobre éste y no sobre el depositante ajeno a la realidad interna de la institución (art. 902, Cód. Civil). Es que el poder administrador, concluye, al margen de las directivas establecidas por el Poder Legislativo (art. 6º, ley 25.561) desconoció, *contra legem*, la sustancia de los depósitos bancarios efectuados en moneda extranjera, al ordenar su eventual y postergada restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder estatal, como parte de un complejo programa de “pesificación asimétrica” cuyo mérito y eficacia no compete a la Corte ponderar, pero que se proyecta, en el caso, como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad.

También recuerda el alto tribunal que desde antiguo ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, *no a su sustancia*, en situaciones de emergencia, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto, sentando pautas por las que en situaciones de grave crisis, *el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida por todos los integrantes de la sociedad*⁶.

Por todas estas incontrovertibles afirmaciones es que no podemos acompañar la aseveración contenida en el voto de Vázquez de que la sentencia resultante, al no imponer ninguna responsabilidad al Estado nacional en orden a la devolución de las divisas, resulta dicho Estado ajeno a cualquier deber de restitución, ya que no contrató con la actora (quien lo hizo fue el BNA).

No lo creemos así, pues el BNA por más entidad autárquica que sea, forma parte del Estado nacional, y la enorme responsabilidad por tan descomunal desorden y caos que generaron las medidas de “pesificación asimétrica” son imputables en exclusiva al Estado nacional, máxime cuando la ley 25.561, en cuanto concierne a la reestructuración de las obligaciones originarias, *le imponía al Poder Ejecutivo proteger, tutelar y resguardar el capital perteneciente a los ahorristas*, y no como irresponsablemente lo hizo, transformar compulsiva y unilateralmente la sustancia de los depósitos en moneda extranjera, convirtiéndolos a pesos con una relación entre la moneda nacional y las divisas que no refleja el valor del capital originariamente depositado.

c) Los decretos de emergencia

1) *Los precedentes estadounidenses*. El juez Fayt aporta a sus considerandos que, con cita de Villegas Basavilbaso, el ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende en Argentina no sólo a la protección de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general, con lo que resulta así incuestionable la influencia de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, para la que ningún derecho reconocido por la Constitu-

⁶ Es que la grave emergencia alcanza a toda la Nación, y cabe reputar legítimo que, ante ella pueda recurrirse al empleo de medios que, en alguna medida, importen un sacrificio para los miembros de la sociedad, en virtud del principio de solidaridad social, que, en el caso, lo irrazonable sería que tales perjuicios se hicieran recaer mayormente sobre una de las partes, produciéndose así una distribución inequitativa del perjuicio.

ción tiene carácter absoluto, pues la limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Añade, con profusa cita al juez norteamericano Hughes, que éste –recordando a Marshall– instaba a no olvidar que la Constitución fue sancionada para que rigiera en épocas venideras, por lo que su interpretación debe adaptarse a las crisis que sufren las relaciones humanas. Pero también Vázquez trae a colación dos viejas causas examinadas por la Corte norteamericana (casos “Norman vs. Baltimore” y “Perry vs. United States”), en las que se decidió la validez, frente a la devaluación de 1933, de las llamadas “cláusulas oro”, situación diversa a nuestra reciente “pesificación” pues en aquellos casos se había mantenido el objeto de la prestación comprometida, en tanto en Argentina se *alteró* este objeto, lo que de ningún modo puede ser justificado en los términos del art. 75, inc. 11 de la Const. nacional: una cosa es la fijación del valor de la moneda (reservadas al Poder Legislativo), y otra muy distinta, como el caso argentino, donde se impugnan normas que han violado el derecho de propiedad sobre bienes patrimoniales, al impedir el reintegro de dólares estadounidenses pertenecientes a la actora (provincia de San Luis).

2) *Las normas de emergencia y sus condiciones de validez.* El art. 99, inc. 3°, de la Const. nacional estipula una norma que acota los atributos del Poder Ejecutivo: no puede en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, permitiéndole solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos, dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

Ha anotado la Corte que es inherente a los complejos fenómenos sociales y económicos que caracterizan la emergencia, la movilidad y alteración de su configuración⁷, que podrá conducir a su agravamiento –quizás temporario– o a sentar las bases para su solución, compitiéndole a los poderes políticos la búsqueda de ésta para enfrentar las crisis sin que implique comprometer los derechos básicos e inalienables constitucionalmente inviolables, como el derecho de propiedad. Ha precisado la Corte que después de la reforma constitucional de 1994 para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, les son ajenas es necesario la concurrencia de circunstancias tales como: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario constitucional, esto es, que las cámaras legislativas no puedan reunirse por fuerza mayor impeditiva (v.gr., acciones bélicas o desastres naturales que impiden el traslado de los legisladores), y b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el normal de las leyes.

No es ocioso recordar, enseña la Corte, que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales *debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho ad-*

⁷ El concepto de emergencia, indica Fayt en esta causa, abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios, tratándose de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originando un estado de necesidad al que hay que ponerle fin.

quirido por sentencia o contrato (no debe cambiar el contexto que le dio origen ni combinarse con él factores extraños que desdibujen o modifiquen las contingencias de modo sustancial); por ello es que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite: *su razonabilidad*, que imposibilita alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares, pues importaría afectar la intangibilidad del patrimonio obstando al propósito de afianzar la justicia y la equidad.

3) *El decreto 214/02 y las facultades del Poder Ejecutivo nacional*. En los fundamentos del fallo que examinamos, la Corte no ha sido mezquina en explicar por qué este tan desatinado decreto carecía de sustento legal, excediéndose en sus disposiciones. Veamos, sucintamente las principales censuras:

a) La norma invoca la situación de emergencia declarada por la ley 25.561, cuando ésta expresa que las medidas se adoptan en uso de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3°, de la Const. nacional, empleando dos fuentes disímiles. Una, la de aquella ley declarando la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando las facultades en el Poder Ejecutivo –hasta el 10/12/03–, con arreglo a las bases que se especifican en cuatro incisos, por las que aquél quedó sujeto a múltiples limitaciones en el ejercicio de las facultades delegadas.

En los considerandos del decr. 214/02 el Poder Ejecutivo no invocó ninguna circunstancia ajena a la situación contemplada por el Congreso al dictar la ley 25.561, ninguna nueva situación de emergencia, por lo que –cabe concluir– las limitaciones establecidas en el art. 1° de esta ley resultan aplicables a su desempeño, como también las pautas a las que el Poder Legislativo sometió la delegación de facultades.

En otras palabras, conceptualmente resulta concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia, como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí (art. 99, inc. 3°, Const. nacional), pero lo que no es procedente es que, frente a una delegación –como la de la ley 25.561– el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto de la actuación del Poder Legislativo y no en forma concurrente con él.

Luego, la otra fuente del art. 99, inc. 3°, Const. nacional, no resulta aplicable en tanto el Poder Ejecutivo no aludió a una diferente configuración fáctica que le autorizase a ingresar en ese marco conceptual. *A fortiori*, repárese que el Congreso nacional siguió legislando dentro del marco de la misma emergencia declarada en la ley 25.561; así, las leyes 25.563, 25.587 y 25.589, que exhiben una continuidad en las decisiones políticas adoptadas por el Poder Legislativo, en pleno ejercicio de su potestad; y que el 3/2/02 el Congreso no se encontraba en receso, ni las cámaras imposibilitadas de reunirse.

b) Al apartarse del marco legal señalado el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3° a 6°, 15, 19 y 21 de la ley 25.561, que no proporcionan sustento legal para alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. Ergo, transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con una relación de cambio que no refleja el valor del capital originariamente depositado.

c) Sostiene Vázquez que no se aprecia que la “pesificación” de los depósitos bancarios constituyera una medida lógicamente derivada de las razones de urgencia invocadas por el Poder Ejecutivo nacional para el dictado del decr. 214/02, y menos que su implementación debiera ser inmediata, sin poder acudir al trámite normal de sanción de leyes para decidirla.

Epiloga aquél juez: “Como se aprecia, ni una palabra dedicada a justificar jurídicamente la ‘pesificación’ de los depósitos realizados en moneda extranjera. Menos a demostrar la necesidad y la urgencia de una medida de tal naturaleza. Dicho de otro modo, no hay siquiera rastro de una justificación dogmática o insuficiente acerca de lo previsto por el art. 2° del decr. 214/02. Simplemente, no la hay de ninguna clase. En la especie, el voluntarismo del Poder Ejecutivo nacional ha sido absoluto. En tales condiciones –y utilizando las mismas palabras de *Fallos*, 321:3123– no es dudoso que la norma impugnada ha sido dictada a extramuros de los distintos elementos condicionantes de su validez y vigencia”.

d) También observa Vázquez que el art. 2° del decr. 214/02, dada su profunda e inusitada incidencia sobre el derecho de propiedad, calificable como una verdadera privación de ella, no puede ser el objeto de decretos emitidos por el Poder Ejecutivo, ni siquiera bajo el argumento de su necesidad y urgencia, pues aunque la Constitución impida recurrir a esa vía en materias puntuales, resulta de toda evidencia que tampoco puede ser utilizada para obtener efectos jurídicos análogos a los de una confiscación o expropiación, para cumplir lo cual aún el Poder Legislativo tiene una facultad de actuación limitada (utilidad pública e indemnización previa).

e) El efecto producido por el art. 2° del decr. 214/02 excede, en mucho, el ejercicio válido de los poderes de emergencia, inclusive los límites de la razonabilidad (art. 28, Const. nacional), pues la “pesificación” –como vimos– no es autorizada por la ley 25.561, ni es una derogación parcial de la ley 23.928 (de convertibilidad), como tampoco enlaza con la idea de recuperar la soberanía monetaria de la Nación (como se aduce en los considerandos del decr. 214/02), tan luego sacrificando los derechos y el patrimonio de los ciudadanos argentinos, y de quienes acepten realizar en el territorio patrio actividades, negocios o inversiones lícitas, imponiéndoles renunciar al derecho de la propiedad individual (doctor Vázquez).

d) El caso “Smith”

El examen de la validez constitucional del plexo normativo involucrado en el caso “Provincia de San Luis c/Banco Nación Argentina”, ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema en la causa “Banco de Galicia y Bs. As. s/solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos A. c/Poder Ejecutivo nacional”⁸, que declaró la inconstitucionalidad de las restricciones al retiro y libre disponibilidad de los fondos y depósitos bancarios invertidos en el sistema financiero nacional, que fueron impuestos por el decr. 1570/01 y sus reglamentaciones, así como la invalidez constitucional del art. 15 de la ley 25.561 que suspendió la aplicación de la ley 25.466 sobre intangibilidad de los depósitos bancarios.

⁸ *Fallos*, 325:28.

e) La intangibilidad de los depósitos

Cabe poner de resalto, dice la Corte, que la llamada “intangibilidad de los depósitos” sancionada por la ley 25.466 no constituye un concepto reiterativo o sobreabundante respecto de la protección constitucional al derecho de propiedad, toda vez que la enérgica redacción de dichas normas revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando para lograr ese objetivo un intenso grado de confianza que, en forma casi inmediata el poder público defraudó con el dictado de las normas cuestionadas en el caso⁹. Añade el doctor Nazareno que la intangibilidad establecida consiste en que el Estado nacional, en ningún caso, podrá alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y las entidades financieras; esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos; por último, en lo que es de trascendencia, el art. 3° dispuso que la ley 25.466 es de orden público, los derechos derivados para los depositantes serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Const. nacional.

f) Flagrantes violaciones a las garantías constitucionales

Recordaba la Corte que el progreso del país se debía, en buena parte, al lúcido texto constitucional protector de vida y patrimonios, cuya fractura sólo conduce a agravar la crisis, al verse afectados ya no sólo los derechos lesionados en el caso de examen, sino los restantes que protege la Constitución (v.gr., la prohibición de prerrogativas a la que nos referimos más adelante), hasta tornar inviable el logro de los objetivos de “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general” sobre los que reposa el orden institucional.

Ello así, la pretendida inaplicabilidad de la norma en el caso concreto que el individuo sometió a decisión del juez, *importa una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo, constituyéndose los jueces en “guardianes de la Constitución” para reparar la lesión que un sujeto ha sufrido en sus derechos individuales, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes. En efecto, como lo apunta el doctor Nazareno, cuando so pretexto de actuar para conjugar los efectos de una emergencia el Estado no hace sino agravarla, la violación de la doctrina se da por la doble vía de afectar derechos y garantías que no debería agravar y dificultar la superación de la crisis.*

El juez Vázquez concreta en tres motivos fundamentales la inconstitucionalidad del art. 2° del decr. 214/02: 1) no se trata de una medida comprendida en la delegación legislativa instrumentada por la ley 25.561; 2) no se encontraban presentes las condiciones exigidas por el art. 99, inc. 3°, de la Const. nacional, para implementarla mediante decreto de necesidad y urgencia, y 3) viola nuevamente el derecho de

⁹ Es cierto, como lo afirma el voto del doctor Fayt, que la ley 25.466 antes que al afianzamiento de la protección de los depositantes los condujo –con quebranto del principio de la buena fe que debe presidir el comportamiento estatal– a una celada; y no cabe duda que el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado. Luego, tanto el decr. 1570/01 y la ley 25.561, en cuanto suspenden la aplicación de la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos bancarios, resultan inconstitucionales en su aplicación.

propiedad amparado por el art. 17 de la carta fundamental, imponiendo una privación de ella equiparable a una expropiación sin ley previa ni justa indemnización. Cabe tener en cuenta, también, que en los considerandos de la disidencia de los doctores Belluscio, Boggiano y Maqueda, éstos aclararon que sus fundamentos no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la demandante (amparista) en orden a los derechos que entiende le asisten.

Atinada cita formula la Corte del constitucionalista Bielsa, al explicar la grave lesión al derecho de propiedad, en el caso, recordando que el legislador no es el árbitro del derecho de propiedad, pues sólo puede limitarlo, mas no desnaturalizarlo; puede fijar su contenido, pero siempre subordinado a la Constitución; el interés colectivo nada tiene que ver, y menos imperar, sobre las garantías constitucionales, y no se satisface con injusticia sino con los ingresos fiscales o recursos financieros como la Constitución lo dispone. Si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (art. 28, Const. nacional), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa (Günther).

Reiteradamente la Corte señaló que el contenido del derecho de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona, máxime cuando ésta ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en la ley para ser titular de un derecho, resultando inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad, que es lo que ocurrió en el caso de examen, al disponerse la “pesificación” del crédito sin preverse el futuro valor de cotización de la divisa extranjera, y la reprogramación de la obligación sujeta a diferentes cronogramas de pago. Desde el punto de vista del contenido real del derecho de propiedad involucrado, ilustra Vázquez, la “pesificación” ha importado técnicamente el aniquilamiento mismo del contrato anudado entre la entidad bancaria y el depositante, porque ha generado la quita de un porcentaje altamente significativo del monto depositado al alterarse el valor de la divisa depositada, con claro agravio de las garantías constitucionales, medida que debe ser calificada, sin temor ni duda, como una privación de la propiedad reprobada por la carta fundamental.

El sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, no sólo ha arrasado lisa y llanamente con la garantía constitucional de la propiedad, sino también con la constitucionalmente establecida de la *seguridad jurídica*, al olvidarse que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios. La seguridad jurídica no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de derecho las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal.

La actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al trasgresor. La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa –inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios–, y

luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así un grave trastorno a las relaciones patrimoniales.

g) La prohibición de prerrogativas

Continuando la advertencia de la Corte que, en el caso, se afectan no sólo los derechos lesionados en éste sino los restantes que protege la Constitución, nos permitimos formular las reflexiones que siguen. Cuando el art. 16 de la carta magna no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, desplazando los fueros personales y los títulos de nobleza, para imponer así que todos los habitantes de la República Argentina *son iguales ante la ley*, no hace sino repudiar cualquier especie de *discriminación* entre ellos¹⁰; discriminación que no está acotada a la de sangre, a la de natalidad o a la de fueros, sino que se extiende a toda especie de segregación que intente quebrar esa igualdad, tanto a la que se imponga directamente como tal (casi impensable en un régimen democrático), como a la que se instale con medidas elípticas sinuosamente autoritarias, caso de algunas tomadas por el gobierno de Duhalde. Veamos:

1) Las disposiciones normativas sobre “pesificación”, “paridad” y “devaluación”, generaron, por su descomunal dimensión cualitativa y cuantitativa, clases socio-económicas privilegiadas que antes no existían: *a) los deudores en dólares* que liquidaron sus deudas pasadas a pesos (quien debía u\$s 10.000 en vez de adeudar \$ 32.000 –según la paridad vigente al 5/2/03– pasó a deber sólo \$ 10.000); *b) los agroexportadores*, que por una exportación, por ejemplo, de cereales, por u\$s 10.000 antes recibían \$ 10.000, ahora reciben \$ 32.000, y *c) los operadores* que venden promociones turísticas a usuarios del exterior, reciben moneda “fuerte” (euros o dólares) que luego cambian por pesos a la paridad de \$ 3,20 o más. En todos estos casos algún inocente desorientado podría aducir que aquellas directivas económicas se inscriben dentro de la tónica de grave emergencia en que se encontraba el país en las postrimerías de su régimen de convertibilidad; si el “malo de la película” fue el régimen de Menem (al que sucedió el de De la Rúa), se hubiera salido de la convertibilidad *gradual y ordenadamente* para no incurrir en los efectos devastadores que tuvieron las atropelladas medidas financieras del gobierno de Duhalde, que barrió con la autonomía de la voluntad y arrasó con el derecho de propiedad.

2) Estas medidas arbitrarias, así como generó aquellos “beneficiados”, también engendró muchos más perjudicados: *a) principalmente los millones de asalariados* con un poder adquisitivo efímero y vergonzante –los nuevos pobres e indigentes– producto de devaluar la moneda argentina acompañada de una suba de precios consecuente, de la que no se tenía conocimiento desde diez años atrás; como un periódico especializado lo resaltó, los asalariados suman a su condición de perjudicados por la caída de ingresos los castigos que la situación les pudo haber dejado a sus ahorros voluntarios; *b) los acreedores privados con acreencias en dólares* que sólo cobrarían en pesos, u\$s 1 = \$ 1, como si la paridad cambiaria a la que llevó el gobierno (\$ 3,20) no existiera; muchos exclamarían: ¡vaya despojo!; *c) los ahorristas*

¹⁰ Tanto el afectado como el defensor del pueblo pueden interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación (art. 43, Const. nacional).

en dólares, principalmente los titulares de plazos fijos que entregaron a los bancos dólares y ahora se les pretende dar pesos a \$ 1,40 más CER; ¡otro despojo! y d) toda la clase media (ni qué hablar de la rica) a quien por una disposición del gobierno de Duhalde –devaluación más “pesificación”– les cercenó su patrimonio a menos de la tercera parte del que tenían durante la convertibilidad, a valor dólar.

El “modelo” anterior pudo haber sido condenable, tanto que estalló por no haberse implementado años antes, preventivamente, medidas de adecuación de su blasón principal: la convertibilidad, como muchos lo veníamos reclamando durante años. Pero apagar el fuego con gasolina fue la peor solución que pudo habersele ocurrido al gobierno de turno, y en el caso que examinamos de “redolarización” dispuesta por la Corte Suprema se corrige un grave y peligroso precedente, nada menos de raigambre constitucional que no debería consentir en el futuro ninguna marcha atrás a riesgo de que, con el pretexto de evitar males y consecuencias mayores, se siga “apagando” con líquido inflamable la alevosa conculcación de derechos padecido por la inmensa mayoría del pueblo argentino, ya hartado de verse pisoteado y engañado, para colmo después de habersele garantizado durante más de diez años la inconvertibilidad de la paridad \$ 1 = u\$s 1.

Como se lo mire: tanto desde la óptica jurídica cuanto empleando el sentido común, debiera volverse atrás enalteciendo los valores éticos de los derechos del hombre y restituyendo así la vigencia de un Estado representativo, republicano y federal que los respete y no los pisotee irracionalmente, renaciendo la seguridad jurídica y el Estado de derecho antes de continuar con despotismo mofador de los principios democráticos. Si esta vuelta a la regularidad constitucional e institucional significa un riesgo para la estabilidad del país, pues habrá que emplear una metodología también gradual y ordenada impregnada de la restitución de la confianza y de la consolidación de las garantías constitucionales, y no recurriendo a medidas arbitrarias generadoras de repudiable discriminación. Es que como lo señalara el presidente de la Corte en su voto, todos merecen protección constitucional con el alcance reconocido en la interpretación dada por la Corte al art. 16 de la Const. nacional.

h) El rol de los poderes

Quizás con una hermenéutica básica y simplificadora, la Corte afirma en sus considerandos que en cuanto hace a la decisión que se adopta, los tres poderes del Estado terminan coincidiendo en la solución que se arriba: el Congreso con su ley 25.561; el Poder Ejecutivo, con limitaciones, reconociendo a algunos ahorristas “menores” el derecho a recuperar su crédito en divisas; y el Poder Judicial con un sinnúmero de sentencias uniformes dictadas con fundamento en el precedente “Smith”. Así y todo destacan los miembros de la Corte una reflexión final que parece prevalecer, y que podemos sintetizar así:

1) Los jueces no pueden prescindir en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma.

2) Si bien es cierto que las medidas adoptadas en el marco de la emergencia caen dentro de la discrecionalidad del poder administrador, no lo es menos que, por imperio de la Constitución, también dicho poder debe arreglar su proceder a criterios

de razonabilidad que imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos.

3) Frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder, es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional.

4) Al Poder Judicial le está vedado juzgar el acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica; mas es incontrovertible que aquél debe controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, éstos se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios, sin que resulte posible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza jurídica.

5) Tampoco es el Poder Judicial responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que pueden incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea; pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos cuando bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional.

i) El caso de examen y su proyección a otros sujetos

Los señores jueces que integraron el voto decisorio de la “redolarización” se cuidaron de aclarar que a raíz de la notoria asimetría de las normas (principalmente las de “pesificación”) torna inequitativo dar en el fallo de la provincia de San Luis una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis abarcadas por aquellas, dejando sentado que todo lo considerado y decidido queda circunscripto exclusivamente a la situación planteada en este pleito, en el que se encuentra en juego la validez del art. 2° del decr. 214/02¹¹. Nos permitimos formular algunos reparos a esta apreciación:

1) Si bien es cierto la “notable asimetría” queda demostrada con la variedad de disposiciones dictadas por el poder administrador sin ajustarse a un plan orgánico, gradual y ordenado con miras a la superación de la crisis, no es menos cierto que en los diversos casos a los que se llevó a deudores y acreedores, bancarios y privados, con esa asimetría reconocen un único *responsable* a la vista: la “pesificación” inconstitucional resuelta por un único sujeto: el gobierno de turno a quien deben acompañar los que los precedieron: el de Menem, por no menguar los efectos nocivos que se venía advirtiendo de su convertibilidad; el de De la Rúa, por no saber salir racionalmente de ésta; el de Rodríguez Saá por renunciar al mandato conferido.

Parece necesario entonces no dejar de recalcar una obviedad: depositantes y deudores de entidades financieras, como deudores y acreedores privados no tienen porqué pagar los “platos rotos” (o las consecuencias funestas de “haber pateado el tablero” caiga quien caiga, como parece haberse reconocido). Entonces, ¿quién queda para asumir la inconmensurable carga de los perjuicios provocados con la “pesificación”? El Estado, los gobernantes involucrados, y los organismos financieros

¹¹ Añaden que las particularidades de otros supuestos serán examinadas por este tribunal en la medida en que arriben a sus estrados, para resolver conforme corresponda en cada caso; de lo contrario se correría el riesgo de provocar respuestas inicuas que ahondaría un inédito y prolongado estado de incertidumbre que aun no ha sido disipado.

que consintieron y se beneficiaron con esta política de convertibilidad devenida en “pesificación”. El Estado significa la población en general (que elige a sus, en estos casos, irresponsables gobernantes); los gobernantes, todas aquellas personas físicas que cumpliendo funciones de gobierno, expresa o implícitamente, consintieron la debacle; los organismos financieros comprenden no sólo a las entidades bancarias beneficiadas, sino también instituciones como el FMI que durante 10 años alimentó y mantuvo un régimen financiero que terminó haciendo eclosión.

2) Como se ha visto, los miembros de la Corte no ahorraron palabras para salir en defensa de las garantías constitucionales, como el derecho de propiedad y la seguridad jurídica, que fueron violadas por la “pesificación”. Esta impronta constitucionalista se sobrepone a cualquier asimetría que se quiera adjudicar a la “pesificación”, pues tanto se viola imponiéndola en los depósitos a plazo fijo como aniquilando la autonomía de la voluntad en las contrataciones privadas.

3) Sería embarazoso para la Corte, en los próximos casos de “pesificación” que se sometan a su juicio, apartar los ya consolidados e irrefutables fundamentos constitucionalistas. Más aún, creemos que los reafirmarán, no sólo por convicción sino también por un principio de coherencia, máxime cuando están sugiriendo a los tribunales inferiores, para los sucesivos casos, no apartarse de la jurisprudencia sentada en el caso de la provincia de San Luis. Vale la pena reiterarlo: los jueces disidentes en este caso, expresaron finalmente, que las consideraciones por ellos formuladas (casi todas girando en torno de la improcedencia de la vía del amparo) “no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la amparista en orden a los derechos que entienden le asisten, la que podrá ser debatida y dilucidada por la vía pertinente”. Más allá de las especulaciones políticas que puedan esgrimirse, estamos esperanzados en que juristas de la talla de los doctores Belluscio y Boggiano aporten su valiosa enjundia en la salvaguarda de las garantías constitucionales.

4) La decisión de ir resolviendo “caso por caso” luce como la más apropiada y equitativa, mas puede suceder que en la realidad, haciendo aplicación del fundamento básico de la inconstitucionalidad de prácticamente todo el andamiaje normativo que sostiene la “pesificación”, la cuestión se constriña a los casos testigos, aunque reconociendo dentro de cada grupo matices o características de segundo orden que podrán o no incidir en el alcance de la sentencia.

5) La Corte desautoriza su propio decisorio para el caso de que la situación jurídica de la depositante se modificase o consolidase en virtud de la normativa cuestionada, aplicándose la doctrina del tribunal según la cual el sometimiento voluntario y sin reservas expresa a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional. Esta será una excepción a la pretensión de “redolarizar” cuando las partes han acordado otro tipo de arreglo, prevaleciendo así la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad, aunque –agregamos nosotros– con el añadido de una soterrada “espada de Damocles” persuasiva y amenazadora: la “pesificación”.

A propósito, el presidente del máximo tribunal Nazareno, al referirse en una entrevista periodística a la deuda de los particulares con los bancos, afirmó que cuando lleguen estos casos a la Corte, será preciso analizar si los bancos no aceptaron ya la “pesificación” de sus créditos con los particulares; si así fuera, por la teoría de los

actos propios, el acreedor no podría reclamar la “redolarización” de sus créditos. Pero no creemos que, como también lo expresó el magistrado, los deudores deban quedarse tranquilos, pues parece dejar entrever que de no aplicarse la teoría de los actos propios, la “redolarización” será factible.

j) La ejecución de la sentencia

Sienta el alto tribunal que, como vimos antes, la proyección de la decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, impone –en la ejecución de la sentencia– que se tengan en cuenta todas aquellas modalidades, restricciones, y limitaciones temporarias que, sin afectar la sustancia del derecho reconocido, permitan compatibilizar su concreción con los intereses generales, en el contexto de la grave crisis económica en que se insertan, debiéndose conjugar la fijación de un plazo razonable para el cumplimiento, con la necesidad de satisfacer el crédito procurando evitar perjuicios innecesarios. Sin perjuicio de esto, agrega, compete a los poderes políticos establecer las pautas de gobierno que estimen más aptas para conjurar la presente crisis, aunque preservando el equilibrio armónico propio del sistema republicano de gobierno.

Agrega Vázquez en su voto que la sola visión de las consecuencias que derivan de los criterios de los jueces, no se puede erigir en la única pauta orientadora de los fallos, ni es posible que a fin de evitarlas se convaliden normas manifiestamente inconstitucionales: cuando existe oposición a la Constitución los jueces deben declararla sin más, y los demás poderes –al arbitrar las soluciones– ajustarse al texto constitucional según la interpretación que rectamente los jueces le den. Pues bien, epiloga, “si la República Argentina ha perdido en los últimos tiempos el horizonte de la Constitución, es hora de que vuelva al camino del cual jamás debió salir”.

4. Las consideraciones de la disidencia

a) Los fundamentos del plexo normativo

Relata la Corte que los fundamentos para defender el plexo normativo consisten sustancialmente en: 1) la provincia se encuentra excluida de la reprogramación relativa a la devolución de las imposiciones bancarias; 2) las cuestiones de emergencia que determinaron el dictado de las normas y que son el fundamento de legitimidad del plexo normativo que se debe examinar; 3) la presunción de legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia; 4) la modificación de las circunstancias jurídicas y fácticas posteriores al pronunciamiento de esta Corte en el conocido caso “Smith”; 5) la no vulneración de derecho patrimonial alguno sino su reglamentación en virtud de la situación de crisis y necesidad pública existente; 6) la irrelevancia, a los efectos de la decisión de este caso, de las disposiciones de la ley 25.466, dado que, según sostiene, dicha normativa no puede crear una situación inmutable al dictado de leyes de emergencia; 7) la necesidad de evitar corridas bancarias; 8) el poder de policía del Estado para tomar medidas excepcionales; 9) la convalidación por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América de leyes de emergen-

cia en materia hipotecaria¹² y la necesidad de responder a situaciones particulares con decisiones particulares; 10) la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo nacional; 11) las situaciones que llevaron a la peor crisis de la historia argentina en los últimos cien años, y 12) la iliquidez del sistema financiero que impide responder en forma inmediata a la devolución de los depósitos.

Los jueces disidentes consideran, además: que la demandante se vio beneficiada con el incremento del CER, lo que no sucedió con otros sectores de la sociedad; y también con los sucesivos retiros de fondos de sus originales imposiciones a plazo fijo. Para no ser reiterativos remitimos al lector a todo cuanto expusimos precedentemente en cuanto se relacione con las consideraciones que abogan por la procedencia de las normas objetadas.

b) El amparo y las instancias ordinarias

En realidad, la mayor parte de las consideraciones que los jueces disidentes esgrimieron para justificar la existencia y aplicación del decr. 214/02, decurrieron sobre la improcedencia de la vía de amparo empleada por los amparistas. En efecto, remitiéndose a lo resuelto antes por la propia Corte, siempre que aparezcan de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del recurso de amparo, pero extremando la ponderación y prudencia para no resolver, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos sumarios; debe aparecer nítida una lesión cierta o ineludible causada por la autoridad con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; el asunto no debe versar sobre una materia opinable que demande mayor amplitud de prueba.

En fin, el amparista debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado, e incluso que la remisión a estas vías produzca un gravamen serio insusceptible de reparación ulterior. Indican también que el tribunal no debe desprenderse del análisis de las repercusiones que puede generar la decisión reclamada sobre el sistema económico del país, debiéndose haber enmarcado la acción en los carriles del juicio ordinario para posibilitar la exposición íntegra y no restringida de los planteos de las partes.

Los jueces que formaron la mayoría del decisorio dijeron que:

1) Si bien el amparo no sustituye, en principio, las instancias ordinarias judiciales para traer cuestiones litigiosas a la Corte, cuando aparece clara y manifiestamente un daño grave e irreparable por seguir la vía ordinaria, corresponde que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo, para que, como en el caso, los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales.

2) Se produce una severa lesión del derecho constitucional de propiedad cuando de la confrontación del régimen normativo bajo el cual se efectuó el depósito en

¹² Ver punto 3, acápite c 1.

moneda extranjera y el que impugna por la vía de amparo surgen condiciones sustancialmente diferentes a su restitución.

3) La concreta comprobación del grado de afectación no resulta determinante para la admisión de la vía intentada, pues alteraciones económicas como las del caso sólo son posibles dentro del marco normativo cuya incompatibilidad con la Constitución constituye la sustancia del planteo, sin que sea relevante la eventual confiscatoriedad de la afectación para juzgar la validez constitucional de las normas cuestionadas.

4) La exclusión de la vía de amparo por la existencia de otros medios procesales administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que tiene por finalidad una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias, máxime cuando no se verifica que el empleo de aquella vía hubiera reducido las posibilidades de defensa en orden a la extensión de la discusión y de la prueba (del voto del doctor Vázquez).

c) Las circunstancias sobrevinientes

Por unanimidad de los miembros de la Corte se coincidió en que, durante el transcurso del proceso, se dictaron diversas normas sobre la materia objeto de esta litis, de conformidad con reiterada doctrina del alto tribunal, su decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir.

d) La declaración de inconstitucionalidad

Expresan los jueces disidentes que la Corte ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, principios que deben aplicarse con criterio estricto cuando la inconstitucionalidad se plantea por la vía excepcional de la acción de amparo y la arbitrariedad e ilegalidad invocada requiere mayor debate y prueba por no ser manifiesta (el juzgamiento de la constitucionalidad de una ley es siempre una cuestión de lato conocimiento que por su trascendencia no puede discutirse y resolverse bajo trámites sumarios y premiosos).

e) La complejidad fáctica y teórica de las medidas financieras

También aducen los vocales disidentes que la “pesificación” se inscribió en el marco de un proceso de abandono de la convertibilidad; que debe considerarse la concatenación de variables económicas que guardan conexidad entre sí, y la idoneidad o no del sistema de bonos y letras de plazo fijo en pesos como variable para el recupero de los fondos depositados, todo lo cual configura una complejidad fáctica y técnica del tema en debate que involucra el examen de intrincadas cuestiones financieras y bancarias, lo que impone que los jueces extremen la prudencia para no re-

solverla por la vía expedita del amparo, ya que, además, la indagación de las materias planteadas llevaría necesaria a ponderar la política económica del gobierno para distribuir las pérdidas ocasionadas por una situación económica desorbitada.

f) Los controles de legalidad

Recuerdan también que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que compete a los jueces, no pueden tener lugar en el marco limitado de un amparo en el cual, conforme conocida jurisprudencia del tribunal, se ha rechazado este remedio cuando la cuestión es compleja u opinable.

5. Epítome

a) Las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas

La “redolarización” de los depósitos, dispuesta por la Corte Suprema en el caso “Provincia de San Luis”, no debe examinarse sin considerar los hechos y las medidas desatinadas que provocaron la debacle socioeconómica del período 2001-2002 a partir de un obcecado ideologismo que enfrentó el modelo liberal, globalizador y de convertibilidad de Menem (mantenido por De la Rúa), contra el modelo populista, cerrado y trasgresor de Duhalde. Al imponer estas últimas medidas “asimétricas”, sin prever sus consecuencias sociales y económicas, como lo acreditan las erráticas y exageradas disposiciones dictadas, muchas de ellas, en flagrante violación de las garantías constitucionales, causó más perjuicios que beneficios a un gran sector de la comunidad.

Así, por ejemplo, las medidas de control y restricciones generalizadas sobre los depósitos bancarios provocaron expresiones de repudio y reacciones populares, signadas por la desesperación y la impotencia, sellándose la desconfianza de vastos sectores sociales, priorizando la necesidad de restablecer la credibilidad, elevando la necesidad de recrear en el pueblo la confianza en el sistema financiero, en procura de la recuperación nacional, la racionalidad, la prudencia, y el respeto de la buena fe contractual entre bancos y depositantes.

A más, la controversia subyacente en el caso se ha visto reiterada en más de cien mil causas judiciales, lo que revela la aguda tensión entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado nacional y las entidades financieras, por lo que la interpretación del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado.

b) La recusación

Mientras que para los jueces disidentes de la Corte la decisión mayoritaria de rechazar la recusación de uno de sus miembros (Fayt) resulta afectada de un vicio procesal y desconoce elementales reglas de ética, con lo que el fallo adolecería de nulidad absoluta; para los jueces mayoritarios la recusación fue extemporánea y de manifiesta improcedencia, careciendo de virtualidad al ser formulada en forma sub-

sidiaria para el supuesto de rechazarse liminarmente el planteo, lo que torna inoficioso su tratamiento.

c) Contenido del fallo

El fallo declara inconstitucional las normas impugnadas, ordena al Banco de la Nación Argentina a reintegrar a la provincia de San Luis las sumas depositadas en dólares o su equivalente en pesos al tipo vendedor al día de pago, deduciéndose lo ya extraído por dicha provincia, y fija un plazo de 60 días corridos para que las partes convengan o determinen la forma y plazos de devolución que no altere la sustancia de la decisión, bajo apercibimiento de establecerlo la Corte a pedido de cualquiera de los interesados al vencimiento del plazo fijado.

d) El complejo e inestable sistema normativo

La ley 25.466 tenía por finalidad crear un ambiente de confianza en el debilitado sistema financiero, generando en los ciudadanos y ahorristas la convicción de que no se repetirían historias de un pasado próximo en el que, también por razones de emergencia, se había impedido a los propietarios de los depósitos retirarlos a su vencimiento. Asimismo, se garantizaba y resguardaba debidamente el derecho de los ahorristas, y no existía ninguna posibilidad en el ánimo de éstos de que las reglas se modificasen en un futuro inmediato. Así y todo, una vez captada la confianza y encerrados los depósitos, una nueva invocación a razones de orden público hizo tabla rasa con la legislación y con los derechos en ella amparados, importando un gravísimo accionar del Estado, pues a partir de allí se quebró la base de toda sociedad organizada: la confianza y el respeto ineludible a la ley.

La ley 25.561 al disponer después, entre otras directivas, las medidas tendientes a preservar el capital de los ahorristas, fijaba una pauta precisa que fue desatendida por el Poder Ejecutivo nacional al dictar el decr. 214/02, sin que pudiera alterar el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en moneda de curso legal una cantidad que no expresa su magnitud real. También dejó subsistente la normativa sustancial (arts. 617 y 619, Cód. Civil, y art. 11, ley 23.928), en las obligaciones de dar sumas de dinero y de dar moneda extranjera, principio general de pago del consagrado en el art. 740 del Cód. Civil. En fin, ninguno de los contenidos legislativos delegados comprendió la “pesificación” de los depósitos bancarios originariamente realizados en dólares u otra moneda extranjera.

e) Responsabilidad

No cabe responsabilizar a los depositantes por una política económica y financiera concebida y ejecutada por el poder público estatal, que beneficia a un sector de la población, pero de incidencia neutra o negativa para otro, más cuando aquellos se acogieron a un sistema legal vigente durante aproximadamente diez años celebrando operaciones comerciales y financieras dentro de él.

No hay tales “dólares ficticios” (como lo esgrimen los defensores de la “pesificación”) porque cada ahorrista, al imponer su plazo fijo, pudo optar por realizar una operación de cambio, retirando los dólares para atesorarlos o depositarlos a plazo

fijo. Si el banco carecía efectivamente de los dólares a devolver, la responsabilidad por las consecuencias de esta carencia debe recaer sobre éste y no sobre el depositante ajeno a la realidad interna de la institución, aunque no se exonera de responsabilidad al poder administrador que desconoció, *contra legem*, la sustancia de los depósitos en moneda extranjera al ordenar su eventual y postergada restitución a un valor arbitrariamente fijado por ese mismo poder, empleando un complejo programa de “pesificación asimétrica” que se proyecta como un grave agravio al derecho constitucional de propiedad.

En situaciones de grave crisis el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad, teniendo en cuenta el principio de solidaridad social evitando que dicho perjuicio, inequitativamente, recaiga mayormente sobre una de las partes. Ello nos lleva a considerar que el BNA formando parte del Estado nacional, como tal, no podría esquivar su enorme responsabilidad por el caos y desorden que generaron las medidas de “pesificación asimétrica”, exclusivizándolo en la carga en cuanto la ley 25.561 le imponía al Poder Ejecutivo proteger, tutelar y resguardar el capital de los ahorristas.

Si bien el máximo tribunal establece expresamente que el fallo en el caso de la provincia de San Luis no aporta una solución jurídica homogénea y uniforme a todas las hipótesis comprendidas por las normas objetadas, a nuestro criterio en los diversos casos a los que se llevó a deudores y acreedores, bancarios y privados, a esa “pesificación asimétrica”, reconocen como único responsable a la vista al gobierno de turno, con su cohorte de gobernantes que le precedió (Menem, De la Rúa, Rodríguez Saá). Por ende no puede dejar de recalarse una obviedad: tanto depositantes y deudores de entidades financieras, como deudores y acreedores privados no tienen porqué asumir la carga de tremendas medidas irresponsables del gobierno, sus gobernantes involucrados y los organismos financieros que consintieron esta política de convertibilidad devenida en “pesificación”. Gobierno, gobernantes involucrados y entes financieros son los que tienen que hacerse cargo, irremisiblemente, de los perjuicios ocasionados, y jamás sus embaucados.

f) La situación de emergencia

Admítase, es cierto, restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, mas no a su sustancia, en situaciones de emergencia, reconociendo la validez de plazos o la concesión de esperas, para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones y atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico, institucional y social.

Pero, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas –como emitir decretos de necesidad y urgencia– que en principio les son ajenas, es necesario que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario constitucional (que las cámaras legislativas no puedan reunirse por fuerza mayor impeditiva), y que la situación que requiere solución legislativa sea tan urgente que resulte incompatible esta inmediatez con el plazo normal de las leyes.

La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, sin cambiar el contexto que le dio origen ni combinarse con él factores extraños que desdibujen o modifiquen las contingencias de modo sustancial, ni altere o desvirtúe en su

significación económica el derecho de los particulares, como el afectarles la intangibilidad de su patrimonio obstando al propósito de afianzar la justicia y la equidad.

Conceptualmente es concebible tanto que el Congreso delegue sus facultades legislativas frente a la emergencia, como que el Poder Ejecutivo las ejerza por sí, pero lo que resulta improcedente es que frente a una delegación (como la de la ley 25.561), el Poder Ejecutivo ejerza facultades excepcionales, concebidas para ser desempeñadas en defecto del Poder Legislativo y no concurrentemente con él. Por eso es que el Ejecutivo, al apartarse del marco legal señalado excedió los límites establecidos, no pudiendo haber alterado el valor del capital depositado en divisas, restituyendo en una cantidad de pesos que no expresa su magnitud real; luego, transformó, compulsiva y unilateralmente, la sustancia de los depósitos bancarios en moneda extranjera, al disponer su conversión a pesos, con una relación de cambio que no refleja el valor del capital originariamente depositado.

Jurídicamente la “pesificación” de los depósitos en moneda extranjera no fue justificada, ni menos se demostró su necesidad y urgencia, siendo –en la especie– un voluntarismo del Poder Ejecutivo nacional de carácter absoluto, por lo que, se infiere, la norma impugnada habría sido dictada a extramuros de los elementos condicionantes de su validez y vigencia.

El art. 2° del decr. 214/02 tuvo profunda como inusitada incidencia sobre el derecho de propiedad; luego, su contenido no podía ser objeto de decretos del poder administrador, ni siquiera bajo el argumento de su necesidad y urgencia, pues no pueden ser empleados para obtener efectos jurídicos análogos a los de una confiscación o expropiación, para lo cual hasta el Poder Legislativo tiene importantes limitaciones, como la utilidad pública y la indemnización previa. El efecto producido excede sobremanera el ejercicio válido de los poderes de emergencia, al no ser autorizada por la ley 25.561, no derogar parcialmente la ley 23.928 (de convertibilidad), ni recuperar la soberanía monetaria de la Nación (como se aduce), tan luego sacrificando los derechos y el patrimonio de los argentinos y de los que realizan en el territorio patrio actividades, negocios o inversiones lícitas, imponiéndoles renunciar al derecho de la propiedad individual.

g) El caso “Smith”

Cobra relevancia en la causa de la provincia de San Luis como decisivo precedente que declaró la inconstitucionalidad de las restricciones al retiro y libre disponibilidad de los fondos y depósitos bancarios invertidos en el sistema financiero nacional (impuestos entonces por el decr. 1570/01 y sus reglamentaciones), así como la invalidez constitucional del art. 15 de la ley 25.561 que suspendió la aplicación de la ley 25.466 sobre intangibilidad de los depósitos bancarios.

h) La intangibilidad de los depósitos

La ley 25.466 revela innegablemente la existencia de una política económica dirigida a captar depósitos, suscitando un intenso grado de confianza que de inmediato el poder público defraudó con las normas cuestionadas en el caso, sorprendiendo la buena fe con esta suerte de celada, mal que se agiganta cuando quien lo genera es el Estado.

La intangibilidad referida consiste en que el Estado nacional en ningún caso podrá alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y las entidades financieras, y, como lo declara la propia ley, ésta es de *orden público*, y los derechos derivados para los depositantes serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Const. nacional. Es preciso recordar que la ley 23.928 fue derogada parcialmente (arts. 1º, 2º, 8º, 9º, 12 y 13) y modificado el resto de su articulado (arts. 3º a 7º y 10), en tanto se mantuvo subsistente el art. 11 con las excepciones y alcances de la ley 25.561 para los arts. 617, 619 y 623 del Cód. Civil.

Se derogó el art. 13 de la ley de convertibilidad pero reproduciéndolo contradictoriamente en la parte dispositiva de la ley 25.561 (art. 19); es decir, se pasa de una ley declarada de orden público, por lo que nadie puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos (y consolidados al amparo de la convertibilidad vigente durante más de diez años), por otra ley que también se atribuye ser de orden público, pero que reniega de la convertibilidad al repudiar la asimilación de la moneda extranjera a la moneda nacional, afectando derechos ya adquiridos, y lesionando las garantías constitucionales cuando en toda colisión entre una ley retroactiva y una norma constitucional se olvida que ésta es la que debe prevalecer.

También se olvida que el amparo constitucional cubre los derechos creditorios emergentes de un contrato, que la imperatividad de la ley, fundada en razones de orden público, no es antecedente bastante para que esté investida del poder de avasallar garantías constitucionales, y que es principio indiscutido que los contratos celebrados bajo una ley no pueden ser afectados por efecto de una ley posterior.

i) Los derechos y garantías constitucionales

La pretendida inaplicabilidad de la norma transgresora, en el caso, importa una manifestación genuina del principio de *soberanía del pueblo*, constituyéndose los jueces en “guardianes de la Constitución” para reparar la lesión que un sujeto ha sufrido en sus derechos individuales, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes. En efecto, cuando so pretexto de actuar para conjugar las consecuencias de una emergencia el Estado no hace sino agravarla, la violación de la doctrina se da por la doble vía de afectar derechos y garantías que no debería agravar y dificultar la superación de la crisis.

El legislador no es el árbitro del *derecho de propiedad*, pues sólo puede limitarlo, mas no desnaturalizarlo; puede fijar su contenido, pero siempre subordinado a la Constitución; el interés colectivo nada tiene que ver, y menos imperar, sobre las garantías constitucionales. Así, entonces, el reglamentar su ejercicio no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa.

Es indiscutible que el derecho de propiedad se vincula con la noción de *derechos adquiridos* (derechos incorporados definitivamente al patrimonio de una persona), máxime cuando su titular cumplió todos los actos y obligaciones legales para serlo. La “pesificación” ha importado técnicamente el aniquilamiento mismo del contrato anudado entre la entidad bancaria y el depositante, porque ha generado la quita de un porcentaje altamente significativo del monto depositado al alterarse el valor de la divisa depositada, con claro agravio de las garantías constitucionales, significando, sin ninguna duda, una privación de la propiedad.

También se arrasó con la *seguridad jurídica*, porque cuando se recurre a los poderes de emergencia es para amparar y defender el orden preestablecido, sin suprimir la legitimidad constitucional. Se olvidó que la actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al trasgresor. La seguridad jurídica resulta así una imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, erigiéndose como condición *sine qua non* de todo régimen democrático que se precie de tal, y cuando se violan elementales principios y derechos constitucionales se transforma en inseguridad jurídica, madre de enfrentamientos y detonante activado del caos y de la anarquía.

La Constitución repudia cualquier especie de *discriminación* entre los habitantes de la República Argentina, discriminación que no está acotada a la de sangre, a la de natalidad o a la de fueros, sino que se extiende a toda especie de segregación que intente quebrar la igualdad ante la ley. Las normas sobre “pesificación”, “paridad” y “devaluación” generaron, en nuestra opinión, por su descomunal dimensión cualitativa y cuantitativa, clases socioeconómicas privilegiadas que antes no existían (como los deudores en dólares, los touroperadores y los agroexportadores), frente a una inmensa mayoría de perjudicados como los asalariados, los acreedores con acreencias en dólares, los ahorristas en dólares, y toda la clase media a quien se le cercenó su patrimonio a menos de la tercera parte, a valor dólar, del que tenían durante la década de la convertibilidad. Así parece que el sabio andamiaje de las declaraciones, derechos y garantías de la carta magna construido sobre el contenido de los arts. 19, 31 y 33 de la Const. nacional fue demolido con normas como la ley 25.561 y los decrs. 1570/01, 214/02 y 320/02, al violar los derechos y garantías consagrados en los arts. 14, 16 a 18, 28 y 42 de la Const. nacional.

Cabe tener presente que en los considerandos de la disidencia de Belluscio, Boggiano y Maqueda, éstos aclararon que sus fundamentos no importa abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de la demandante en orden a los derechos que entiende le asisten.

j) El rol del Poder Judicial

Al Poder Judicial le está vedado juzgar el acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica, mas es incontrovertible que aquél debe controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, éstas se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios, sin que resulte posible encontrar una respuesta apropiada y oportuna sobre la cual basar alguna certeza jurídica.

El Poder Judicial no es responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes sí les incumbe tal tarea; pero no puede permanecer inmutable ni convalidar tales desaciertos cuando bajo la faz de la emergencia se ha transgredido el orden constitucional.

k) La restitución de los valores éticos

Tanto desde la óptica jurídica cuanto empleando el sentido común, pensamos que debiera volverse atrás enalteciendo los valores éticos de los derechos del hombre y restituyendo así la vigencia de un Estado representativo, republicano y federal que los respete y no los pisotee irracionalmente, renaciendo la seguridad jurídica y el Estado de derecho antes de continuar con un despotismo mofador de los principios democráticos. Si esta vuelta a la regularidad constitucional e institucional significa un riesgo para la estabilidad del país, pues habrá que emplear una metodología gradual y ordenada impregnada de la restitución de la confianza y de la consolidación de las garantías constitucionales, y no recurriendo a medidas arbitrarias generadoras de repudiable discriminación. Para los escépticos, no cabe duda que más fácil, letal y resignable es cuando se destruye, más difícil, penoso y criticable es cuando se construye, cuanto más cuando se reconstruye.

l) Los próximos casos

Ya nadie parece dudar que tanto el derecho de propiedad como la seguridad jurídica fueron violados por la “pesificación”. Esta impronta constitucionalista se sobrepone, en nuestra opinión, a cualquier asimetría que se quiera adjudicar a la “pesificación”, pues tanto se viola imponiéndola en los depósitos a plazo fijo como aniquilando la autonomía de la voluntad en las contrataciones privadas.

Sería embarazoso para la Corte, en los próximos casos de “pesificación” que se sometan a su juicio, apartar los ya consolidados e irrefutables fundamentos constitucionalistas. Más aún, pensamos que los reafirmarán, no sólo por convicción sino también por un principio de coherencia, máxime cuando sugieren a los tribunales inferiores, para los sucesivos casos, no apartarse de la jurisprudencia sentada en el caso de la provincia de San Luis.

La decisión de ir resolviendo “caso por caso” luce como la más apropiada y equitativa, mas puede suceder que en la realidad, haciendo aplicación del fundamento básico de la inconstitucionalidad de prácticamente todo el andamiaje normativo que sostiene la “pesificación”, la cuestión se constriña a los casos testigos, aunque reconociendo dentro de cada grupo matices o características de segundo orden que podrán o no incidir en el alcance de la sentencia.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.