

LA LEY

DIRECTOR: CARLOS J. COLOMBO
AÑO LXVI Nº 104

INCLUYE
SUPLEMENTO ACTUALIDAD

BUENOS AIRES, REPUBLICA ARGENTINA

Jueves 30 de mayo de 2002

ISSN 0024-1636

EMERGENCIA, DERECHO, JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA

(REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS) (*)

POR HORACIO M. LYNCH

(Conclusión)

III. 9. La Corte Suprema de "Kiper" a "Smith" en pocas semanas

Dentro de este análisis debe darse especial relevancia a la actitud de la Corte que en sus primeras resoluciones se alineó con el gobierno siguiendo la línea adoptada desde el regreso de la democracia. Ante los primeros amparos la Corte actuó de inmediato dejando sin efecto la medida cautelar y, en el caso de un magistrado, ordenándole enfáticamente devolver el dinero que había extraído (48).

... los precedentes.

ma político de la Corte), era inoportuna porque se debía esperar un traslado, y se contradecía con el antecedente Kiper.

(...) "En los escritos que enviaron a la comisión legislativa, Bossert, Petracchi y Belluscio detallan que aquel 1º de febrero (día del golpe) al ... al ... sus funciones tr ... la feria judicial ..."

La Justicia no puede jaquear al Gobierno, si no se quieren resultados

favorable, pero no el mismo efecto que si esta sentencia se hubiera dictado". Afirma también, que "la causa no se encontraba en condiciones de resolverse hasta el fondo del asunto, ya que el juez de primera instancia le había impuesto el trámite del juicio sumarísimo y conferido traslado por cinco días el 27 de diciembre, de manera que el plazo para con ..."

ción que terminó con el procesamiento de sus directivos, uno de los cuales terminó encarcelado y el restante, su hermano, prófugo. En esta causa se confunden dos investigaciones, una sobre una defraudación cometida contra el mismo banco, y otra, porque habrían facilitado la extracción de fondos del corralito. En otro caso, la Justicia investiga a un grupo de banqueros de primera línea por no permitir extraer los fondos de los depositantes. Una conocida publicación financiera, *Argo*, o el *manicero*, destacó la incongruencia de una medida que un banquero ... por haber facilitado ..."

EMERGENCIA, DERECHO, JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA (Reflexiones sobre la crisis y las libertades económicas)

por Horacio M. Lynch

<hmlynch@interlink.com.ar>

Sírvase citar

Revista Jurídica LA LEY, 29 y 30 de mayo de 2002
(TOMO LA LEY, 2002 C)

Buenos Aires, Argentina
Junio de 2002

EMERGENCIA, DERECHO, JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA (Reflexiones sobre la crisis y las libertades económicas)

por Horacio M. Lynch¹

SUMARIO

- I - NO SE PUEDEN DICTAR SENTENCIAS CONTRA LA LEY DE LA GRAVEDAD - EL GOBIERNO DE LOS JUECES - 1.1] Introducción - 1,2] La implosión de la seguridad jurídica - 1,3] La corrida bancaria vs. la corrida judicial - 1.4] El gobierno de los jueces - 1.5] Fallar contra la ley de la gravedad - Los derechos de propiedad del actor y los del conjunto de los depositantes - 1,6] El Derecho de propiedad y las libertades económicas - II - EL CONTEXTO: 2.1] Causas remotas de la crisis- 2.2] El desencadenamiento y el primer corralito- 2.3] El Decreto 214/2002 - 2,4] Causas de la crisis y su influencia en las decisiones judiciales - 2,5] La crucial diferencia entre las medidas - 2,6] Tres escenarios y sus actores. - III - LA JUSTICIA ANTE LA EMERGENCIA - LOS REMEDIOS JUDICIALES: 3,1] La actuación de la Justicia, La teoría - 3,2] Límites del mecanismo de revisión constitucional - 3,3] Si el amparo es la vía idónea para las declaraciones de inconstitucionalidad - 3,4] Las medidas cautelares - 3,5] El anormal camino del per saltum - 3,6] La prudencia judicial - 3,7] La actuación de la Justicia - La práctica - 3,8] Los amparos - 3,9] La Corte Suprema: de KIPER a SMITH en pocas semanas - 3,10] La actuación de la Justicia penal - IV - CONCLUSIONES: 4.1] Pronósticos - 4,2] Sobre la propiedad - 4,3] La seguridad jurídica - El golpe de estado judicial - 4,4] Responsabilidad de los bancos - 4,5] Causas de la crisis y su influencia en las decisiones judiciales (características de la crisis) - 4,6] Síntesis

- I - NO SE PUEDEN DICTAR SENTENCIAS CONTRA LA LEY DE LA GRAVEDAD - EL GOBIERNO DE LOS JUECES

"¿Cómo? ¿Acaso han cerrado los bancos para defenderlos de los jueces? Ustedes pertenecen a otra galaxia"

(Comentario de un funcionario norteamericano a miembros de la misión Remes Lenicov a Washington ante las noticias del feriado bancario para evitar extracciones judiciales, abril 2002)²

1,1 Introducción

Ante la gravedad del momento, aun sin el tiempo ni la tranquilidad necesarios para analizar con serenidad lo ocurrido y a riesgo de equivocarse, este trabajo intenta reflexionar sobre distintos aspectos de la crisis, analizando las consecuencias jurídico legales, pero sin abstraerse de las circunstancias políticas, institucionales y económicas, alertando sobre lo que podrían ser algunas consecuencias peligrosas.

En medio de algo que se parece mucho al caos, estamos asistiendo a un hiperactivismo judicial en defensa de los derechos de propiedad severamente afectados por las medidas gubernamentales con actitudes que, aunque benefician a algunos ponen seriamente en riesgo los derechos de propiedad de todos. Ha puesto en jaque al sistema financiero e inclusive en dos oportunidades ha puesto en riesgo la continuidad del Presidente de la Nación. Esto autoriza a dudar si es correcta la forma como la Justicia está actuando. Están en juego valores contrapuestos y debe actuar con máxima prudencia.

Durante años he investigado sobre la seguridad jurídica³ y las libertades económicas de la Constitución Nacional⁴, su desconocimiento por nuestros legisladores, por el PE, y la sumisa actitud que tuvo siempre la

¹ Titular de LYNCH & ASOCIADOS, Abogados, ex Presidente de FORES. El autor agradece la colaboración del abogado Luciano HURTADO y los estudiantes Marina BOLDRINI CORRAL, Augusto VECHIO y Ezequiel MERCADÉ.

² Citado por MORALES SOLÁ, Joaquín en su nota *LA SITUACIÓN VACILANTE, DUHALDE LO DEJÓ IR*, en LA NACION del miércoles 24 de abril de 2002.

³ V. LYNCH Horacio M., sus trabajos sobre Justicia, desarrollo económico, derecho y economía en: *SEGURIDAD JURÍDICA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO* (ADEBA, 1993, 100 pag. #165) - *MEDICIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA* (ADEBA, 1993, 22 pag. #54) - *JUSTICIA & DESARROLLO ECONÓMICO* (CEA/CACBA-FORES, 1999, 187 pag. #161) (130 pag. #46) - *LA JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS* (130 pag. #47) - *CONCLUSIONES DE JUSTICIA & DESARROLLO ECONÓMICO* (15 pag. #56) - *JUSTICIA INMEDIATA* (15 pag. #58) - *JUSTICIA Y MONOPOLIOS* (50 pag. #53) - *JUSTICIA E INVERSIÓN* (20 pag. #162) - *JUSTICIA E INVERSIÓN: OPINIÓN DE EMPRESARIOS ARGENTINOS* (20 pag. #163)

<http://www.foresjusticia.org.ar/SiteCEA/cea.htm> - *Justicia y Economía* - *ANALYSIS OF THE IMPACT OF THE JUDICIARY'S PERFORMANCE*

justicia y la Corte Suprema (con honrosas excepciones) en relación con el avasallamiento de tales libertades. Por décadas he trabajado por la justicia. También lo he hecho respecto de la seguridad jurídica que ha sido permanentemente agredida, y he probado el altísimo el costo que ha tenido para el país. De alguna forma es paradójico que, en esta crisis, tenga que adoptar una actitud más comprensiva sobre las medidas que la de ciertos sectores que siempre han avalado el intervencionismo estatal. Es que creo que la gravedad actual casi no tiene relación con la emergencia que siempre ha justificado aquél intervencionismo. Es algo mucho más grave que hace que la palabra 'emergencia' no pueda utilizarse, y requiere acudir a otros parámetros. El ánimo fluctúa entre dos sentimientos contrapuestos: por un lado indignación por la conducción política que nos ha llevado a la crisis económica en el país y las medidas que han adoptado, y, por el otro, preocupación por lo que algunos jueces están haciendo al respecto, a quienes quizás podría adjudicárseles una cuota de responsabilidad en lo que ocurre. Me alarman algunos síntomas de la justicia, debido a que desde el comienzo de la crisis ha sido preocupante la actitud que han adoptado ciertos magistrados, quienes deberían estar suficientemente templados para poder analizar los casos con prudencia.⁵

Siempre he propugnado un mayor activismo judicial, en contraposición con las autolimitaciones que en muchas cuestiones, y especialmente en las llamadas cuestiones políticas, la Corte se impuso; ahora estoy viendo con preocupación una irreflexiva transmutación al extremo contrario. Es decir, si antes se pecaba por defecto ahora se lo hace por exceso. Como siempre en la Argentina nos falta el justo medio.

Y me alarma porque hay muchas experiencias en nuestro país que indican que, cuando hay excesos, luego sobrevienen las reacciones en el sentido contrario, y los valores que se quieren defender terminan perjudicados, con lo que la institución pagará las consecuencias.

Cuando se produce una avalancha, una corrida bancaria por ejemplo, es poco lo que se puede pensar, por lo que todo lo que puede implicar una salida ordenada de la situación queda fuera de las posibilidades.

El desorden hace imposible dar soluciones para los que más lo necesitan. Y esto es grave. Cuando este trabajo se escribe a mediados de abril de 2002, se anuncian 220,000 amparos nada más que en la Justicia Federal (no hay cifras de los intentados ante la justicia provincial, que estimo, por lo menos, en otro tanto).

En conclusión, puede nuevamente vaticinarse que todo será peor. Aquéllos que invocan situaciones más dramáticas –todas lo son, pero hay algunas peores que otras- han visto sepultados sus reclamos en la montaña de pedidos. No hay posibilidad humana de distinguir. El Gobierno y las asociaciones de bancos han buscado desesperadamente un acuerdo con la Corte para buscar alguna solución. Se ha sancionado una ley No. 25,587 para poner un poco de racionalidad en los amparos. Por todo esto, no participo del entusiasmo de quienes ven una favorable reacción de la Justicia. Estas contradicciones son lo que me propongo analizar.

1,2 La implosión de la seguridad jurídica

Al mes de comenzar la espiral final de la crisis, en enero de 2002, comentaba que se había producido una verdadera implosión de la seguridad jurídica, y abogaba por la correcta intervención de la Justicia: "... *La crisis institucional y económica condujo a una irregular delegación de facultades al Poder Ejecutivo, abandonando el patrimonio de los argentinos a la discrecionalidad de los funcionarios. Éstos han producido una implosión de la seguridad jurídica alterando radicalmente las reglas de juego al devaluar, congelar el dinero en los bancos, y provocar inflación. Con pocas decisiones retrocedemos varios años, quebrando la base contractual e institucional de la sociedad. Rápidamente aparecen desigualdades (pesificados v. no pesificados, arbitrarios plazos, cuotas y montos de las devoluciones, conflictos entre particulares). Esto, que resulta injusto para los deudores es también irracional para los acreedores. Sin atribuir malas intenciones, parecería que se han priorizado los números financieros en lugar de una distribución pareja de las cargas, pues se avanza en sentido contrario: unos ganarán, y otros perderán, escandalosamente. Y, como siempre, la inflación afectará a los que menos tienen. En ocasiones como éstas, la Justicia debería servir como último refugio ante las arbitrariedades del Estado, y oponerse a su sola intención de dirigir todo, pues afecta principios constitucionales...*"⁶

ON THE ECONOMY (FORES/The Fraser Institute, The Tinker Foundation, 1999, 30 slides#116) <http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/JUSTICIAyECONOMIA/FoFraserTinker.PPT> SEGURIDAD JURÍDICA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO EL IMPACTO DE LA JUSTICIA SOBRE LA ECONOMÍA ARGENTINA (Fundación ICO, Madrid, 2000, 10 pag. #147) http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/JUSTICIAyECONOMIA/FundaciCO_80ct00.pdf SEGURIDAD JURÍDICA Y DESARROLLO ECONÓMICO (FORES, 2001, 10 pag. #164) IMPROVING THE JUDICIAL SYSTEM TO FOSTER A COUNTRY'S ECONOMY (1999, 30 slides #166) <http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/JUSTICIAyECONOMIA/LONDRES20Jul99.ppt>

⁴ LYNCH, Horacio M., 'SOCIALISMO BAJO UN CONSTITUCIÓN LIBERAL', Diario LA NACION, Buenos Aires, domingo 21 febrero 1982 y 'LA CORTE SUPREMA Y LAS LIBERTADES ECONOMICAS' en la misma publicación del domingo 28 marzo 1982. Hay versión en Internet en http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/Publicaciones/Law_Economics/LibertadEcon_CSN.pdf.

⁵ V- LYNCH, Horacio M., CORRALITO Y JUECES, Carta de Lectores de LA NACION, del 19 de enero de 2002.

⁶ V. LYNCH, Horacio M. en CAMBIARON LAS REGLAS DE JUEGO, en LA NACIÓN del 23 de enero de 2002, http://www.lanacion.com.ar/02/01/23/do_368736.asp

Luego de que nuestra historia en materia de defensa de las libertades económicas ante la Justicia no registraba buenos antecedentes, esta vez anticipaba que se pondrían límites, (pero en verdad, esperaba otra cosa). ‘... Pero parecería que en esta ocasión va a poner límites al Gobierno pues, aunque hoy la emergencia es tan grave como aquéllas, las medidas mencionadas y otras que se anuncian, como la suspensión de ejecuciones y la reforma de la ley de quiebras, son de extraordinaria repercusión, tan impactantes, que producirán una fantástica transferencia de riquezas . . .’

Me preocupaba la actitud que podía asumir la Corte, presionada como estaba por la anunciada intención de promoverle un juicio político. Decía así que “... En la cumbre, una Corte Suprema, sobre cuyos integrantes no se puede generalizar, pero que las encuestas muestran sin prestigio ni imagen, y, por ello, sin serenidad para tomar decisiones tan difíciles...”. (De alguna forma anticipaba lo que ocurriría el mes de febrero, cuando la Corte dicta la resolución en el caso SMITH, que puso en jaque la estrategia del Gobierno para enfrentar la crisis, si es que podría decirse que hubo estrategia). Finalmente, respecto de la actitud de la Justicia ante la crisis comentaba:

‘...¿Qué debería hacer la Justicia en la teoría y en la práctica? Debería procurar agregar racionalidad a las medidas sin intentar sustituir al legislador (apelando a principios de generalidad, proporcionalidad y distribución pareja de las cargas, aplicando criterios restrictivos, prohibiendo cambiar la esencia, recordando que la emergencia no suspende, como el estado de sitio, las garantías constitucionales), y acotar las facultades, limitando la posibilidad de hacer daño. En la práctica es poco lo que puede hacer pues por problemas funcionales e institucionales no podrá atender la inundación de conflictos: hay tribunales atorados (contencioso-administrativos), o colapsados y sin presupuesto (fuero comercial), o sin funcionar (tribunales fiscales), y sospechados magistrados llevan adelante investigaciones exóticas intentando ganar credibilidad... Es lamentable que, cuando llegan situaciones límites, la Justicia no pueda ser una solución. Los argentinos nunca valoramos el sistema judicial, y ahora lloraremos lo que no defendimos, pagando así nuestro desinterés y olvido. (...)

Si la Corte Suprema –aun olvidando las motivaciones que se atribuyen al fallo SMITH- dicta una resolución que quiebra al sistema financiero argentino, se estaría acercando a la actitud del Chief Justice TANEY de los EE.UU., que a mediados del siglo XIX en la causa ‘DRED SCOTT’ dictó un tristemente famoso fallo, quizás ajustado a derecho pero ciertamente imprudente, que provocó una costosa guerra civil de más de un millón de muertos.⁷

Advierto que muchos de los que abogan por la salvación judicial, son los mismos que durante años han predicando inconscientemente la salida de la convertibilidad y la devaluación, que finalmente se dio en forma absolutamente desordenada y sin una estrategia de reemplazo. Ahora, cuando esto se ha hecho irresponsablemente, intentan echar las culpas solamente a la administración del Dr. De la Rúa.

En un primer análisis podría concluirse que, frente al apoderamiento de los depósitos y a las medidas económicas en general, la actitud de los magistrados de hacer lugar a recursos de amparo contribuye a la defensa de la propiedad, de los derechos constitucionales, y, por último a la seguridad jurídica en nuestro país. Lo mismo podría decirse del caso de los jueces penales, al investigar la actuación de los bancos. En esta línea, la actitud de la Corte en SMITH estaría en la buena senda.

Empero, un análisis menos lineal, más complejo y profundo de la cuestión, podría argumentar que, si las medidas de los magistrados impiden un repliegue ordenado de las restricciones (y ya han producido un agravamiento de las medidas para contrarrestar la reacción judicial), si el fallo de la Corte modificó sus precedentes y endurece la posición del gobierno para presionar por una situación especial en la que se encuentran sus integrantes, y si los jueces penales contribuyen a aumentar el desorden, generan malestar en el exterior, muestran el país en un extremo descalabro, ponen en riesgo los planes del gobierno, y vedan la posibilidad de ayuda exterior (básicamente del FMI).

Si este fuera el caso, entonces podría justificarse un diagnóstico que afirme que la Justicia, antes que contribuir, está agravando la cuestión, que no es parte de la solución sino del problema, que los magistrados están olvidando la prudencia, que los remedios judiciales no son tales si no lo son para todos (sino para unos pocos) y que el resultado general es negativo.

Si se concluyera que la posición de la Corte en SMITH no estuvo fundada en motivos de justicia sino que fue una advertencia al Gobierno, haciendo tabla rasa con sus precedentes para decir lo contrario de lo que semanas antes había estado sosteniendo, entonces podríamos ver en esto una actitud gravísima por parte del Tribunal que tiene que defender la vida, la honra y el patrimonio de los ciudadanos.

Y si las decisiones de algunos jueces penales y federales se deben más a un afán de figuración o reposicionamiento frente a la sociedad que los cuestiona que a un auténtico cumplimiento del deber, estaríamos ante un proceder de similar gravedad.⁸

⁷ REPETTO, Roberto, *HISTORIA DE UN GRAN ERROR JUDICIAL*, Revista Federación Argentina del Colegio de Abogados, Buenos Aires, pg. 85

⁸ En abril de 2002 la opinión pública se ha visto sacudida por una denuncia de una inaceptable presión ejercida por el titular de la SICE contra la Corte en conjunto y algunos jueces federales, lo que viene a corroborar que el fallo

Si los magistrados reivindican el derecho de que sus órdenes sean cumplidas, pero tales órdenes se han dictado en un proceso judicial anormal, sin derecho de defensa y sin un cumplimiento cabal de los recaudos procesales -en ocasiones por jueces manifiestamente incompetentes- también tiene un sedimento negativo.

Y si en medio de circunstancias tan trágicas para el país y para los argentinos, se hubiera generado en alguna jurisdicción un negocio entre jueces y abogados, todavía sería mucho peor.⁹

Finalmente, si los magistrados están fallando sobre una irrealidad, sobre una situación ideal que no se compadece con las posibilidades de la realidad económica, si están proponiendo modificar con fallos la ley de la gravedad, la cuestión reviste ribetes de drama.

1.3 La corrida bancaria vs. la 'corrida judicial'

Las medidas de restricción financiera quisieron impedir los devastadores efectos de una corrida bancaria – básicamente impide una devolución ordenada de los depósitos - pero ahora estamos enfrentando una corrida de diferentes características, pero de similares perniciosos efectos: una corrida judicial. Esto es un hecho inédito en el mundo; los argentinos una vez más, hemos producido una singularidad. Este fenómeno inédito a nivel mundial ha demostrado que puede tener efectos tan nefastos como la otra: impide soluciones ordenadas, plazos y proporciones. Tampoco ha sido edificante la forma como se ha llevado a cabo. Así se ha visto desde señoras gerentes conducidas detenidas con esposas hasta actores erigidos en oficiales de justicia, y a éstas funcionarios (naturalmente incentivados) saltando mostradores, tirando cajones, apoderándose de dinero para sueldos y hasta violentando cajeros automáticos. Se ha llegado a ocultar el dinero para pagar jubilaciones para impedir embargos. Aquéllos ahorristas incluidos entre las excepciones no tienen oportunidad alguna dentro del océano de acciones judiciales. Se ha denunciado que han prosperado en mayor medida los amparos por altos montos. Repito, con desorden nada bueno puede suceder.

1.4 El gobierno de los jueces

“...los jueces nos pueden gobernar, porque no es esa su función, y el resultado de la agresión judicial fue que Estados Unidos no se hizo más gobernable, sino menos...”

Paul JOHNSON, *Estados Unidos – La Historia*

“... Esta es la consecuencia del golpe de estado judicial de febrero: este golpe se está consumando...” – Joaquín MORALES SOLA,¹⁰

Esto no es todo. Si hemos llegado a una situación en la cual cualquier juez, ante una simple presentación, y en forma instantánea puede decretar la inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones y medidas adoptadas por el Congreso Nacional, o por el PE. en uso de facultades delegadas, o por las autoridades monetarias en virtud o como resultado de la misma delegación, y si todo esto excede largamente los principios básicos de división de poderes para conducirnos a un indeseado 'gobierno de los jueces' con las consecuencias gravísimas que ello conllevaría, y afectando la poca credibilidad de nuestro Poder Judicial, se terminará por anular uno de los pocos reductos de legalidad que todavía quedan en la Argentina.¹¹

El mecanismo utilizado es un recurso de amparo acompañado de una medida cautelar que requiere la entrega de los fondos depositados. Como la medida cautelar se tramita *inaudita parte*, no se le permite al Estado defender a la norma, se dicta la medida cautelar, permitiéndole al actor retirar los fondos y, prácticamente, en cuestión de días, la controversia se resuelve para el actor. En tanto la medida se dispone respecto de un banco (en muchos casos no incluido en la demanda de amparo), éste tampoco tiene posibilidad de defensa. De esta forma, se cierra el círculo. Es cierto que la medida cautelar no resuelve el fondo del asunto, pero en verdad el juicio finaliza y el Estado nacional demandado y el banco afectado, se quedan sin posibilidad alguna de defensa. Nunca en la historia judicial argentina se ha visto esto. Y sin embargo es lo que está sucediendo.

SMITH fue una respuesta a dicha presión. V. VERBISKY, Horacio, en su nota de *PÁGINA 12* del domingo 8 de abril de 2002.

⁹ V. AMBITO FINANCIERO del 23 abril 2002, donde comenta una investigación ordenada por el Tribunal Superior del Chaco y otras irregularidades.

¹⁰ “*EL PRESIDENTE EN SU LABERINTO*” en *LA NACION* del domingo 21 de abril de 2002. La expresión 'golpe de estado judicial' había sido lanzada por Federico PINEDO en *GOLPE DE ESTADO JUDICIAL*, en *LA NACION* del 08/02/2002. Contrariamente a lo que piensa el Dr. GORDILLO, quizás MORALES SOLA, por no ser abogado, pueda ver el bosque en vez de los árboles, (ver el muy interesante artículo de GORDILLO, Agustín “*CORRALITO, JUSTICIA FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTENCIÓN SOCIAL EN ESTADO DE EMERGENCIA*”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo del 26/04/2002, pág. 1, nota 3).

¹¹ V. LYNCH, Horacio M., en ‘*EL GOBIERNO DE LOS JUECES O LOS JUECES TAMBIÉN GOBIERNAN*’ en *LA NACION* del 5 de octubre de 1983, con motivo de la detención del entonces Presidente del BCRA, Dr. Julio GONZÁLEZ DEL SOLAR dispuesto por el juez federal de Tierra del Fuego Dr. PINTO KRAMER, al bajar del avión que lo traía de los EE. UU. donde había negociado la deuda externa y refinanciado la deuda de *AEROLÍNEAS ARGENTINAS*.

La cuestión es todavía más compleja, porque está ocurriendo que los amparos se presentan ante tribunales incompetentes (provinciales) los cuales, aun cuando saben su incompetencia, decretan las medidas cautelares y luego remiten la causa a los juzgados federales.

Corresponde concluir entonces que no es auspicioso que los jueces asuman decisiones más propias de los órganos legislativos y de gobierno, y qué puede pasar si lo hacen. Como se verá más adelante, por una razón o por otra, invocando razones jurídicas, religiosas o económicas, y sin profundizar demasiado nuestra historia de libertades económicas, a los jueces, con pocas excepciones, les ha complacido la idea de declarar la inconstitucionalidad de las normas, de dar órdenes a los gerentes de los bancos, y de actuar en el papel de salvadores. Los justificativos son de los más diversos, y hasta hay algunos que dicen que no les corresponde a ellos indagar las cuestiones de iliquidez bancaria y que lo que tienen que hacer es darle el dinero a la gente. Cada entrega de dinero que ordenan hace más difícil devolverle al resto de los ahorristas y así los jueces están actuando de redistribuidores del dinero: algunos quedarán ricos y otros no, por obra de los jueces (*moral hazard*).

La moda se extiende y se anunciaban amparos contra la aplicación del CER a los contratos, o contra las retenciones en el agro. Si esto se consolida y si cada medida de gobierno - en temas opinables como lo serán las que se deben tomar en la crisis - queda sometida al escrutinio instantáneo de 5,000 jueces, ya no será posible gobernar.

Para reivindicar el poder y obligación de revisar la constitucionalidad del Poder Judicial, el mismo deben ser ejercido dentro de los límites, que se revisan más adelante, en §3.2.

Hay también aspectos prácticos que aconsejan que los jueces no pueden tomar o revertir decisiones. Aquí podría hacerse el símil con un avión de pasajeros conducidos por un piloto inexperto o borracho. Aun ante la grave situación, peor aun sería que cada uno de los pasajeros intente dar indicaciones o, lo que es más, tomar el timón: sería nefasto que comience a ser manejado desde diversos controles. Si la impericia del piloto podría justificar su relevo, mucho más grave es que sean varios los pilotos. Es que el Poder Judicial, por su misma estructura no está preparado para gobernar, para unificar la decisión, y llegar a un órgano que compacte las decisiones.

En estos días se ha hablado mucho de la Argentina comparándola con la tragedia de aquel famoso transatlántico, orgullo de la industria naval británica, que se hundió en el viaje inaugural: el Titanic. La comparación puede servir: ¿qué pasa cuando el capitán del barco ordena 'las mujeres y los niños primero' y otro oficial da una orden contraria? La cuestión no está en discutir si el capitán del barco (léase Presidente de la Nación, Mo. de Economía o Presidente del BCRA) son los más idóneos para la función. En medio del caos hay que reconocer que están y que no hay forma eficiente de cambiarlos. El Gobierno, junto con las restricciones, dispuso una serie de excepciones para las situaciones que más angustiantes, (salud, edad avanzada, radicación en el exterior, etc.) se asemejaba a ea frase del naufragio, pero en verdad, los bancos no los resolvían con la urgencia necesaria. Ante la inmovilidad o desidia de quienes debían entender y autorizar, parece más que razonable que en situaciones de urgencia se recurriera a los magistrados. Pero en verdad vemos que la realidad ha sido otra: cautamente al principio, y en torrentes luego de SMITH, los magistrados están haciendo lugar a todos los pedidos, con o sin excepciones. El resultado ha sido que hoy nos estamos quedando sin botes, porque muchos ya han partido llenos por las órdenes judiciales.

También es cierto que, con todos sus defectos, los órganos de legislación y de gobierno son naturalmente mucho más capacitados para evaluar la crisis (por formación y por información (y en un principio lo es también por su cargo o su función no?) que nuestros magistrados. La sensación que algunos tuvimos cuando se conoció el primer fallo del corralito es que cuando todos quieren tomar los controles del avión todos perdemos.

1.5 Fallar contra la ley de la gravedad – Los derechos de propiedad del actor y el del conjunto de los depositantes

Otra cuestión crucial reside en saber si efectivamente la medida era posible de cumplir en todos los casos: ¿pueden devolverse todos los depósitos sin riesgo? o bien, ¿no comprometen la devolución de algunos depósitos la suerte de todos?, y, en caso de que sólo puedan devolverse algunos ¿es justo que ello ocurra? Si no pueden devolverse todos, cómo deberían devolverse, ¿a prorrata, por ejemplo? Más aún: se trata de ver que si no sería preciso negarlo en nombre del mismo derecho de propiedad, si ello se hace en protección de los derechos de propiedad de los restantes ahorristas.

Y también ¿a quién corresponde resolver esto, a las autoridades monetarias o a los jueces?

Dejando de la lado la invocación a la solidaridad (una situación similar se enfrentó en Corea con actitudes muy solidarias de todos los coreanos) que en la Argentina tiene otra interpretación ("yo me salvo aunque

perjudique a otros”) el juez tiene que ver si por defender los derechos de propiedad de un ahorrista no está comprometiendo los de todos: es decir, tiene que tener la seguridad que ello no ocurra.

Comentando la situación, un juez, el Dr. GUGLIELMINO, la describe así:¹² “(...) El suscripto desconoce los datos singulares (de SMITH) ... de modo que no le resulta posible entender en qué elementos probatorios se basó (la Corte) para considerar que las restricciones que sucesivamente se fueron imponiendo a los fondos depositados en entidades bancarias desde el dictado del dec. 1570/01 en adelante, merecieron el calificativo de irrazonables al no advertir “la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento” (en referencia al derecho de propiedad). Por de pronto, del texto del fallo no surge que en el debate haya participado el Estado Nacional, (...) 3) Las circunstancias (...) me permiten conocer elementos objetivos, por lo cual estoy en condiciones de decidir **sin necesidad de recurrir a expresiones inestables** como las que debió emplear el Alto Tribunal en el caso “Smith”. Yo no puedo ya decir que “no se advierte” la proporcionalidad de la medida estatal para conjurar la crisis económica. Ello, por cuanto se me han acompañado documentos emitidos por entidades públicas, que expresan con formalidad aquello que, de todos modos nadie contradujo nunca, esto es, que la apertura indiscriminada y sin escalas del denominado “corralito”, se lo puede conducir a la frustración de gran parte de los ahorristas y al derrumbe de la mayoría de las entidades bancarias en cuyo caso aquella frustración de aproximadamente el 75% de los ahorristas sería definitiva, por cuanto es menor la cantidad de dinero que tienen éstas comparado con la que los ahorristas estarían en el derecho de exigirles...”.

Es que el Dr. GUGLIELMINO requirió un informe oficial sobre la situación. “... Según el Informe N° 342/041/02 presentado por la Gerencia de Análisis del Sistema de la Subgerencia de Análisis del Sistema Financiero del Banco Central de la República Argentina, al 31 de enero del presente año la disponibilidad de pesos era de 5.787.000.000, mientras que la sumatoria de los Depósitos a la Vista (pesos 22.145.000.000) y los Depósitos a Plazo Fijo (pesos 3.908.000.000) era de pesos 26.053.000.000. A su vez, la disponibilidad en moneda extranjera era de 4.279.000.000 para afrontar Depósitos a la Vista por 14.492.000.000 y Depósitos a Plazo Fijo de 25.396.000.000. Las disponibilidades en menos a los Depósitos a la vista eran, a aquella fecha, de \$ 16.358.000.000 y 10.213.000.000 en moneda extranjera...”.

Evidentemente el haber requerido el informe técnico es una encomiable actitud de prudencia.

Sobre si los jueces pueden ordenar lo imposible

En la parte más valiosa de su resolución el magistrado razona así: “... 4) **Encuentro inconducente analizar si es o no justo que no se devuelva el dinero de los particulares todo y ahora. Es obviamente injusto. Lo que sucede es que los hechos no son valorables moralmente. Carecería de lógica afirmar que un terremoto es injusto. Por supuesto que no se me escapa que un terremoto es causado por fuerzas de la naturaleza mientras que la crisis que hizo eclosión en el mes de diciembre del año pasado fue provocada por la negligencia o dolo de personas (cuyas responsabilidades deberán ser investigadas, ciertamente). Pero que esto último sea así, no nos debe impedir aceptar que esa desgraciada actividad humana se ha transformado, ahora, en un hecho, y no existe la más mínima posibilidad de que un pronunciamiento judicial se ajuste a derecho si se alza, a sabiendas, contra los hechos. Es decir, si contiene una orden que sabe de cumplimiento imposible, una vez que el precedente particular que opera como caso líder alcance con el tiempo a todas aquellas personas o entidades que tengan el mismo derecho del actor que propicio con su acción el dictado de aquel fallo originario...**”.

Volviendo con la argumentación sobre el caso Smith, el magistrado comenta que “... En el caso “Smith” la Corte Suprema sostuvo que el dec. 1570/01 afecta las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y agrega que conculca también, el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Que conculca el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional, no es un hecho controvertido, puesto que está reconocido en el Considerando del propio decreto 1570/01 (...) Sin embargo, aquellos elementos sirven para comprender que a un juez le resulta imposible calificar de irrazonables las medidas que se han tomado **partiendo de esa cruel realidad sin saber si se podría intentar el conjuro de esa grave situación a través de mecanismos tan razonables que permitan demostrar que los elegidos hasta ahora no lo son. Las pruebas que, a diferencia de la Corte Suprema, tengo a la vista (válidas, al amparo del art. 12 de la ley 19.549), impiden imputarle a aquel acto la violación del art. 21 del citado pacto internacional puesto que en éste se establece que “la ley puede subordinar tal uso y goce (de sus bienes) al interés social” punto 1 y “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes. excepto ...por razones de utilidad pública o interés social” punto 2. Destaco la trascendencia que tiene la circunstancia de contar con documentos probatorios oficiales, para que se comprenda que **este fallo no debe interpretarse como contradictor del dictado por la Corte Suprema. Por el contrario, encuentro claro que el Alto Tribunal hubiera resuelto como lo hago ahora si hubiera podido valorar las pruebas arrojadas por el BCRA ya citadas más arriba y que permiten conocer que desde el dictado del decreto 1570/01 hasta el presente, los autores de las sucesivas normas se han encontrado contextualizados por aquel lamentable balance. Desde esa perspectiva carece de sentido imputarle****

¹² V. GUGLIELMINO, Osvaldo C. su fallo en “BBVA BANCO FRANCÉS/M.E. S/ RECHAZO IN LIMINE DE LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA DEDUCIDA POR UNA ENTIDAD BANCARIA”, Juzg. Cont. AdmNo.4 - LA LEY, Boletín especial 1, febrero 2002, pág. 60 (# 13).

inconstitucionalidad en abstracto a normas por el solo hecho de reflejar aquella situación económico-financiera dolorosa pero verdadera...".

1,6 El derecho de propiedad y las libertades económicas

No tiene sentido discutir en los albores del siglo XXI si la propiedad privada es un derecho fundamental, pero si se lo hace debe adoptarse una visión amplia y no sesgada.

Ya hemos visto antes que el juez tiene que resolver entre una confrontación de derechos, el del ahorrista que acciona, y el de los restantes que se verían perjudicado con tal protección individual.

Pero lo que está ocurriendo no se limita a los depósitos bancarios. El gobierno ha tomado medidas sin ninguna lógica afectando todas las relaciones entre particulares, regresando al estatismo invasor de la esfera privada de otras épocas. No tiene pues sentido discutir la propiedad privada, que es indiscutible, sino la tendencia de las medidas y su correlación con la gravedad de la crisis, para darle así, un enfoque coherente ante el problema. No se puede hablar de ataque a la propiedad privada cuando se afectan los depósitos, y sostener con igual énfasis, por ejemplo, la pesificación de las deudas. Alguien está perdiendo, y alguien se está beneficiando, y frente al problema general, todo debe medirse con la misma vara. Esto lo he señalado en el trabajo citado en §1.1, publicado en enero de 2002, en lo que luego se ha llamado la 'pesificación asimétrica'.

Otra reflexión preliminar ante a lo que está ocurriendo es que se ha puesto en evidencia un notable desconocimiento de lo ocurrido durante el siglo XX con respecto al ataque de las libertades económicas que en la Argentina hemos sufrido por parte del gobierno y de los legisladores (casi desde la década del 20) ante la pasividad o anuencia de la Justicia que las ha convalidado en forma permanente, llegándose por esta vía a la curiosa situación de tener un país socialista bajo la vigencia (aparente) de una Constitución liberal.¹³ Pero, al margen del juicio que nos merezca, lo que no puede ignorarse es lo que ha ocurrido. Tenemos una lamentable tradición en materia de violación de las 'libertades económicas'. Asombrarse por lo que ahora está pasando implica ignorar lo que ocurrió con las moratorias hipotecarias, la Ley de alquileres de propiedades urbanas y de arrendamiento rurales (que implicaron para generaciones de argentinos un verdadero despojo), o con las leyes expropiatorias; inclusive con leyes que suspendían acciones judiciales, etc.¹⁴ Más sutiles, pero no menos nocivas, fueron la convalidación de las normas sobre salarios mínimos y también, sobre estas mismas bases las que prohibían los aumentos de salarios. El colmo llegó con aquél fallo de la Corte que autorizó la creación artificial de trabajo en el caso del "Cine Callao". ¿Cómo podemos ahora escandalizarnos? Las leyes de alquileres y de arrendamientos implicaron para argentinos perder propiedades que habían sido el fruto del ahorro de muchos años, y que en algunos casos, eran la jubilación de personas cuando estos beneficios todavía no existían.

Pero esto no se limita al siglo XX, porque ya en la crisis de 1890/1, se tomaron medidas muy similares sin que, según afirman quienes han recordado estos antecedentes, nuestra Justicia hubiera invalidado la legislación. Entre otras medidas para paliar la crisis que debió enfrentar el gobierno del entonces Vicepresidente y luego Presidente Carlos Pellegrini, promovió la Ley No. 2776 para avalar y prolongar los efectos de un decreto dictado en abril de ese año, mediante el cual se suspendieron los pagos de la banca nacional por un largo periodo de tiempo. Y no fue lo único. La ley No. 2781 dispuso una prórroga de todas las obligaciones comerciales (art. 1o.) con excepción, naturalmente, de los impuestos (art. 2o.). La ley No. 2782 aprueba diversos decretos que disponían la suspensión de términos legales y judiciales. Y hasta se dictó la Ley No. 2780 por la cual se exceptuó de toda la normativa restrictiva a los depósitos judiciales.¹⁵

Se escribe -y se argumenta en las sentencias- como si nunca se hubiera violado o suspendido en la Argentina el derecho de propiedad, cuando en realidad nuestra historia muestra otra cosa (sin olvidar que estas medidas se han adoptado en un contexto de una emergencia 'grado 5' absolutamente inédita). En cierta forma es comprensible este desconocimiento en ciudadanos pero no es aceptable en magistrados y hombres de derecho.

La confusión y falta de criterio se advierte cuando vemos que los mismos que se escandalizan por las restricciones sobre los depósitos bancarios abogan, al mismo tiempo, por el restablecimiento de 'precios máximos', y piden impuestos extraordinarios, exacciones a empresas 'que ganaron demasiado', etc. La defensa de la propiedad privada parece limitarse a los derechos de los titulares de los depósitos bancarios, y, por ello, es sesgada. Hay quienes se ven perturbados por la suspensión de los juicios, pero en cambio, poco o nada se

¹³ Ver LYNCH, Horacio M., en *SOCIALISMO BAJO UN CONSTITUCIÓN LIBERAL* cit. en nota 4.

¹⁴ V. por ejemplo los fallos de la Corte Suprema in re *NADUR, AMAR C. BORELLI, FRANCISCO* y otros dos casos más, que resuelven la constitucionalidad de las leyes de alquileres y la paralización de las acciones judiciales de desalojo, con nota encomiosa de Germán BIDART CAMPOS, en JA 1959 – III pág. 459 ss.

¹⁵ Ver BIELSA, Rafael y GARBER, Carlos en *ORDEN PÚBLICO Y DERECHOS INDIVIDUALES*, La Nación, www.lanacion.com.ar, 13/02/2002.

escucha sobre otras restricciones que se han impuesto, y que afectan a la propiedad tanto como las otras. Nos referimos a las prohibiciones incluidas en la Ley 25,563, a las medidas de ejecuciones privadas y también a la extensión del plazo del período de privilegio en los concursos y quiebras. Sobre éstas, que afectan tanto como las otras la propiedad privada, poco o nada se ha dicho.

No es posible predicar el respeto de la propiedad privada en un caso y su desconocimiento en otros. La cuestión es integral. Cuando el Estado mete la mano en el bolsillo de la gente, como lo ha hecho ahora, no es muy diferente que cuando impone cómo tienen que hacerse los contratos privados, o cómo cada uno tiene que manejar su negocio, o cuánto puede o no pagarse en concepto de salarios.

La propiedad privada es inviolable tal como está establecido en nuestra Constitución y la defensa debe ser, como ya he dicho, integral. Se trata entonces de indagar, poner en contexto y extraer algunas conclusiones sobre lo que el Poder Judicial puede hacer y lo que no puede ni debe hacer tomando este principio.

- II - EL CONTEXTO

No es prudente intentar un análisis jurídico sin una revisión del crítico contexto en que la justicia es convocada a intervenir. Esta secuencia de normas legales, hechos, y fallos judiciales, a pesar de estar frescos en la memoria de los argentinos, fueron tan apabullantes que conviene repasar.

2.1 Causas remotas de la crisis

Desde mucho antes de finalizar la administración MENEM (1989-1999), ya se manifestaba una crisis de proporciones al fracasar el esquema económico vigente desde 1991 por el descontrol financiero de la Argentina. En octubre de 1999 se realizan elecciones presidenciales en las que triunfa la Alianza (coalición del centenario Partido Radical y del más joven FREPASO) y en diciembre asume el Dr. DE LA RÚA como Presidente de la República. Antes de terminar el primer año de su mandato la crisis obliga a dictar una ley de Emergencia que, entre otras medidas, disponía una nueva consolidación de las obligaciones del Gobierno.¹⁶

En marzo de 2001 el Dr. DE LA RÚA se desprende de su Ministro de Economía, el Dr. MACHINEA, y designa en su lugar al Dr. LÓPEZ MURPHY quien, luego de trabajar intensamente con su equipo, anuncia un plan proporcionado a la magnitud de la crisis (durísimo pero que nos hubiera evitado los males actuales). El gobierno y la dirigencia no lo entendieron y el nuevo ministro debió renunciar luego de 14 días de gestión. En su lugar se designa al Dr. CAVALLO para intentar el milagro de lograr los objetivos de LÓPEZ MURPHY en forma menos dolorosa.

El 29 de marzo de 2001 se sancionó la ley 25,414¹⁷ que acordaba facultades extraordinarias para el PE, en consonancia con la variante introducida en la Constitución Nacional por la Convención de 1994, declarando la situación de emergencia económica hasta el 1º de marzo de 2002.

En septiembre se dictó la ley No. 25,466 para garantizar la intangibilidad de los depósitos en los bancos.¹⁸ Esto fue realmente incongruente pues ¿por qué era necesario asegurar tal cosa? (es como declarar que el Estado no nos va a robar). Es por ello que produjo el efecto contrario, provocando más desconfianza.

El 1º de noviembre se dictó el Decreto 1387/2001 que, entre muchas disposiciones, introdujo una modificación en el art. 195 del Código de Procedimientos –creando el art. 195 bis- en el que establece un recurso *per saltum* a la Corte cuando el dictado de medidas cautelares pudiera trabar el funcionamiento de las decisiones económicas.¹⁹ Esta norma jugará luego un importante papel hasta que finalmente fue suprimida por la Ley No. 25,587 del 25 de abril de 2002.

En tanto la crisis avanzaba, la dirigencia política coqueteaba con el abismo, y cuando el Ministro CAVALLO recomendaba amputar para detener la gangrena, las discusiones eran interminables, y si finalmente se adoptaban, ya no eran eficaces y había que pensar en amputar nuevamente, más arriba. Esto se repitió varias veces.

El sistema financiero sufría un drenaje considerable por el retiro de fondos de los mayores depositantes (los que estaban más atentos a la situación), lo que en los meses de septiembre, octubre y noviembre se transformó en un torrente, hasta que el viernes 30 de noviembre los bancos sufrieron ya una verdadera corrida. Comienza así el episodio final del drama con las medidas que se anuncian al día siguiente.

¹⁶ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/65053.htm>

¹⁷ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/66559.htm>

¹⁸ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/69026.htm>

¹⁹ Ver en <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/69650.htm>

2.2 El desencadenamiento y primer corralito

La medida más relevante fue el Decreto 1570/2001 del 1º de diciembre de 2001.²⁰

Esta norma creó un sistema que recibió el nombre popular de 'corralito'. Básicamente estableció restricciones al manejo del dinero efectivo en el país, obligando a operar con cheques (para mantener el dinero en el sistema financiero) y prohibiendo extracciones de efectivo superiores a us\$ 250 semanales. En tales condiciones se podía operar libremente, y lo único que no se podía hacer era girar dinero al exterior.

Ciertamente afectaba la propiedad privada, pero parecía proporcionado a la magnitud de la crisis. El dinero se podía usar con cheques sin restricción alguna, en la moneda en que estaba pactado, y la única limitación era mantenerlo dentro del sistema. En lo que hace a las restricciones de operar con efectivo debe recordarse que por entonces regían medidas que imponían el uso del cheque para pagos superiores a los us\$ 1,000/ \$1,000 sistema que había generado protestas, pero nunca fue cuestionada su constitucionalidad.

A pesar de ello, el corralito impactó fuertemente en el público, que no comprendía la magnitud de la crisis. Nadie podía dudar que era grave y que producía muchos inconvenientes, pero ante la disyuntiva de las restricciones o la pérdida total de los depósitos es evidente que la primera era mucho mejor. Puede así considerarse que las medidas eran proporcionales a la magnitud de la crisis: el sistema no soportaba más retiros de depósitos y suspenderlos era la única alternativa para impedir su caída lo que llevaría a *la pérdida de todos los depósitos*. La ciudadanía estuvo mal informada por desconocimiento o por interés, pues hubo operaciones desde algunos sectores políticos interesados en el desplazamiento del Presidente DE LA RÚA.

El art. 3 de este Decreto preveía la posibilidad de que el BCRA dispusiera algunas excepciones al sistema, lo que efectivamente hizo el 7²¹ y el 28 de diciembre 2001.²²

A los pocos días de dictado, el 4 de diciembre de 2001 se conoció una primera resolución judicial en un recurso de amparo promovido por la Diputada Nacional Alicia CASTRO²³ que suspendía a su respecto los efectos del decreto. En una decisión lógicamente apresurada, el magistrado consigna reflexiones muy opinables. Olvida o ignora que desde hace mucho tiempo existía aquella restricción a los pagos en efectivo superiores a los \$1,000/us\$1,000, de forma tal que, en este sentido, el 'corralito' no modificaba demasiado la situación. Ante la presunción de validez de los actos administrativos, argumenta que, cuando se trata de 'Decretos de necesidad y urgencia' (DNU) la presunción se invierte, no mencionando las modificaciones introducidas a la Constitución Nacional en 1994. Este fallo es muy simple, se dictó sin acreditar las circunstancias, y luego se supo que la Diputada no tenía restricción alguna para el retiro de sus haberes. En alguna oportunidad lo he mencionado como un *leading case* "trucho".²⁴ La resolución, en fin, no se cuestiona si efectivamente el sistema podía soportar la continuación de los retiros.

Luego se produjeron, en la ciudad de Buenos Aires, varias resoluciones judiciales que liberaron fondos para personas comprendidas en las excepciones (edad, razones de salud, radicación en el extranjero).

Pero avanzando el mes se conoció una resolución favorable del mismo magistrado del fallo CASTRO en un amparo que no estaba comprendido en ninguna de las excepciones: era un caso general, promovido por un colega juez, el Dr. Claudio M. KIPER, que le autorizaba a retirar us\$200,000 en billetes de un banco, lo que efectivamente se verificó. Debido a la apelación de las medidas cautelares, la Corte tuvo oportunidad de intervenir casi desde el inicio de la situación. Revocó lo resuelto en el caso del Dr. KIPER, y le ordenó devolver el dinero retirado.²⁵

Pero el mismo día, el Dr. SILVA GARRETÓN había dictado una nueva resolución, esta vez en un amparo colectivo promovida por la Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en beneficio de sus habitantes.²⁶ El fallo disponía, como medida cautelar, anular los efectos del corralito para todos los habitantes de la ciudad de Buenos Aires. Y como medida notable disponía que "*III. En punto al recaudo previsto por el art.199 del ritual, considero que la caución juratoria de la defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires es suficiente contracautela*" (¿suficiente contracautela para una medida de tal magnitud?). Esta medida también fue suspendida por la Corte el 6 de enero de 2002.

²⁰ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/70355.htm>

²¹ Comunicación " A " 3382 I 07/12/01

²² V. Circular A 3394 del 13 de diciembre de 2002.

²³ V. autos "CASTRO, ALICIA A. .c/P.E.N s/ INCONSTITUCIONALIDAD DEL LIMITE AL RETIRO EN EFECTIVO DE SALARIOS", Juzg. Cont. Adm No.6 - LA LEY, Suplemento especial febrero 2001, pág. 1 -

²⁴ V. LYNCH, Horacio M. 'CORRALITO Y JUECES' en LA NACION, Carta de Lectores cit.

²⁵ V. autos "KIPER, Claudio c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Medida cautelar autónoma - Expte. No. B.1141 XXXVII", CSN - SAJJ, DIARIO JUDICIAL, y LA LEY, Boletín especial febrero 2002, pág. 12 (# 34).

²⁶ V. autos "D.P.C.B.A. 1c/P.E.N. s/ AMPARO COLECTIVO" Juzg. Cont. Adm. No.6 - LA LEY, Boletín especial de febrero de 2002, pág. 15 ss. (# 60).

Aun con la apelación directa a la Corte a través de *per saltum*, y por tener la apelación un efecto meramente devolutivo, las medidas cautelares se cumplían antes que el Alto Tribunal pudiera intervenir.

Estimo que este amparo fuera de las excepciones y con retiro de dinero fue el detonador de lo que vendría luego. El mensaje que interpretó la ciudadanía es que era muy simple; para devolver los depósitos bastaba sólo la decisión de hacerlo, dejando la sensación que no se entregaban por capricho de DE LA RÚA y CAVALLO, y por la voracidad del sistema financiero.

En tanto crecían las protestas populares, un sector político que apuntaba a la caída del Gobierno las aprovechó para agravar el caos, lo que finalmente logra, pues el Ministro CAVALLO renunció, y el 20 de diciembre el Presidente de la Nación, Dr. DE LA RÚA, resignó su mandato.

Llegamos así a la nefasta Asamblea Legislativa del 22 de diciembre 2001, donde se eligió como Presidente de la Nación al por entonces Gobernador de San Luis, ADOLFO RODRÍGUEZ SAA, quien anunció el *default* de deuda externa de la Argentina entre la algarabía general de los legisladores.

Fracasada su gestión a los siete días, una nueva Asamblea Legislativa eligió como Presidente al Dr. EDUARDO DUHALDE (senador por PBA), y éste al Dr. Jorge REMES LENICOV como su Ministro de Economía.

El 6 de enero de 2002 se dicta la Ley 25,561 que, aunque se la intenta mostrar como una continuación de la situación anterior con el corralito, introduce reformas terribles en la economía: la salida de la convertibilidad, la congelación de los fondos del 'corralito' y la pesificación de las deudas con el sistema financiero.²⁷ Con ella la Argentina entraba en un profundo pozo en lo que he calificado de implosión de la seguridad jurídica alterando radicalmente las reglas de juego al devaluar, congelar el dinero en los bancos, y provocar inflación. Con pocas decisiones retrocedimos varios años, quebrando la base contractual e institucional de la sociedad creando las bases para el regreso de la inflación.

Esta ley estuvo ciertamente influenciada por la situación no controlada de lo que podría llamarse el 'frente judicial' y así, por ejemplo, en el tema que nos interesa, su art. 18 acordaba efecto suspensivo a las apelaciones contra las medidas cautelares (modificando nuevamente el art. 195 CProc.).

Como dije, con la congelación, la pesificación y una devaluación que era el anticipo de la inflación, bajo el mismo nombre popular de 'corralito', había aparecido algo esencialmente diferente.²⁸

Lo que vino después ha sido casi equivalente a lo que se pretendía evitar con el primer 'corralito' -la caída del sistema financiero- con medidas de una magnitud incomparable con la situación anterior a pesar de lo cual los medios y algunos sectores que habían abogado por la salida de la convertibilidad y la devaluación han procurado confundirlo con el primer "corralito" sin mostrar que su esencia es diferente. Se aprovecha al mismo tiempo para desviar la atención sobre la verdadera naturaleza de la situación final, atribuyéndola a las medidas de DE LA RÚA y CAVALLO, con el resultado de que la ciudadanía todavía no conoce cuál ha sido la causa profunda de la crisis (el déficit fiscal) ni las causas más cercanas del esquema actual: el abandono de la convertibilidad, la congelación y la devaluación, más el *default* de la deuda externa, efectuadas esta última en un clima impropio de ninguna nación que se precie de tal (con el aplauso generalizado de legisladores) y aquéllas en el más completo desorden, inorgánico, y pernicioso.

Como se dijo, en vista de los amparos que autorizaba la Justicia, el PE con la Ley 25,561 modificó en su art. 18, quitando el efecto meramente devolutivo a las apelaciones por medidas cautelares en éstas el art. 195 bis CProc.. disponiendo a partir de entonces que la interposición del *per saltum* suspendía la ejecución.

Otro tema crucial fueron los clamores populares que comenzaron a manifestarse contra la Corte a mediados de diciembre. En las primeras espontáneas reuniones populares comienzan a advertirse carteles contra la Corte. La ciudadanía no había considerado imparcial ni justo el fallo dictado a mediados de 2001 en la causa de las armas que beneficiaba al ex presidente Menem, y fue la gota que rebalsó el vaso.

En la mencionada Asamblea Legislativa del 22 de diciembre 2001 la dip. CARRIÓ recogió el reclamo. Al primer día hábil luego del receso de Navidad los diarios informaron el primer fallo de la Corte contra el corralito. En los días subsiguientes se produjeron protestas populares contra la Corte acompañadas de golpes de cacerolas (cacerolazos) incentivados por un grupo de abogados laboristas que habían recibido un fallo adverso. Al asumir DUHALDE, y a pesar la visita que efectuó a la Corte su Ministro de Justicia Dr. Jorge VANOSSI, los integrantes del Alto Tribunal tuvieron la sensación de sentirse atacados por el nuevo Gobierno y los medios dejaron trascenderlo.

Desde entonces avanzaron las iniciativas del juicio político, jaqueando a los integrantes el Alto Tribunal, que vieron así plenamente confirmados sus temores.

²⁷ <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/71477.htm>

²⁸ Hoy comienza a distinguírseles: al primero "corralito uno", "corralito light", "corralito Cavallo", y al otro, "corralito dos", "corralón", "cepo" o "corralito Duhalde".

Finalmente y a colación de la situación planteada, el viernes 1º. de febrero de 2002 se conoció el fallo de la Corte en la causa 'SMITH', que declaró la inconstitucionalidad del régimen conocido como el 'corralito' creado por aquél Decreto 1570/2001 y esencialmente agravado por las medidas de DUHALDE.

Esta resolución sorprendió a la ciudadanía y produjo un efecto devastador en el Gobierno.

Aun con el conflicto planteado por el Congreso y el Gobierno contra la Corte, este fallo también sorprendió porque minaba la precaria estabilidad del sistema financiero del país. En lo más puntual, hacía tabla rasa con sus inmediatos precedentes (semanas antes había ordenado al Juez KIPER devolver el dinero), fue dictado inconsultamente por seis jueces²⁹ (tres se negaron a hacerlo por fundadas razones que luego se consignan), declaraba de oficio, sin petición de parte, la inconstitucionalidad de algunas normas, en una apelación del Banco no da oportunidad de defensa al Estado Nacional, se dicta a pesar de que estaba un traslado en curso, etc. Mas adelante se vuelve con más detalles sobre este tema.

2.3 El Decreto 214/2002

Aun sin reponerse del impacto que le ocasiona el fallo, el Gobierno dicta a los pocos días el Decreto DNU 214/02, en lo que en parte puede considerarse como un contraataque a la Corte.

Entre las muy graves medidas adoptadas por este decreto podemos destacar las siguientes:

- a) Por un lado la pesificación completa de *todas* las operaciones (no ya solamente las del sistema financiero);
- b) Por otro lado, la suspensión de las acciones judiciales, ordenada en su artículo 12.

Lo que a esta altura puede advertirse como un simple hecho, es que la intervención de la Justicia, que considerada en abstracto la situación, podría reputarse como correcta, en la práctica y dejando de lado las excepciones, producía más tensión entre los hombres del Gobierno que intentaban capear la crisis, generaban medidas cada vez más gravosas, ponían en riesgo la precaria estabilidad de sistema financiero y nos alejaba de la posibilidad de una salida ordenada.

Es como si la imposibilidad de controlar una apertura ordenada de los fondos del 'corralito' porque las decisiones de la Justicia no se coordinaban con las previsiones monetarias, las medidas del Gobierno se dictaban más agravadas de lo que hubiera sido posible o necesario.

* * *

Las novedades continuaron sucediéndose al momento en que este trabajo se termina, cuando ya se ha conocido la caída de una importante institución bancaria que asigna a los retiros judiciales de dinero la responsabilidad de la situación, y el Gobierno ha decretado un feriado bancario y cambiario indeterminado hasta salir de la situación. El Presidente de la Nación, Dr. Eduardo Duhalde, ha imputado directamente a la Justicia del agravamiento de la crisis bancaria y del inminente riesgo del sistema financiero.

En tanto un informe de la Procuración del Tesoro informa sobre 210,000 amparos en la Justicia federal al 1º. de abril del 2002, (luego ingresaron unos 10,000 más por lo que serían 220,000 al 15 de este mes). Pero el problema no se reduce a la Justicia federal, y pueden estimarse en un altísimo número, igual o superior en las Justicias provinciales.

Entre el 1º. de febrero al 5 de abril de 2002 se verificaron 16,500 amparos que retiraron us\$ 1,800 millones, y del 8 al 17 de abril otros us\$ 700 millones que correspondieron al conjunto de 3,500 amparistas.³⁰

Si por 20,000 amparistas que retiraron el dinero se ha puesto en vilo al sistema financiero, se ha arriesgado la suerte no sólo de los 400,000 personas que iniciaron los amparos, sino que de la totalidad de los depositantes. Y si por la misma razón se han perjudicado los ahorristas de ese primer banco, en un número 10 veces superior a los amparistas, habrá de verse que el resultado de la acción de la Justicia es, como mínimo, ambivalente.

En tanto se potenciaban los reclamos de dinero por parte de los magistrados, el viernes 19 de abril el Gobierno decretó el feriado bancario para la semana siguiente -que implicó el cierre total de los bancos para todas las operaciones- anunciándose el envío de un proyecto de ley destinado a terminar con la situación, y

²⁹ Sostienen su invalidez CORTI, Aristides Horacio y CALVO, Rubén Amilcar, LA NADA JURÍDICA DE LA CORTE EN CASO "SMITH" SOBRE EL "CORRALITO", EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS, La Ley, 18/03/2002.

³⁰ V. diario CLARIN, del sábado 20 de abril de 2002, nota 'NO ABREN LOS BANCOS HASTA QUE SE APRUEBE EL PLAN BONEX'.

dar una solución final para los depositantes (un nuevo Plan BONEX)³¹ y terminar con el drenaje de fondos provenientes de la Justicia. Ante la reticencia del Congreso a avalarlos, el Ministro de Economía Jorge Remes Lenicov el martes 22 de abril presentó su renuncia que fue aceptada por el Presidente, en una encrucijada que hasta se puso en duda la continuidad del Presidente de la Nación.

El Congreso finalmente dictó la Ley No. 25.587 (oficialmente denominada 'antigoteo' y popularmente como 'ley tapón') para poner orden en las medidas cautelares que implican entrega del dinero y terminar con el *per saltum* del art. 195 bis CProc., que anula, y devuelve la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones. Por último, reafirma la jurisdicción federal para estas acciones. Ya se han elevado críticas: se consigna, con razón, que no puede anular el sentido y esencia de las medidas cautelares, pero en verdad la ejecución de éstas con entrega inmediata al actor de lo que reclama, implica una anomalía. Se ha dicho que no puede extenderse a todo el país, pero también es cierto que jueces incompetentes no deberían dictarlas.

Lamentablemente la fase final de la corrida judicial mostró irregularidades, con acusaciones serias sobre actitudes sospechosas de magistrados, especialmente en algunas provincias. Se hace imposible el normal desarrollo de la actividad financiera, porque llega dinero para pagar jubilaciones y el mismo es embargado, al punto que se han debido utilizar camiones blindados para protegerse de los jueces. Las asociaciones de bancos se han dirigido a la Corte pidiendo una solución para evitar la caída total del sistema, y permitir, una vez más, una salida mínimamente ordenada. La parte final de la historia no ha terminado de escribirse, pero lo que si resulta claro a esta altura es que la Justicia ha entorpecido el normal desarrollo del sistema bancario y ha puesto en jaque la figura presidencial y la gobernabilidad del país.

2.4 Tres escenarios y sus actores

El drama descrito tiene tres escenarios: la situación financiera, las autoridades responsables del manejo de la crisis (Congreso, PE y BCRA), y la Justicia. La *situación financiera* se mueve al compás de la desconfianza y de las decisiones no siempre racionales de los actores económicos. *Las autoridades* respondieron con torpeza, con medidas que nadie puede dudar que son agraviantes a la propiedad privada; mucha gente las festejó hasta que advirtieron lo que implicaban. Han habido errores por imprudencia, torpeza, soberbia, ideología, revanchismo. No pretendo discutir esto. Y desde el primer momento *la Justicia* funcionó como rueda libre. Los primeros imprudentes amparos se dictan con resoluciones que serían impecables si no estuviéramos en la situación en que nos encontramos. El fallo SMITH de la Corte fue una imprudente respuesta a una necesidad estratégica de quienes lo firmaron, al margen de otras consideraciones.

No se distinguió entre las excepciones que la misma normativa preveía y el resto de las situaciones.

Y luego de décadas de un letargo de la Justicia ante el intervencionismo estatal, y en la peor crisis de nuestra historia (al menos en magnitud) apareció un inusitado fervor por proteger la propiedad cuando había que ser especialmente cuidadoso para no dañar los derechos del resto de los ahorristas. Aceptado con que pocas veces se ha visto algo tan agravante en esencia y en extensión en la Argentina, ¿no había que ser especialmente cuidadosos para no agravar más la cuestión?

- III - LA JUSTICIA ANTE LA EMERGENCIA - LOS REMEDIOS JUDICIALES

Corresponde concentrarse ya en la acción de la Justicia e intentar explicar las opiniones negativas o al menos dubitativas, que se consignan. Se ha atribuido una parte de la responsabilidad en el agravamiento de la crisis final a la circunstancia de que algunos magistrados comenzaron a dictar medidas cautelares permitiendo a los actores llevarse el dinero, es decir, lograr ya con la medida cautelar el objetivo del recurso de amparo. Salvo en situaciones de excepción este proceder no tiene antecedentes en nuestra Justicia.³² A continuación se repasará lo que debe ser la acción de la Justicia en la teoría y lo que ocurrió en la práctica.

3.1 LA ACTUACIÓN DE LA JUSTICIA - LA TEORÍA

La Justicia debe ajustar su accionar a los límites que le señala a) el sistema republicano de gobierno, b) la Constitución Nacional, c) las leyes y d) finalmente a lo que la jurisprudencia y aun la tradición le impone. Ni

³¹ Se llamó Plan BONEX a una medida gubernamental adoptada en 1991 que incautó depósitos a plazo fijo en los bancos y entregó en forma forzada Bonos Externos de la República Argentina, nominados en dólares, y que se llamaron BONEX. La Corte avaló la legitimidad de este plan en un fallo conocido como "Peralta", por el nombre del accionante.

³² Algún tribunal, con más criterio, dispuso una medida de no innovar, dejando el dinero a resguardo en el banco hasta la solución del pleito, y hasta alguno hubo que designó al actor como depositario judicial, con todas las obligaciones que implica.

más ni menos, y puede equivocarse tanto por exceso como por defecto. Históricamente lo ha sido por esto último, y ahora parece haberse corrido a la vereda contraria. Asimismo, la Argentina no tiene un mecanismo autónomo de revisión de la constitucionalidad, como otros países lo tienen, (varios de los países europeos) con una Corte Constitucional.³³ Es un sistema diferente, pensado para un distinto modelo institucional. Si los límites se violan por defecto, se produce un desequilibrio institucional (como ocurrió por años en la Argentina),³⁴ pero si lo es por exceso, se llega al indeseado gobierno de los jueces y, con el, a un gravísimo problema de gobernabilidad, con los poderes Legislativo y Ejecutivo intentando soluciones, y el Poder Judicial cambiando y modificando todo. Ello justifica ahondar en nuestro sistema.

3,2 Límites del mecanismo de revisión constitucional

Cuando los Padres Fundadores norteamericanos imaginaron el sistema constitucional y, como absoluta novedad, un poder judicial independiente, sabían que estaban creando algo que podría ser extremadamente beneficioso, pero también muy peligroso. Acordar al poder técnico profesional no electivo la facultad de invalidar las leyes, decretos y actos de los otros poderes electivos, podría llevar a que el poder 'no democrático' se erigiera como el más importante. Es por ello que esta facultad tiene muchos límites.

A partir de *MADBURY VS. MADISON*, quedó delineada la posibilidad de revisar la constitucionalidad de las normas y de los actos de los otros dos poderes. Esto con muchas limitaciones. Por ello es que se han puesto requisitos muy estrictos a este poder, para que no suceda lo indeseado. Entre éstos destacamos: la declaración de inconstitucionalidad no es general sino especial para el caso, no puede serlo para el futuro, debe existir un caso judicial (no pueden pedirse declaraciones en abstracto), la inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio, y, finalmente, debe ser la última *ratio*.

Es elemental, finalmente, que el Estado tenga posibilidad de defensa. Esta doctrina ha quedado plasmada en nuestra realidad jurídica por la jurisprudencia de la Corte.³⁵

Nuestro Poder Judicial generalmente se autolimitó. En varias oportunidades abagué por una mayor intervención de la Justicia y he mencionado ejemplos de conflictos de nuestra vida institucional que pudieron verse superados con una oportuna intervención de la Justicia. En general no se dio por autolimitaciones, pero en algunas circunstancias no ocurrió porque los tiempos judiciales no permitían una intervención oportuna. Por eso en *FORES* propiciamos la creación de 'vías rápidas' para asuntos de máxima importancia institucional a requerimiento de las autoridades y con control judicial, creándose un trámite muy veloz, al estilo del *habeas corpus*, pero que respetara todas las instancias. Con esto estoy anticipando mi creencia de que el *per saltum* es inconstitucional.

Pero el propiciar un mayor activismo judicial no significa que no conozca los peligros de un exceso, por lo que la prudencia debe ser el principio para evitarlos.

3,3 Si el amparo es una vía idónea para declaraciones de inconstitucionalidad³⁶

Desde siempre se consideró que no cabían acciones declarativas de inconstitucionalidad, porque implicaría afectar principios que hacen al sistema institucional y al régimen republicano, erosionando el equilibrio entre poderes, yendo hacia el modelo europeo de Corte Constitucional. En esta idea se ha considerado que el amparo no es la vía idónea para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ni tampoco se aceptaban acciones meramente declarativas de inconstitucionalidad. Sin embargo, algo ha cambiado a partir de la reforma constitucional de 1994 que acuerda categoría constitucional a un recurso de amparo que había nacido en los años '50 del siglo XX por creación jurisprudencial, y que luego se había reglamentado por una ley. Dice ahora la Constitución:

Artículo 43- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Esta norma es un dilema para nuestro régimen constitucional. Según hemos visto, si contrariamente a lo que es el modelo norteamericano y lo que fue pacífica doctrina de nuestra Corte, no era concebible una

³³ Entre las ideas que circularon en la Convención de 1994 estuvo la de la creación de una Corte Constitucional.

³⁴ V. LYNCH, Horacio M. en *EL PODER JUDICIAL ANTE EL PLAN POLÍTICO*, en LA PRENSA del 21 de junio de 1978.

³⁵ VALIENTE NOAILLES, Carlos, *MANUAL DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN*, edit. FONDO DE OBRAS JURIDICAS, Buenos Aires, 1970, pág. 43 y ss.

³⁶ Una actualización del tema se encuentra en el ilustrativo trabajo de ENDERLE, Guillermo Jorge, *ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD*, en La Ley del 06/03/2002.

declaración en abstracto de inconstitucionalidad, esta disposición de la misma Constitución de alguna forma incorpora algo que se le parece mucho.

Si caben los amparos colectivos

Y la cuestión no termina aquí. Porque si el amparo como mecanismo de revisión constitucional tiene muchas aristas peligrosas, los amparos colectivos, podrían ser más incongruentes con nuestro modelo constitucional, al desfigurar el equilibrio entre los poderes. Continúa diciendo aquél art. 43

"(...) Podrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."

En la alternativa de tener que interpretar esta parte del art. 43 entiendo que el mismo debe adecuarse al sistema de controles recíprocos y sus limitaciones. En este sentido, la admisión de los amparos colectivos deberá hacerse en la medida en que no deformen el sistema constitucional, superior incluso a texto de la Constitución. En verdad, una interpretación precisa de esta disposición concluye que privilegia la defensa de los denominados 'intereses difusos' antes que otros derechos como los patrimoniales.

3,4 Las medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen sentido para impedir que la sentencia se torne ilusoria si desaparece aquéllo que se discutía o se quería proteger. En ciertas circunstancias, y cumplidos determinados recaudos tendientes a verificar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, las medidas se decretan previa una caución (contracautela) para responder a los daños y perjuicios que eventualmente se podrían ocasionar. Nuestros jueces manejan esto con extrema prudencia (y en ocasiones, con exagerada prudencia). Es absolutamente irregular que se entregue lo reclamado al actor en el mismo momento de su presentación inicial, y sólo por excepción podría admitírselo.

3,5 El anormal camino del *per saltum*

Otra circunstancia a la que debe prestarse atención en este análisis que propongo, es la referida a este inusual recurso –muy criticado en su momento– que permite saltar instancias, o caminos procesales fijados por la ley, que tienen mucho sentido. Establecer un salteo, una omisión, un rodeo, para ciertos asuntos, aparece a primera vista como algo anormal. Y lo es.

Esto es efectivamente lo que está ocurriendo con el denominado recurso *per saltum*, al principio como creación pretoriana, que en la práctica permite a la Corte abocarse al conocimiento de ciertas causas directamente sin cumplir con las instancias procesales normales. El origen de la idea fue claramente político partidista y puede remontarse al proyecto de ley preparado por la administración Alfonsín, que buscaba garantizar la rápida solución de temas vinculados a las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final.³⁷ De este proyecto surgió luego la idea de evitar dilaciones e instancias y así se utilizó por vez primera para dar solución al tema AEROLÍNEAS ARGENTINAS en la causa "DROMI". Este fue el remedio que se encontró entonces para satisfacer rápidamente los deseos del Gobierno.

Posteriormente la idea se arraigó y así fue como, avanzada la década pasada, cuando el Gobierno comenzó a tener problemas con fallos sobre jubilaciones por parte de la Cámara de Seguridad Social, se creó por ley un recurso de apelación directo para que la Corte solucionara estos temas. Este ejemplo muestra hasta qué punto podría ser altamente irregular, al permitir sustraer ciertas causas del conocimiento de los jueces naturales.

De esta forma el carácter de Tribunal Supremo de última instancia, al que sólo se podía llegar por la vía del recurso extraordinario, queda desvirtuado, pero además, es claramente inconstitucional que se evite un tribunal cuando sus fallos no resultan del agrado del Gobierno. La instancia de la Corte, que es de excepción, en determinados casos dejó de serlo.

La Corte ha dicho que la doble instancia no es un recaudo constitucional (cuando fue cuestionada la legalidad de tribunales colegiados de instancia única), pero nada observó cuando la doble instancia está instituida por ley y es eliminada por este recurso (por ley o por la propia Corte).

En síntesis, creo que el arbitrio del *per saltum* no es legítimo porque substraer los temas del conocimiento de todas las instancias. Ni qué hablar cuando esto permite a la Corte entrar en la consideración de temas originados en las provincias, y, antes que celebrarlo como una conquista, hay que verlo como el resultado de una patología, es un remedio *in extremis*, y que, en general, nada bueno puede salir de él.

37

V. proyecto en LA NACION del 16 de mayo de 1986.

3,6 La prudencia judicial

Una característica de la Justicia y de los jueces es que deben ser prudentes. La imprudencia judicial puede producirse tanto por lo que resuelve, como cuando aborda temas que no le corresponden, o asumen funciones que le están vedadas, o por una combinación de todos. Si el Poder Judicial muchas veces se equivoca en temas delicados de su propia competencia cuántas más posibilidades de equivocarse tiene cuando lo hace más allá de lo que son sus funciones. Mencioné al comienzo el caso DRED SCOTT fallado por el *Chief Justice* TANEY al que se considera como el detonador de la guerra civil en el país del norte, y se lo recuerda como un gran error judicial. Es en los momentos de crisis donde las instituciones se prueban. Siempre he considerado que algunas prerrogativas de los jueces se justifican para colocarlos, en lo posible, al margen de los avatares, para que puedan tener serenidad. Es cierto que implican privilegios, pero son privilegios establecidos en beneficio de la sociedad y no de los jueces. Es casi como si en medio de una epidemia se dispense un trato especial para los médicos, porque de ellos depende la vida del resto de las personas.

3,7 LA ACTUACIÓN DE LA JUSTICIA - LA PRÁCTICA

Siguiendo con el tema de la prudencia, estimo que la intervención de la Justicia en la emergencia no ha sido prudente, tanto porque invadió zonas que no le corresponde (porque opinó más allá de lo conveniente), como también por la forma en que se ha conducido en muchos casos. Como resultado hemos tenido al país en vilo, el PE. al borde de la renuncia, feriados bancarios para ganar tiempo y poner un poco de orden y, lo que es peor, un sistema colapsado que no puede dar solución para aquellos casos más angustiosos que contemplan las excepciones, donde no hay ninguna racionalidad en las prioridades (y hasta con acusaciones de irregularidades). La situación absolutamente excepcional de que se entregara el dinero al reclamante con la medida judicial, pareció convertirse en algo normal, al extremo que el Congreso sanciona una ley para volver a la real normalidad, es decir, de que la medida cautelar no sea desvirtuada. Así tenemos el caso de que en la Capital Federal se ha hecho lugar al 1% de los pedidos, en tanto en algunas provincias esa proporción sube al 20% o al 60%.³⁸ Cuando sólo se han cumplido un 5% de los amparos (u otras acciones) el sistema bancario entró en colapso.³⁹

Ya en el dictado de las medidas de enero 2002, cuando se pasó del 'corralito *light*' al 'corralón o cepo' (congelamiento, devaluación, pesificación más inflación) ha influido decisivamente su imprevisibilidad del 'frente judicial', y que el cepo es el resultado de no poder saber qué iba a pasar.

Por ello la actuación de la Justicia, hasta donde se puede ver, ha contribuido a agravar la situación, en tanto las autoridades se han sobreprotegido por el riesgo de la imprevisibilidad judicial, y así ha sido ha sido imprudente.

3,8 Los amparos

Para el análisis de los amparos recurre a un informe que hemos preparado en base a i) fuentes periodísticas, ii) un informe de la Procuración del Tesoro sobre los recursos de amparo⁴⁰ y iii) una base de datos que hemos preparado sobre la base de todos los fallos que se han publicado en el país (e inclusive algunos que no se han publicado).

En el apartado §2 se comentó que se produjeron declaraciones de inconstitucionalidad fulminantes. Así fue el fallo en el caso de la Diputada Alicia CASTRO, dictado a los tres o cuatro días de sancionadas las medidas, sin tiempo para verificar nada, ni siquiera si la diputada estaba alcanzada por las medidas contra las que accionaba.

Luego, en el mes de diciembre de 2001, se conocieron nuevos amparos combinados con medidas cautelares de entrega del dinero a los actores, que se concedían inmediatamente, sin contracautela adecuada. Aun cuando se declamaba que no implicaba abrir juicio sobre el tema de fondo, por la forma como se procedía se la estaba anticipando.

En muchos casos el amparo se admitía ante situaciones que – analizadas estrictamente– estaban incluidas entre las excepciones que la propia normativa preveía, de forma tal que no había necesidad alguna de cuestionar la constitucionalidad de las medidas, o hablar de ataques al derecho de propiedad. Por el contrario, había que afirmar la normativa recurriendo a sus excepciones, según lo disponía la jurisprudencia.

³⁸ Como estas proporciones se toman en base a la cantidad de amparos en Juzgados Federales, es evidente que en los guarismos no se computan los promovidos ante la Justicia de cada provincia. De todas formas son suficientemente elocuentes.

³⁹ Al 25 de abril de 2002 el BCRA informa 21,528 órdenes de entregas de dinero concretadas por un total aproximado de us\$ 825 millones. Si estimamos en 400,000 el total de los amparos tal sería el porcentaje.

⁴⁰ V. Procuración del Tesoro de la Nación, en diario LA NACION del 16 de marzo de 2002.

Junto con el amparo se piden como medida cautelar la devolución del dinero, y, por la mecánica procesal de las mismas, se decretaban y el actor obtenía el resultado deseado sin siquiera haber cruzado dos palabras con los afectados: la policía del sistema financiera (el Gobierno) y las institucionales bancarias.

Pasados los días, los pedidos ya no se limitaron a situaciones de excepción, y aun así se procedía de igual forma. Las medidas cautelares se acordaban bajo simple caución juratoria, y bajo apercibimiento de recurrir a la fuerza pública (se llegó el caso de arrestar y esposar a una gerente de un banco por negarse a cumplir las órdenes del juez, que contradecían a las que ella había recibido).

Finalmente, y luego de dos meses anormales (diciembre de 2001 con un proceso de convulsión interna, y enero de 2002 con un nuevo Presidente, nuevas medidas económicas y feria judicial), febrero comenzó con el detonante de un fallo dictado por la Corte Suprema que fulminaba las medidas económicas, en la causa SMITH. A partir de allí ocurrió lo previsible, con un torrente incontenible de amparos directa o indirectamente basados en la doctrina sentada en este caso. En la primeras semanas de febrero se habían presentado más de 20,000 amparos, que llegaron a 40,000 en la semana siguiente, y obligaron a adoptar medidas.

Mientras tanto en las provincias también se presentaban amparos no sólo en juzgados federales, sino también en los locales que, como veremos, dictaban la medida cautelar en favor del actor, le obtenían el dinero y luego se declaraban incompetentes.

El informe de la Procuración del Tesoro consigna 210,000 presentados hasta fin de febrero de 2002, pero, como se dice, no registra los amparos presentados en las provincias. (esto lo dice también más arriba)

El panorama de principios de abril de 2002⁴¹

Como se comentó, se posee información de los amparos en la Justicia federal, que al 1o. de abril de 2002 llegaban a 210,00 de los cuáles un 66% correspondían a la Capital Federal, 10% a la provincia de Buenos Aires, y un 24% al resto del país. Esta información no registra los amparos promovidos en las instancias locales provinciales sobre cuyo número No es posible especular, pero podría estimarse en otro tanto.

En relación con la población los amparos registrados en el informe representan un 0.58% del total de los habitantes, pero en la Capital Federal esa proporción supera el 4% (aunque sumando la población de la Capital Federal con la del Gran Buenos Aires, baja al 0.91%). Revisando las presentaciones en relación con las provincias, aparecen algunas como Chubut, San Juan, Chaco, Santa Cruz y Tierra del Fuego que superan la media general.

También hay algunas ciudades con una proporción anormalmente alta como Santa Fe, Mar del Plata, Concepción del Uruguay, Bell Ville, Bahía Blanca y Bariloche.

La información proveniente de los fallos publicados (111 al 1 Abr02) no puede tener valor estadístico, pero sirve para marcar tendencias. En cuanto a las razones esgrimidas, hay un 77% que las han fundado en algunos de los casos consignados como supuestos de excepción (un 33% por razones de salud), en tanto un 23% no esgrimen ninguna razón especial. En cuanto a las declaraciones de inconstitucionalidad, un 38% han sido a pedido de parte, en tanto un 41% decreta la 'suspensión' de los efectos de la medidas, y un 21% la decreta de oficio.

En cuanto los montos, hay de todos los valores, pero el promedio ronda en los us\$ 120,000.

Los fallos se han fundado en las fuentes más disímiles, desde la doctrina constitucional norteamericana, hasta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sin olvidar los Evangelios⁴² ni referencias a la teoría económica.⁴³

⁴¹ La información aquí resumida surge del paper de LYNCH, Horacio M. et al "LA JUSTICIA ANTE LA EMERGENCIA – LOS FALLOS DEL CORRALITO", que está en <http://www.lynych-abogados.com.ar/Publicaciones/JusDerEco.htm#2002>

⁴² "...Porque en síntesis hay otro Tribunal ante el que nos encontraremos y donde seguramente nos gustaría oír : "... Venid benditos de mi Padre... porque yo tuve hambre y me disteis de comer, tuve sed y me disteis de beber, era peregrino y me hospedasteis. Estando desnudo me cubristeis, enfermo y me visitasteis; encarcelado y vinisteis a verme y consolarme. A lo cual los justos le responderán diciendo: Señor: ¿cuándo te vimos nosotros hambriento y te dimos de comer, sediento y te dimos de beber? ¿Cuándo te hallamos de peregrino y te hospedamos, desnudo y te vestimos? O ¿Cuándo te vimos en la cárcel y fuimos a visitarte? Y el Rey en respuesta les dirá: En verdad os digo, siempre que lo hicisteis con alguno de estos mis mas pequeños hermanos, conmigo lo hicisteis..." Evangelio de San Mateo cap XXV -vers. 34/40. V. autos 'FELLITI, JOSEFINA C/BANCA NAZIONALE DEL LABORO S/ ENFERMEDAD - EXPTE. No. 1459-48-2002", 16/01/2002. Cámara del Trabajo. Bariloche, voto del magistrado Miguel Ángel LARA. (# 9).

⁴³ "...Por tal motivo, oportuno es recordar que recurrentemente he sostenido e inclusive denunciado en público y reiteradamente, desde 1991 en adelante, la perversidad de la Ley de Convertibilidad y el sistema económico de ella derivado, que nos condujo a un desastre que no ha dejado de afectar a ninguno de los 36.000.000 de argentinos, ha llevado a más de 14.000.000 de ellos a la exclusión, la marginalidad y la extrema pobreza, enervado las fuentes de producción y suprimido progresivamente las del trabajo...". V. autos 'BALDINI, OMAR EMILIO C/ S/ AMPARO MANDAMUS - EXPTE. No. 16449/02" 12/02/2002. STJ - Río Negro No. , (Magistrado/s: LUTZ, LUIS A., BALLADINI, ALBERTO I. (# 47).

La tendencia de muchos de los fallos podría quedar resumida en esta frase:

*" (...) El tribunal coincide asimismo con la opinión del señor Fiscal General, de que no corresponde al Poder Judicial solucionar los problemas de iliquidez del sistema financiero por no ser materia de su competencia y sí, en cambio, que debe dar respuesta a los particulares que ocurren ante él como instancia última de legítimo reclamo de sus derechos avasallados..."*⁴⁴

Con esto los magistrados están queriendo desentenderse de las consecuencias de sus resoluciones.

De acuerdo con una revisión de las más de cien primeras sentencias que se publicaron hasta principios de abril de 2002, en tanto muchos magistrados han manejado correctamente la situación, con prudencia, muchos otros lo han hecho con liviandad, con extrema ligereza. En las provincias, a pesar de que sus sistemas judiciales son incompetentes, se han registrado proporcionalmente más medidas cautelares que en la Capital Federal y Gran Buenos Aires. Hay ciudades como Mar del Plata, San Martín, que muestran promedios mucho más altos que la media. Se ha dado así la peculiaridad, que se suma a todas las anomalías relacionadas, de que una buena parte de las medidas cautelares han sido decretadas por jueces claramente incompetentes.⁴⁵

Sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio

En los amparos este tema fue rápidamente superado, bajo diferentes argumentaciones. Las resoluciones más elaboradas alegan que el juez está obligado a sostener la supremacía de la Constitución a efectos de los cual está autorizado a analizar la constitucionalidad aunque la parte no lo acuse, basado en el principio *iuria novit curia*. Otros lo han abordado con el pretexto de que era un paso ineludible para resolver sobre las medidas cautelares: no pueden entrar a analizar la medida cautelar si antes no se pronuncian, por ejemplo, sobre la constitucionalidad de la suspensión de los pleitos dispuesta por el art. 12 del Dto. 214/02.⁴⁶

En otros, los jueces no se expedían sobre la constitucionalidad o no, pero en relación con las medidas cautelares, decretaban la 'suspensión' de los efectos de las normas respecto de las situaciones bajo su estudio.⁴⁷ En síntesis, por una razón o por otra, nuestros jueces comenzaron a declarar la inconstitucionalidad de todas.

La declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio*

Tampoco han respetado aquello que la declaración de inconstitucionalidad como de *ultima ratio*, porque en muchos casos pudieron simplemente basar sus fallos en el caso de situaciones incluidas en las excepciones que las propias normas tenían, pero no lo hicieron. Así, en lugar de hacer cumplir las normas (no tenían que declarar su inconstitucionalidad, sino por el contrario, debían aplicarlas), prefirieron llegar al mismo resultado declarando la inconstitucionalidad o bien 'suspendiendo los efectos de las medidas' respecto del caso planteado, con similares efectos. Dentro de esta situación señalamos la paradoja de que muchos Fiscales llamados a opinar que estuvieron en favor de la declaración de inconstitucionalidad sin hacer el menor intento de defender la constitucionalidad, o, como mínimo, buscar el camino para llegar al resultado sin necesidad de tal declaración.

Las medidas cautelares

Quizás el mayor problema ha sido generado por medidas cautelares que implicaron la entrega de los fondos discutidos a los particulares, sin contracautelas adecuadas y bajo simple caución juratoria. En ocasiones, las resoluciones entregaron sólo una parte del dinero, o simplemente decretaron medidas de no innovar, dejando los fondos en los bancos.

⁴⁴ V. autos "BERATZ, MIRTA ESTER C/PEN S/ AMPARO -MED. CAUTELAR - EXPTE. No. 57.733", 12/03/2002, Cámara Federal Bahía Blanca, Magistrado/s: COTTER - ARGARAÑAZ. (# 158),

⁴⁵ Esto ha ocurrido en muchos casos. La Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala II ratificó la buena doctrina en sendos fallos 05/02/2002. Cámara Civil y Comercial San Isidro Sala II No., in re 'DEMIRDIAN, ALEXIAC/BANCO RÍO SA. S/ SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR APLICACIÓN DEL ART 12 DEL 214/02', Boletín Especial LA LEY II, pág. 35 (# 89).", Magistrado/s: Bialade, Krause, Malamud. Pero recientemente otra Cámara resolvió lo contrario: Cámara civil y comercial de Apelación Primera sala III de La Plata en autos "VELAZQUEZ, DIEGO ENRIQUE C/BBVA BANCO FRANCES S/ RECLAMO CONTRA ACTOS PARTICULARES - EXPTE. No. 54/2002" - DiarioJudicial (# 186).", 23/04/2002, Magistrado/s: Perez. Cocco y Dra. Bourimborde.

⁴⁶ Por ejemplo: "...De lo expuesto se desprende que el Tribunal se ve compelido. en esta instancia liminar del litigio a evaluar su constitucionalidad, puesto que de concluir que la norma resiste dicho test, la tramitación del expediente quedaría suspendida por el plazo supra indicado. surge, en esta particular y acentuada situación de crisis que vivimos los argentinos, es dable recordar que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal (art. 1 de la Constitución Nacional). 08/02/2002. Juzg. Cont. Adm No. 9, V. autos 'M., M.C/PEN S/ CORRALITO - DEFENSA EN JUICIO - MEDIDAS PRECAUTORIAS - DERECHO A LA VIDA - EXPTE. No.' (# 28).", Magistrado/s: García, Emilia Ester.

⁴⁷ "II. Suspende preventivamente toda norma que pueda obstaculizarlo..." , v. fallo del 30/01/2002. Juzg. Cont. Adm No. 8, V. autos 'T., P. Y OTC/PEN S/ ACCION DE AMPARO. DTO. 1570/01. SALUD - EXPTE. NO.' Boletín Especial LA LEY II, pág. 75 (# 101).", magistrado/s: Dra. Clara M. DO PICO.

Aquí hay que distinguir en cada situación pues si el afectado estaba incluido en una excepción, generalmente necesitaba el dinero para una fecha determinada, pues de otro modo la resolución final podría ser tardía. Por ello algunas medidas han sido plausibles, y otras no. Muchas se dictaron respondiendo a tales situaciones de extrema urgencia incluidas en las excepciones, pero en otros casos nada de eso había. En algún juicios las medidas se adecuaron a las necesidades demostradas. Por ejemplo, un fallo de La Plata dispuso la entrega en las fechas y oportunidades que los actores necesitaban, pero no hizo lugar a la entrega total inmediata. En otro se hizo entrega del dinero en carácter de depositario judicial, con las obligaciones que ello implica. Muchas resoluciones en Capital Federal han entregado el 50% dejando el resto como contracautela. En resumen, vemos que en algunos amparos se han entregado depósitos con suficiente buen criterio y en otros en forma indiscriminada. (En el caso del amparo colectivo interpuesto por la Defensora de la Ciudad, la medida cautelar se ha dispuesto bajo simple caución juratoria de la funcionaria).

Los amparos colectivos

Se comentaron antes las límites que tenían y el cuidado en su aplicación para no trastocar el sistema republicano de gobierno. Por ejemplo, en el amparo colectivo interpuesto en favor de todos los habitantes de la ciudad de Buenos Aires' por la defensora del pueblo, amparo que tuvo resolución favorable en Ia. Instancia y que luego fue sido suspendido en la Corte. Si en vez de ser del Defensor de la Ciudad, la acción hubiera sido interpuesto por el Defensor del Pueblo de la Nación, la medida podría haber beneficiado a todos los habitantes. ¿Es razonable que esto sea decidido por un juez? Esta pregunta nos deja en el punto siguiente.

3,9 La Corte Suprema: de KIPER a SMITH en pocas semanas

Dentro de este análisis debe darse especial relevancia a la actitud de la Corte que en sus primeras resoluciones se alineó con el gobierno siguiendo la línea adoptada desde el regreso de la democracia. Ante los primeros amparos la Corte actuó de inmediato dejando sin efecto la medida cautelar y, en el caso de un magistrado, ordenándole enfáticamente devolver el dinero que había extraído.⁴⁸

Pero luego, olvidándose de los precedentes, cambió radicalmente de posición y dictó un fallo con la idea de enviar un mensaje al Gobierno. No creo posible hacer un análisis de su resolución aislada de las circunstancias político institucionales que la rodearon, si no se quiere caer en equívocas.⁴⁹ Ya se ha escrito mucho a favor y en contra de esta resolución. Algunos la han alabado, otros han elogiado la utilización del criterio de razonabilidad. También se la ha criticado, por su inoportunidad, por estar basada en intereses personales; se cuestionó desde el cambio drástico en sus precedentes hasta el hecho de que no estuvo firmada por todos los integrantes del tribunal colegiado, lo cual sería causal de nulidad; y también la declaración de constitucionalidad de oficio.

Pero quizás lo más grave que se ha dicho contra este fallo surgió de sus mismos integrantes: en los escritos de descargo de los tres Ministros que no lo firmaron y para justificar su abstención, presentados ante la Comisión de Juicio político de la Cámara de Diputados, demuestran sin lugar a dudas que la Corte actuó políticamente en la causa 'SMITH'. Los ministros cuestionaron la ligereza con que se dictó (no había ninguna urgencia especial, razón por la cual es obvio que se dictó por el problema político de la Corte), era inoportuna porque se debía esperar un traslado, y se contradecía con el antecedente KIPER.

(. . .) " ... En los escritos que enviaron a la comisión legislativa, BOSSERT, PETRACCHI y BELLUSCIO detallan que aquel lo. de febrero (día del fallo), al reintegrarse a sus funciones tras la feria judicial de enero, celebraron a las 9 el acuerdo en el cual los restantes jueces pusieron a consideración el proyecto que declaraba inconstitucional el decreto del corralito. Al constituir mayoría, se dispuso que la sentencia se firmaría -tal como ocurrió- ese día a las 11.30. Dos horas y media después "No me era posible, entonces, expedirme, en tan exiguo plazo, con la seriedad de análisis que el tema requería", justificó BOSSERT. "(...) Consideré que un tema de tanta trascendencia (...) exigía un tiempo previo de estudio y reflexión del que no dispuse", señaló PETRACCHI. "No era posible expedirme con la seriedad de análisis que el tema requería", sostuvo BELLUSCIO. Este último magistrado añadió que no avaló la sentencia "por no estar de acuerdo con el proyecto de

⁴⁸ V. autos "KIPER" cit. en nota 24.

⁴⁹ Sobre el fallo SMITH se ha escrito ya mucho, en LA LEY, EL DERECHO y JURISPRUDENCIA ARGENTINA, como también en diarios como LA NACIÓN, LA PRENSA, CLARIN y AMBITO FINANCIERO, por autores como Dafne Soledad AHE; Cecilia ALLONA; Gregorio BADENI; Germán BIDART CAMPOS; Rafael BIELSA y Carlos GARBER; Juan Carlos CASSAGNE; Susana CAYUSO; Juan CIANCARDI; Aristides Horacio CORTI y Rubén Amílcar CALVO; Gustavo DEMARCHI; Claudio GABOT; María Angélica GELLI; Agustín GORDILLO; Antonio María HERNÁNDEZ; Marcos E. MOISEEFF; Noemí Lidia NICOLAU; Mauricio OBARRIO; Silvia B. PALACIO DE CAEIRO; Alejandro PÉREZ HUALDE; Federico PINEDO; Fabián RODRÍGUEZ SIMÓN; María Eugenia SLAIBE y Marcelo STUBRIN.

la mayoría ya que, a mi juicio, contradecía la doctrina aceptada (en la causa *KIPER*) del 28 de diciembre de 2001, según la cual por vía de medida cautelar se puede obtener la aseguración del cumplimiento de una eventual sentencia favorable, pero no el mismo efecto que si esta sentencia se hubiera dictado". *Afirmó, también, que* "la causa no se encontraba en condiciones de resolverse hasta el fondo del asunto, ya que el juez de primera instancia le había impreso el trámite del juicio sumarísimo y conferido traslado por cinco días el 27 de diciembre, de manera que el plazo para contestar la demanda estaba en curso". (. . .)⁵⁰

Todas las explicaciones y fundamentaciones sostenidas, entre otras, en la muy brillante defensa que hace del Presidente de la Corte, el Dr. Nazareno, deben ceder, empero, cuando se contrastan con las explicaciones de los restantes integrantes del mismo Alto Tribunal acerca de por qué no firmaron dicha sentencia.⁵¹

Como consecuencia de SMITH, el gobierno presidido por el Dr. DUHALDE reaccionó con medidas más gravosas en el Decreto 214.

3,10 La actuación de la justicia penal

Para contribuir al preocupante panorama, algunos jueces federales en lo Penal han intentado participar con actuaciones que se han generado en medio del desorden y del tumulto. Por un lado, la crisis sacó a la luz los desmanejos de un conocido banco de plaza, situación que terminó con el procesamiento de sus directivos, uno de los cuales terminó encarcelado y el restante, su hermano, prófugo. En esta causa se confunden dos investigaciones, una sobre una defraudación cometida contra el mismo banco, y otra, porque habrían facilitado la extracción de fondos del 'corralito'. En otro caso, la Justicia investiga a un grupo de banqueros de primera línea por no permitir extraer los fondos de los depositantes. Una conocida publicación financiera *AMBITO FINANCIERO* destacó la incongruencia que implica que un banquero esté siendo investigado por haber facilitado sortear el corralito, y otros, por haberlo cumplido. Al mismo tiempo, otra magistrada del fuero federal ha comenzado una investigación sobre la represión de las manifestaciones populares del 29 de diciembre de 2001 en forma simultánea con las investigaciones financieras. Todo esto ha terminado con varias resoluciones de la Cámara que dejaron sin efecto medidas que prohibían la salida del país de varios directivos y fijaron la competencia de la justicia federal. Finalmente, en relación a este punto, hago notar que estas actuaciones penales han influido en un porcentaje de las decisiones adoptadas en los amparos.⁵² En síntesis, el panorama de la Argentina se ha agravado con estas medidas. Como siempre ocurrirá, cuando se mezclan causas justificadas con otras injustificadas, todo termina en la nada, que es lo peor. La imagen del país, antes que mejorar, se ha deteriorado enormemente. Tampoco en este sentido ha sido positiva la actuación de la Justicia.

- IV - CONCLUSIONES - ENSEÑANZAS DE LA CRISIS

4,1 Pronósticos

Estamos al final de un largo camino, cuando se advierten los resultados de décadas de políticas económicas intervencionistas, o pseudo liberales. Nuestra Justicia tuvo su cuota de responsabilidad, pues estuvo siempre proclive a aceptar todo de los poderes políticos, creyendo que su misión se cumplía mejor acompañando la tarea de gobierno que controlándolo; bajo la invocación de la 'emergencia' admitió cualquier exceso, y así se continuó agravando la crisis hasta la situación que hoy vivimos en que perdimos definitivamente el rumbo.

Pero ¿no hay en esto una contradicción en quejarse por aceptar los avances del estatismo cuando se alegaban emergencias, que quejarse también cuando cambia de actitud en una crisis terminal? Me parece que es una cuestión de grado: graves restricciones en medio de emergencias leves deben ser rechazadas; pero peores restricciones en medio de un caos, tienen que ser cuidadosamente analizadas, con suma prudencia, para no agravar el caos que lleva a la total supresión de los derechos constitucionales.

Evidentemente las medidas actuales superaron todo cuanto se había visto en nuestra República, pero también debe reconocerse que la situación económica es proporcionalmente peor a ninguna otra.

⁵⁰ V. diario LA NACION, del 20 de febrero 2002.

⁵¹ Recordar la denuncia mencionada en la nota 8.

⁵² En este caso un Superior Tribunal de Río Negro recurrió en apoyo de su argumentación a las actuaciones penales del Juez BERGES, V. autos "*MONES HERNÁN M (M., H. Y OTRA)C/ S/ AMPARO - EXPTE. NO. 16.510/02*" - STJ - Río Negro No. - (# 42).

Si la palabra 'emergencia' todavía es útil - El sistema del caos

Hoy no podemos hablar de 'sistema de emergencia' con el mismo significado que tuvo en otras épocas. Tendríamos que hablar de un 'sistema del caos', de una situación tan delicada el Poder Judicial debe revisar la actitud que adopta.

Hasta las palabras y los términos se deterioran en nuestro país. Durante casi todo el siglo XX se ha hablado de emergencia. PÉREZ HUALDE afirma que estamos 'al final del sistema jurídico de emergencia'.⁵³ CRIVELLI ha escrito sobre 'la emergencia permanente'. En verdad, no podría decirse que éste sea el final (o el comienzo de otro diferente), pero el aporte interesante que están haciendo estos autores es mostrar un ciclo que comenzó con emergencias 'esporádicas', luego 'permanentes', luego sobreviene 'el derrumbe del sistema', y finalmente 'el fin del sistema de emergencia'. Lo claro es que no se puede dar el mismo sentido con la misma palabra - emergencia - a muy diferentes situaciones de crisis: no fue lo mismo la crisis del '30, ni tampoco la situación durante la IIa. Guerra Mundial, con las emergencias posteriores entre 1950 a 1980. La gravísima crisis de 1989 tampoco puede tener parangón con lo que hoy estamos viviendo, quizás lo más grave de nuestra historia como nación. La palabra *emergencia* entonces no puede ser utilizada con igual valor con lo que es una emergencia opinable, y con algo que se parece más a un 'caos terminal'. En todo caso deberíamos hablar - como en medicina - de 'emergencia fase 1', 'emergencia fase 2', etc. respecto de las cuales ni las consecuencias jurídicas ni la reacción de la Justicia pueden ser similares.

Las gravísimas medidas adoptadas por el Gobierno en diciembre de 2001, tampoco tienen parangón alguno con los 'remedios' que se aplicaron después y que provocaron un caos económico, jurídico y legal, donde se está produciendo la más fantástica transferencia de riqueza producida en el menor tiempo.

Naturalmente correspondería reemplazar por las vías legales a las autoridades y eventualmente establecer las responsabilidades que le caben por las torpezas y desaciertos, sin descartar otras intenciones. Pero lamentablemente, no hay estrategias políticas ni legales de recambio, estamos en medio del vuelo, y no es posible cambiar de piloto sin riesgo de consecuencias aun peores.

En medio de este caos, la Justicia no ha aportado al orden y es en parte responsable de lo que ha pasado; no es ajena a lo sucedido, y así empujó al dictado de las medidas de principios de enero y de febrero.

Pero en lo que interesa, las decisiones de la Justicia - siempre complaciente con los otros poderes cuando hablaban de emergencia - en medio de este 'caos terminal' no puede seguir recurriendo a prácticas anteriores, como si todo fuera de igual intensidad, como si fueran cosas comparables.

La Justicia no puede jaquear al Gobierno, si no se quieren resultados peores; no puede gobernar; su función de gobierno se concentra en resolver contiendas, castigar delitos, y en velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, en épocas de normalidad, con todo rigor de la ley, y en la anormalidad, en la forma más prudente posible que es lo que debería haber hecho desde un principio.

¿Qué tal si, como algunos pensamos, a esta situación se llega porque el Poder Judicial no supo poner coto al sistema estatista, dirigista, prebendista, corporativo, de falta de libertad sindical, de aceptación de la emergencia cuando no la había, de generar con sus fallos el agravamiento de la emergencia? Aceptando esto por hipótesis, ¿es razonable que en determinado momento, en la peor crisis de nuestra historia, de pronto quiera remediar la situación a fuerza de fallos?

La gobernabilidad del país está en juego. Ha estado al frente del país a un grupo de irresponsables o de inexpertos, pero peor, mucho peor, es que este país pierda todo rumbo al compás de las decisiones de los magistrados. El futuro, si este proceso continúa puede perverse fácilmente: llegará el momento en que las resoluciones de los magistrados, impracticables, dejarán de aplicarse y así se completará el ciclo, que es lo que pasa en este momento Si tal momento llega, que no sea por imprudencia de los jueces.

4,2 Sobre la propiedad

La libertad es una sóla, es indivisible. No hay libertad sin propiedad privada. Al mismo tiempo la protección tiene que ser integral, permanente. Tiene que medir todo con la misma vara. No es posible proclamar la propiedad privada, y olvidarse de otras medidas usuales en la Argentina, que también vulneran gravemente el derecho de propiedad. Dentro de lo negativo de lo que ocurre, es positivo y saludable que esto haya afectado a todos, porque ahora todos tienen oportunidad de sufrir en carne propia el intervencionismo del Estado. Esto nos alerta sobre de lo que significa cuando se afecta a una persona o a un sector (ley de alquileres y los propietarios) y los argentinos que no estamos afectados por esa medida miramos para otro lado. Buena parte

⁵³ PÉREZ HUALDE, Alejandro en "SMITH, O EL FINAL DEL 'SISTEMA' JURÍDICO DE EMERGENCIA", Boletín especial LA LEY (marzo 2002), pag. 3 ss.

de los problemas de la Argentina es que no sabemos (¿o no queremos?) identificar nuestros problemas. La crisis actual provocada por el descontrol del Estado (dentro de un régimen que tenía aspectos buenos y malos y entre ellos su inflexibilidad -¿es bueno o malo?) hoy está siendo denigrada.

4,3 La seguridad jurídica – El golpe de Estado judicial

Por lo que se ha dicho, no podría afirmarse que la seguridad jurídica ha mejorado con la actuación en la emergencia del Poder Judicial; antes bien, parecería que se ha agravado. La seguridad jurídica es un concepto con varias acepciones. En verdad, no hace más de dos décadas que Douglas NORTH – Premio Nobel de Economía - ha trabajado sobre la influencia de las instituciones para el desarrollo de la economía y era natural que reparara en la Justicia. Pero tiempo antes, en 1965, un jurista y economista argentino, Julio OLIVERA, ya se había interesado por el problema. OLIVERA eligió el tema del CRECIMIENTO ECONÓMICO Y SEGURIDAD JURÍDICA para su discurso de incorporación a la Academia de Derecho demostrando la interdependencia entre estos conceptos. Su breve pero riquísima disertación debe ser una carta básica para quien quiera adentrarse en el tema. Según éste debe entenderse por Seguridad Jurídica (SJ): a) la seguridad física, b) la regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del derecho (el sistema judicial), c) la claridad y coherencia del sistema legal y d) la estabilidad del orden jurídico.⁵⁴

POUND, por su parte, enseña que el ordenamiento jurídico trata de dar eficacia a por lo menos seis pretensiones o demandas implícitas en la existencia de una sociedad civilizada, situando en primer lugar a la 'seguridad general' (paz y orden, salud general). Aquí incluye la seguridad en las adquisiciones y transacciones, diciendo que aquélla fue ya reconocida desde Justiniano y desde entonces no ha hecho más que acentuarse 'en un orden económico que descansa en el crédito'. En segundo lugar incluye la seguridad de las instituciones; en el tercero la conservación de los recursos naturales; en cuarto lugar a la moral general. En quinto lugar ubica 'el interés en el progreso general, la pretensión y el deseo de la sociedad civilizada de tener alguna garantía contra los actos y la conducta que interfieran o sean un obstáculo al progreso económico, político y cultural'. En sexto lugar consigna el interés social en la vida humana individual.⁵⁵

Una de las acepciones de la seguridad jurídica se parece mucho a la *previsibilidad*. No hay que confundirla con aspectos morales. En este sentido se ha señalado que países comunistas han tenido más seguridad jurídica por épocas que otros más democráticos.

Yendo a nuestro caso, si un juez al fallar pone en riesgo el derecho de propiedad de los restantes depositantes, no refuerza la seguridad jurídica. En síntesis, si la actuación de la Justicia ha servido, antes que para restablecer el imperio del derecho, para entregar dinero a unos pocos y hacer ganar notoriedad a algún magistrado, o para intentar mejorar con demagogia la mala imagen de nuestra justicia, o para poner presión por parte de magistrados cuestionados sobre los que pesa pedido de juicio político, la seguridad jurídica no gana sino que pierde. Si esto se hace con descontrol y con irregularidades, todo es más grave.

Si la Justicia en esta instancia de caos terminal de la República, dicta fallos a sabiendas que no podrán ser cumplidos, y sin preocuparse por indagar si las sentencias tienen posibilidad de ser cumplidas, tal actitud es imprudente (si no tiene un calificativo más fuerte). Es muy opinable lo que afirma el Dr. NAZARENO en su defensa sobre que '*no corresponde a la Justicia entrar a evaluar cuestiones técnicas*' puesto que le corresponde, y debe y puede hacerlo (como lo hizo un magistrado que pidió información técnica) si no quiere provocar o agravar un caos. Por lo demás tampoco son cuestiones demasiado técnicas o exóticas como para no poder ser comprendidas por un magistrado, que debe conocer las reglas elementales de todo sistema financiero(, de hecho, acá puede nombrar que un magistrado, como explica en el desarrollo, buscó la información necesaria para fallar de manera prudente.

No hay duda que ante un caso claro de violación de la propiedad privada corresponde a la Justicia restablecer el orden. Pero si estamos ante el caso que afecta a millones de depositantes, de ahogamiento de un sistema financiero, que pone en riesgo a todos los depósitos, se debe ser extremadamente cuidadoso al determinar si la devolución de los ahorros de una persona no perjudica al resto, y agrava el riesgo del resto.

No contribuye a la seguridad jurídica, en fin, que entronicemos un gobierno de los jueces, pues implica es también una conducta predecible de la Justicia, aunque momentáneamente acepte restricciones al derecho de propiedad en beneficio común. Hasta el momento la justicia ha tenido una conducta impredecible, y ello también afecta la seguridad jurídica. Aquí están en juego los derechos de muchos y la justicia debe arbitrar para repartir su protección en forma racional.

⁵⁴ V. OLIVERA, Julio H. '*CRECIMIENTO ECONÓMICO Y SEGURIDAD JURÍDICA*', estudio expuesto en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales el 23 de julio de 1965.

⁵⁵ V. POUND, Roscoe, *EL ESPÍRITU DEL COMMON LAW*, págs. 205 ss.

Un balance de lo actuado por la Justicia arroja resultados desfavorables. ¿Qué es lo que a mi juicio debería esperarse como un ideal de la Justicia?. En mi concepto lo que anticipé en el §1: actuar con prudencia, no intentar sustituir al legislador, agregando racionalidad. ¿Qué es lo que ha hecho la Justicia? Ha actuado con imprudencia, ha agregado leña al fuego, se ha excedido, y ha provocado reacciones contrarias, ha actuado apresuradamente. Claro que en esto hay excepciones en todo el país.

En otros trabajos⁵⁶ he comentado sobre hasta qué punto algunas decisiones gubernamentales argentinas se han constituido en *leading cases* de la inseguridad jurídica en el mundo. Por años, la anulación de los contratos petroleros por el Presidente ILLIA en 1964 se convirtió en un ejemplo clásico de enseñanza de inseguridad jurídica en las universidades norteamericanas. Luego han aparecido casos de la Argentina de notable corrupción, y la famosa frase de Luis BARRIONUEVO (“*en la Argentina nadie hace plata trabajando*”) ha quedado plasmada en casos de estudio. No puede dudarse que lo ocurrido en la Argentina en esta oportunidad será un nuevo capítulo para la generación de abogados de otros países, tanto por la confiscatoriedad de las medidas como por la reacción de la Justicia. Y compromete nuestro futuro el no poder dar una imagen de seguridad jurídica al mundo.

4,4 Responsabilidad de los bancos

Cabe repasar también cuál es la responsabilidad de los bancos e instituciones financieras. ¿Cuál es su responsabilidad en la generación de la crisis (préstamos al Estado Nacional y provincias sin medida, a tasas altísimas)? Muchos bancos tienen su cuota de responsabilidad en la crisis profunda. Algunos justifican en que fueron acciones del Gobierno y que debieron acompañarlas por solidaridad y patriotismo.⁵⁷ Pero también estuvo a su alcance utilizar los recursos jurídicos para oponerse. Las razones por las cuales no lo hicieron no están claras, y el cuadro general de bancos prestando al Gobierno a tasas cada vez más altas deja, a falta de una clara explicación, la sensación de responsabilidad en la crisis. Quizás el peor reproche que pueda hacerseles es no haber actuado como verdaderos banqueros.

Cabe también al sistema bancario el reproche de no resolver rápidamente los casos graves, las excepciones, en oponerse sistemáticamente a todo. Son también responsables de mantenerse en una actitud especulativa para intentar, en medio de una crisis en la que tienen parte de la responsabilidad, cuidar antes sus propios intereses que el de los depositantes, que son los menos responsables. Algunos pretenderán decir que quienes también prestaban a tasas altísimas sabían que existía un riesgo, pero tal argumentación (bastante forzada por cierto porque se trata de cuestiones de política financiera inasequibles para el público en general) no tienen ningún asidero en el caso de los simples depositantes de cuentas corrientes y de ahorro. Por todo esto, los bancos deberían haberse organizado de mejor manera, de forma tal que dentro de la situación de emergencia, los ahorristas que encuadraban dentro de algunas de las excepciones permitidas por el BCRA para el retiro de sus depósitos, pudieran haber acudido directamente al Banco correspondiente y retirar su dinero. De este modo, podrían haberse evitado varios amparos que precisamente no deberían haber sido necesarios de interponer y se habría contribuido a que no se colapsara el sistema judicial por cuestiones que ya estaban resueltas.

4,5 Causas de la crisis y su influencia en las decisiones judiciales (características de la crisis)

Como dije, todavía hoy no se sabe a ciencia cierta qué desencadenó la crisis inmediata. ¿Era realmente necesaria la medida del corralito?, ¿qué hubiera pasado si no se decretaba? (muchos de los críticos del corralito no dicen qué se debió haber hecho en ese momento), ¿quién tuvo la culpa?, ¿todos los bancos podían cumplir o se hizo para proteger a algunos? (varios bancos estatales y el GALICIA?).

Aunque las causas económicas generalmente no tendrían tanta relevancia en un trabajo de esta índole, en este caso son importantes para comprender y analizar lo ocurrido.

Se sabe (aunque muchos no recuerdan) que la crisis profunda está generada por un cóctel explosivo que formaban un Estado con déficit permanente, y el esquema inflexible de la convertibilidad.

Pero en verdad, hasta el momento en que esto se escribe no está claro qué es lo que ha pasado y qué responsabilidad es atribuible a cada uno; cuál fue el efecto del primer corralito, y cuáles fueron las razones de las medidas posteriores que de lo único que participaba del primer esquema era en el nombre (pero estaba equivocado); Sin perjuicio de reconocer que un análisis profundo de lo que implicó el primer corralito

⁵⁶ V. *JUSTICIA & DESARROLLO ECONÓMICO* Primera parte, cit. en nota 3.

⁵⁷ V. defensa del Lic. Eduardo ESCASANY, en el web site de AMBITO FINANCIERO

concluye que no era tan inocente, no es posible confundir a esta medida con lo que vino después: congelamiento, salida de la convertibilidad, devaluación e inflación.

No se sabe exactamente cuál era la situación del sistema bancario y hoy todavía no hay respuesta para una pregunta simple: ¿puede el sistema bancario devolver los depósitos?, ¿esto ha sido un capricho o una viveza de los bancos, o hay causas mucho más serias?, ¿están o estuvieron todos los bancos en igualdad de condiciones? hay versiones no confirmadas que decían que la normalidad era imposible porque caían algunos bancos (entre los privados el más importante era el GALICIA) pero que también había problemas en los principales bancos oficiales.

En cuanto a la actuación judicial con respecto a esta cuestión, sólo la citada sentencia del juez GUGLIELMINO aparece como un esfuerzo aislado de analizar la situación en profundidad.

Sin embargo, en general, ni en los comentarios ni en los fallos judiciales se distingue la diferencia abismal que existe entre lo que fue el primer 'corralito' y lo que vino luego, aunque hay excepciones que lo señalan.⁵⁸ Muchas resoluciones judiciales se refieren a las medidas como si fueran la misma cosa, y al hacerlo no contribuyen ni al conocimiento de las características de la crisis ni a quién caben las responsabilidades.⁵⁹

En los fallos que se han dictado -salvo excepciones- se escandalizan por la suspensión dictada de las acciones judiciales, cuando lamentablemente es un inveterada práctica en nuestra Argentina, convalidada reiteradamente por la Corte. ¿Ignorancia u olvido? no se sabe cuál es peor. Con esto no se está justificando las suspensiones, pero lo menos que puede pedirse de los magistrados es que sepan lo que están diciendo.

4,6 Síntesis

En síntesis en este trabajo se opina que:

- a) La actuación de la Justicia argentina en la gravísima crisis actual no ha sido prudente en general, y, de alguna forma, ha contribuido a su agravamiento;
- b) Invocando la protección de los derechos de propiedad, se compromete a otros igualmente respetables;
- c) No se puede fallar en contra la ley de la gravedad, no se puede cambiar la realidad a fuerza de sentencias;
- d) Los jueces no pueden fallar sobre algo imposible de cumplir para todos cuantos pueden pedir la protección;
- e) No es posible imputarle inconstitucionalidad a una norma que refleja una situación financiera dolorosa pero verdadera (Juez GUGLIELMINO);
- f) Hay que temer más que nada al gobierno de los jueces, especialmente si se quiere proteger a la Justicia;
- g) La 'corrida judicial' es un hecho inédito en el mundo: los argentinos una vez más, hemos producido una singularidad;
- h) Los efectos de la 'corrida judicial' son tan perniciosos como los de la corrida bancaria, en cuanto al descontrol que ocasiona;
- i) Este descontrol en algunos casos ha teñido a la misma Justicia, al trascender situaciones irregulares en los amparos;
- j) Las medidas cautelares no han sido previstas para entregar al accionante lo que reclama antes de una sentencia firme; sólo para salvaguardar la cosa o situación discutida;
- k) Nuestros jueces, que manejan las medidas cautelares con extrema prudencia (y en ocasiones, con exagerada prudencia), en esta situación se han excedido;
- l) El gobierno de los jueces tiene entidad suficiente como para llevar al clímax la crisis de gobernabilidad que ya sufrimos;

Este repaso de la actuación de la Justicia aspira a que se reflexione sobre el papel que debe cumplir en la crisis, que se analice que las cuestiones son complejas y que pueden tener más de una interpretación, que todavía nos esperan tiempos muy difíciles que serán peores si el tercer Poder no está a la altura de sus antecedentes. Queda claro que la preocupación que este trabajo refleja no es nueva, no responde a posiciones

⁵⁸ V. CIANCIARDO, Juan, *UNA APLICACIÓN CUESTIONABLE DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD*, La Ley, 14Mar02.

⁵⁹ V. ALEMANN, Roberto en LA NACION del 15 de marzo de 2002 bajo el título "EL CORRALITO Y EL CORRALÓN".

del momento, y no se justifica más que en el deseo que la Institución no resulte más perjudicada, y, con ella, la República.

ID

~~C:\zamis documentos\—PAPA\Justicia\crisis2001_2002\Reflex\crisisjusticia_10May02.doc~~

~~Macintosh HD:-Emergencia2001/2:-CrisisYJusticia:CRISIS_17Abr02.doc~~

~~C:\zamis documentos\—PAPA\Justicia\crisis2001_2002\Reflex\crisisjusticia1_7Abr02.doc~~

~~Macintosh HD:-Emergencia2001/2:-CrisisYJusticia:CRISIS_17Abr02.doc~~

~~Macintosh HD:-Emergencia2001/2:-CrisisYJusticia:CRISIS Impresión_24Abr02.doc~~

~~Macintosh HD:-Emergencia2001/2:-CrisisYJusticia:CRISIS_FINAL_6May02.doc~~

Macintosh HD:-Emergencia2001/2:-CrisisYJusticia:CRISIS_Final_7May02.doc