# En espera de un estándar definitivo ¿es inconstitucionalidad la pesificación? A propósito del caso "Mauri"[1].

Por Marcela I. Basterra

**Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos. 3. El fallo. 4. El amparo como medio judicial idóneo. 5. La Inconstitucionalidad de las normas impugnadas. 6. conclusiones.**

## 1. Introducción.

Es necesario destacar el activismo judicial ejercido por algunos jueces de primera instancia y por las Cámaras de Apelaciones reemplazando la tarea que aún no realizó la Corte federal- con la composición actual-, en defensa del derecho de propiedad declarando definitivamente la inconstitucionalidad de la pesificación.

Es de público conocimiento la situación en que se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que al tener siete miembros en lugar de los nueve que establece la ley, necesita una mayoría de cinco –muy elevada- para lograr un fallo. Es así que actualmente tiene más de 50.000 causas de pesificación pendientes de resolver, habiendo al respecto posiciones encontradas – cuatro votos contra tres-, y aparentemente ningún juez cambiaría de opinión.[2]

Es preciso recordar, además, que la jurisprudencia más importante de la Corte en la materia ha sido contradictoria, es en este contexto que se vuelve definitivamente importante el

[1] *"Mauri, Francisco Amado c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo".* CNACCF, sentencia del 11/08/2005.

[2] De una nota realizada a la Ministro de la Corte, Dra. Cármen ARGIBAY, La Nación, 3/06/2006, Sección Política, p. 16.

comentario a algunas sentencias de tribunales inferiores que se han erigido en verdaderos tribunales de garantías[3] mientras se espera a que el más alto tribunal de su última palabra.

A modo de síntesis recordemos los cuatro precedentes que marcaron un hito en la materia:

1) En el año 2002, en oportunidad de expedirse nuestro máximo tribunal en el fallo "*Smith"*[4], declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.[5] El Tribunal mas allá de reconocer la crisis económica consideró que el decreto y las normas dictadas posteriormente contienen tres abusos en relación a la Constitución: a) Un exceso en el uso de las facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art.17,18 y 28 de la C.N. en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada de los particulares, b) una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de la legislación anterior como ser la que garantizaba la intangibilidad de los depósitos, c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjuntos de medidas financieras adoptadas provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social en consecuencia las restricciones cuestionadas carecen de razonabilidad y proporción e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre .

2) Al año siguiente en la sentencia *"San Luis"*[6] la Corte sostiene y aún amplia, el criterio protectorio del derecho de propiedad. La Provincia de San Luis, en instancia originaria,

---

[3] Puede verse -entre otros- *"Romanini, Félix E. c. Poder Ejecutivo Nacional y otro"*, CNCom (SalaB), sentencia del 22/11/2005 y *"Ginestet, Irma c. Citibank N.A. Sucursal Buenos Aires",* CNFed Civ y Com, (Sala III) sentencia del 2/2/2006

[4] *"Banco de Galicia y Bs.As. s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo"* CSJN. Fallos: 325:028. Sentencia del 1/2/2002.

[5] En el caso un ahorrista -el Sr. Smith- promovió acción de amparo tendiente a que se declare inconstitucional el decreto de necesidad y urgencia 1570/2001, en cuanto restringe la disponibilidad de los depósitos bancarios mediante la prohibición de extraer mas de 250 pesos o dólares semanales por titular de cuenta en cada banco. Pidió como medida cautelar que se le devolvieran las sumas depositadas en plazo fijo una vez operado el vencimiento. El banco depositario interpuso recurso de apelación por salto de instancia en los términos del artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[6] *"Provincia de San Luis c/ Estado Nacional "*, CSJN. Fallos 326:417. Sentencia del 5/03/03.. Puede verse comentado de HERNÁNDEZ, Antonio María "El fallo de la Corte Suprema en "Provincia de San Luis" y el

promovió acción de amparo para que el Banco Nación le restituya en la moneda de origen –dólar estadounidense- fondos públicos de su propiedad que había constituido en dicha entidad, impugnando el bloque normativo conformado por el "corralito financiero" y la "pesificación" de ahorros en moneda extranjera. La Corte resolvió: a) Es inconstitucional la "pesificación" de los ahorros en moneda extranjera –art. 2º, decreto 214/02-, pues el Poder Ejecutivo, mediante dicho régimen, transformó compulsiva y unilateralmente la sustancia de tales depósitos, disponiendo su conversión a pesos con apartamiento de lo dispuesto en la ley de emergencia pública 25.561, consagrando una grave lesión al derecho de propiedad –art. 17, Constitución Nacional-. b) La "pesificación" de las imposiciones bancarias en moneda extranjera –a razón de $1,40 por 1U$S- atenta contra el principio de razonabilidad, ya que si bien en situaciones de extrema gravedad es legítimo exigir a los miembros de la sociedad un sacrificio en virtud_del principio de solidaridad social, dicho régimen no efectúa una distribución equitativa del perjuicio, haciendo recaer mayormente sobre el ahorrista los efectos perjudiciales de la crisis, excediendo el ejercicio válido de los poderes de emergencia. c) El sistema jurídico conformado por el "corralito financiero" y la "pesificación" de depósitos, al vulnerar los derechos adquiridos de los ahorristas mediante la modificación de la moneda de origen –pese a un régimen que garantizaba categóricamente su inalterabilidad-, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía de la propiedad y destruido la seguridad jurídica[7].

3) En 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa: *"Cabrera"*[8], considerando que quienes aceptaron voluntariamente y sin reserva la pesificación o la desafectación de sus depósitos en dólares a la paridad establecida por el decreto 214/02, no pueden pretender recuperar la diferencia cambiaria. Si bien la Corte se preocupó por

cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica" L. L. Actualidad, 20/5/2003, p.3 y de CARNOTA Walter Suplemento especial del Diario La Ley, 6/3/2003, p. 2.

[7] Puede consultarse BASTERRA Marcela, "El Derecho de Propiedad en Argentina a través de la Interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-2003) ¿La Emergencia en la Constitución o la Constitución en Emergencia?", AA.VV, "Constitución de la Nación Argentina"- Libro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional- . Editorial Rubinzal Culzoni, 2003, tomo I ,p. 127-170)

[8] *"Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ PEN. - ley 25561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561"* CSJN. Fallos 327: 2905. Sentencia del 13/07/2004. Puede verse comentado de BASTERRA Marcela I. "El fallo "Cabrera". Los *"vaivenes"* de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable en torno a la protección del derecho de propiedad"., Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2004 – III, Fascículo 9, 1 de septiembre de 2004.

aclarar que esta decisión no implica, expedirse sobre el fondo de la cuestión- o sea, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios- consideró que la elección que hicieron los ahorristas en cuanto a la pesificación de sus depósitos en dólares, fue "voluntaria" y no forzosa, con lo que cerró la posibilidad, en el caso, de reclamar las diferencias cambiarias.

4) A los tres meses la Corte resuelve *"Bustos*[9] , precedente en el que resuelve que del plexo normativo resulta claramente que a los depositantes en dólares estadounidenses se les ofreció la opción de obtener su devolución en moneda argentina en diversos plazos y al cambio de un peso con cuarenta centavos por dólar más el coeficiente de estabilización de referencia, o bien en la moneda de origen pero en bonos del Tesoro y a plazos más prolongados. Rechazó la demanda con sustento en que si bien el mantenimiento de una artificial equivalencia de valor entre el peso argentino y el dólar estadounidense, condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional, la situación constituyó indudablemente una emergencia cuya declaración por la ley 25.561 encuentra amparo constitucional en los poderes de los departamentos políticos del Gobierno Federal destinados a hacerle frente. Remarcando que, sin dejar de tener en cuenta la desigualdad producida para los depositantes, existe una notable situación de trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de créditos.

Sin duda, los últimos decisorios de la Corte constituyeron un retroceso en el camino hacia la recuperación de un *"standard"* razonable de control de constitucionalidad, en relación al derecho a la propiedad, que se había iniciado en los precedentes *"Smith"* y *"San Luis".* Lo

[9] *"Bustos", Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo"* , CSJN. Fallos 327:4495. Sentencia del 26/10/2004. Puede veres comentado-entre otros- de BIANCHI, Alberto B. "El caso Bustos y sus efectos por ahora"; GIL DOMINGUEZ, Andrés. "El 26/10: ¡Ha muerto la Constitución!, ¡Qué viva la emergencia!; "MANILI, Pablo L. "La Corte Suprema es una convención constituyente en sesión permanente"; MIDON, Mario. " La Corte. El derecho a la cuasi posesión y su justicia Pisoniana", CARNOTA, Walter, "Pesificación: El fallo"; Publicados en el Suplemento Especial La Ley, octubre de 2004.; GELLI, María Angélica. "El caso Bustos: Entre la inadmisibilidad del amparo, las incógnitas de las cautelares y la pesificación convalidada", DJ 2004-3, 686; BADENI, Gregorio. "Reflexiones sobre el caso "Bustos", LL 9/11/2004, p.1; MIDON, Mario. "La regresión no alcanza a los Derechos Adquiridos que gozan de buena salud". LL, 2005, A, p. 127.

que hace necesario y apremiante que el máximo Tribunal establezca una pauta definitiva en la materia.

**2. Los hechos.**

El señor Francisco A. Mauri promovió una acción de amparo contra el Estado Nacional, el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, el Banco Central de la República Argentina y el BBVA Banco Francés S.A. a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la normativa dictada en el marco de la emergencia económica y así disponer del dinero que tenia depositado en su caja de ahorro.[10]

El amparista fundó su pretensión en su condición de titular de la caja de ahorro que poseía en el Banco Francés, -cuyo saldo denunció en la suma de dólares estadounidenses U$S 12.907,75- en la afectación a sus derechos de propiedad, de libertad ambulatoria y el derecho a la salud, atribuyendo el deterioro de ésta, justamente, a las consecuencias del régimen legal de emergencia.

El magistrado de primera instancia hizo lugar a la demanda, anuló las normas tachadas de inconstitucionales y condenó al Banco Francés al pago de las sumas que el señor Mauri tenía en las cuenta respectiva en la misma moneda en que había sido impuestas originariamente o, en su defecto, en la cantidad de pesos necesaria para adquirir los dólares comprometidos en el mercado libre de cambios. Tal decisión fue apelada por todos los demandados.

Al respecto fundaron sus agravios básicamente en a) que la acción de amparo no es la vía idónea para declarar la inconstitucionalidad de disposiciones normativas, debido a que la cuestión requiere mayor debate y prueba, lo que no permite a los demandados exponer todos los argumentos que hacen a la defensa de sus derechos ; b) que se ha soslayado el principio de presunción de constitucionalidad de que gozan los actos públicos y c) que la

[10] Decretos del Poder Ejecutivo Nacional Nº 1570/01, 1606/01, 71/02, 141/02, 214/02 y 320/02, de las resoluciones del Ministerio de Economía Nº 850/01, 863/01, 6/02, 9/02, 10/02, 23/02 y 46/02, de las leyes 25.561, 25.557 y de las comunicaciones dictadas por el Banco Central Nº 3400/01 y 3446/02.

cuestión traída al proceso es “política” en tanto involucra el poder de policía ejercido dentro de la órbita permitida por la Constitución en una época de extrema emergencia.

**3. El fallo.**

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal -con la firma de los magistrados Guillermo Antelo y Ricardo Recondo- confirmó la sentencia apelada, con base en los siguientes argumentos 1) sostuvo que los depositantes afectados no sólo se ven privados del pago de lo convenido, sino también de sus saldos pesificados, de los cuales sólo podrían disponer después de renunciar compulsivamente a su derecho de acceder la Justicia, lo que es irrazonable.

2) Recordó que la crisis política, económica y social ocurrida en el país en diciembre de 2001 derivó, como es de público conocimiento, en decenas de miles de pleitos en los que se impugnó el régimen legal que se debate en autos; ello, a su vez, dio lugar a líneas jurisprudenciales encontradas de todos los tribunales del país , todo lo cual, sumado a la incontable cantidad de disposiciones, que fueron sucediéndose a lo largo del tiempo variando el cuadro de situación sujeto a juzgamiento, ha llevado al Poder Judicial a una situación de colapso que conspira contra la cabal administración de justicia.

3) En consecuencia con esa línea argumental el Tribunal remarcó que “*no es su función enjuiciar la formulación de la política gubernamental que subyace en las disposiciones impugnadas, sino la de establecer si éstas son compatibles con la Constitución, citando al respecto el deber que tienen todos los magistrados de velar por el cumplimiento de la ley fundamental en las causas traídas a su conocimiento y decisión”.* (Considerando IV)

4) En relación a la idoneidad de la acción de amparo consideró que atento el tiempo transcurrido desde el dictado de las medidas impugnadas, la acción prevista por el artículo 43, párrafo primero de la Constitución Nacional es el medio judicial idóneo para dirimir la controversia y el cese de la afectación de sus derechos.

5) En cuanto a la cuestión de fondo consideró que las limitaciones impuestas por el decreto 1570 y las restantes reglamentaciones ulteriores, configuran una afectación irrazonable del derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional.

Sostuvo además que "*el ius utendi, que se traduce en el caso, en la facultad de extraer los dólares depositados en la caja de ahorro del actor, encuentra su razón de ser, más allá de los preceptos de derecho común que inmediata y expresamente lo reconozcan, en la Ley Fundamental al ser uno de los aspectos en que se manifiesta el derecho de propiedad. Por lo tanto, los condicionamientos a que las disposiciones cuestionadas lo sujetan, dada la inexistencia de razones decisivas que los justifiquen, no pueden ser entendidos como el fruto de una reglamentación que tenga respaldo constitucional.* (Considerando VII)

Asimismo, y en tal comprensión, el Superior ha dicho que resulta evidente que las sucesivas reglamentaciones, que deben ser interpretadas en forma conjunta con las normas restantes, han excedido el marco de la delegación legislativa, ya que ésta no pudo haber sido conferida para que la autoridad administrativa avanzara sobre los derechos de los particulares de un modo tan intenso que significara su aniquilamiento.

6) Que debe entenderse que quienes eran titulares de depósitos a la vista o a plazo fijo en entidades financieras durante la vigencia de la ley de intangibilidad adquirieron el derecho a disponer de ellos, en orden a que cumplieron todos los actos y condiciones sustanciales que las normas de aquél momento exigían para que tal consecuencia se materializara.

Ello, en tanto ni el legislador "*ni el juez pueden, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese supuesto, el principio de irretroactividad deja de tener carácter infraconstitucional para confundirse con la garantía misma de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema"* (Considerando VII), por el contrario, la emergencia no crea poderes fuera de los previstos en la Constitución sino que provee la oportunidad para ejercer los ya existentes.

Asimismo, ha dicho que la validez constitucional de las disposiciones que en el caso se cuestionan, depende de que las mismas tuviesen como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos. *"Corresponde hacer un alto en la reseña normativa a fin de recapitular sobre los requisitos que hacen a la legitimidad de las medidas de emergencia que puede adoptar el Estado para paliar una situación de ese carácter. Ellos se resumen en: a) la existencia de una situación extrema que demande del Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; b) que las medidas implementadas por la ley para cumplir con esa finalidad proteja el interés general de la sociedad y <u>no a un grupo de individuos determinados</u>; c) que tales medidas*

*sean razonables en un doble aspecto: por un lado que produzcan un alivio a la emergencia y, por el otro, que estén circunscriptas al tiempo necesario para las causas que la motivaron desaparezcan ("Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell, 290 U.S. 398; ver también,)" (*Considerando VII)

Finalmente, y toda vez que no existe una norma que, frente a dos criterios contrapuestos de la Corte, imponga a los magistrados restantes de la Nación la obligación de seguir uno determinado, resolvió desestimar los agravios de los recurrentes que atañen a la defensa del bloque normativo de emergencia económica.

**4. El amparo como medio judicial idóneo.**

Entre los argumento más sólidos del tribunal es considerar que el amparo es el medio judicial idóneo para resolver el caso. La propia Corte en el voto de la mayoría del precedente *San Luis* reconoce expresamente que *"si bien es cierto que la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, no lo es menos que siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo (Fallos: 280:228; 294:152; 299:417; 303:811; 307:444; 308: 155; 311:208, entre otros), a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales circunstancias que se configuran en el caso* ( considerando 12°)

En oportunidad de comentar el fallo "Cabrera"[11], había adelantado esta postura, en sentido que la acción de amparo es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiestas y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (arts. 1° y 2°, inc. d, de la ley 16.986), requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla. Este criterio no ha variado con la reforma constitucional de 1994, en cuyo artículo 43, primer párrafo reproduce, en

[11] Amplíese de BASTERRA Marcela I. "El fallo "Cabrera". Los *"vaivenes"* de nuestro máximo tribunal en busca de un estándar razonable…" op. Cit. P. 43/45

cuanto a los requisitos de procedencia el citado artículo 1° de la ley reglamentaria. Estos son entonces y se deben comprobar en cada caso y en este concreto que se de a) la necesidad de una vía expedita y rápida, b) afectación actual o inminente, c) existencia de lesión, restricción, alteración, amenaza d) existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y e) la afectación se produzca a derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado y una ley.

En cuanto al medio judicial más idóneo"[12] debe interpretarse con el siguiente alcance: a) el amparo procede a pesar de la existencia de la vía administrativa, o sea, no es necesario agotar el procedimiento administrativo para poder interponer un amparo; ningún magistrado puede rechazar *in limine* una acción de amparo argumentando que el afectado no agotó la instancia administrativa; b) siempre que existiera un acto u omisión de autoridad pública o de un particular, que de forma manifiesta y palmariamente arbitraria o ilegal, violente o amenace, derechos o garantías reconocidos por la constitución, la ley o un tratado, en principio el medio judicial más idóneo es el amparo -procedimiento sencillo, breve, rápido y efectivo, art. 75, inc. 22, C,N.- en tanto depare la mayor cobertura y protección posible al derecho/s conculcado/s; c) si existieran vías procesales que son igualmente idóneas, dada la equivalencia, y por no existir una más idónea, el afectado puede optar por el amparo; y d) si existiera un medio judicial más idóneo en relación con el objeto del proceso, o sea que la demora usual de los procesos alternativos no tornara ilusoria o más gravosa la decisión que en definitiva se dicte corresponde al tribunal interviniente demostrar la mayor idoneidad del trámite ordinario con relación al amparo promovido

Aplicando estos conceptos al caso concreto, considero que el actor interpone un amparo para obtener una decisión jurisdiccional en un tiempo razonable en el marco de un proceso dotado de celeridad. Por lo tanto la tarea de control de constitucionalidad, en el caso, que importa para analizar la procedencia de la acción de amparo, es verificar si al momento de su interposición existe o no una lesión constitucional de un derecho fundamental o una garantía institucional. El amparo procede porque se han avasallado, derechos

[12] Véase de GIL DOMINGUÉZ, Andrés. " Constitución, Emergencia y Amparo", Ed. Ad.Hoc, 2002, p.60/66

fundamentales protegidos en la constitución nacional y tratados concordantes- entre otros-, el derecho de propiedad y los derechos adquiridos.

**5. La Inconstitucionalidad de las normas impugnadas.**

**5.1.** El representante estatal alega que los decretos 1570/01 y 1606/01 son de necesidad y urgencia y, por ende, deben ser controlados por el Congreso y no por el Poder Judicial. Esta postura resulta inadmisible ya que aunque el Congreso esté habilitado a realizar el control "intra poderes", que la propia Constitución le asigna en el artículo 99, inc. 3º, en modo alguno esta atribución implica la negación del ejercicio por parte del poder judicial de la función más importante; la de controlar la constitucionalidad de las normas.

Este punto fue discutido por la propia Corte en oportunidad de analizar los casos de amparos de particulares cuando la acción u omisión lesiva, provenientes de autoridad pública tenían su origen en decretos de necesidad y urgencia. Repasemos simplemente los caso paradigmáticos; *"Peralta*"[13] (1990), donde se hace una plena justificación a los decretos de necesidad y urgencia, aún sin que se hayan constitucionalizado. En *"Video Club Dreams"*[14] (1995) – recientemente realizada la reforma constitucional de 1994-, se admite el control judicial por vía de amparo -como medio idóneo- para el control de las materias habilitadas en relación a los decretos de necesidad y urgencia que dicte el poder ejecutivo. Lamentablemente se da un retroceso en el precedente *"Rodríguez"* [15] (1997) porque la Corte consideró que el congreso de la Nación es el único habilitado a efectuar este control en virtud de la norma del art. 99.inc. 3, sustrayendo del control de constitucionalidad uno de los temas más cuestionados justamente, por que puede implicar la ruptura del principio de la división de poderes. Finalmente y felizmente, el superior

[13] "*Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo*". CSJN. Fallos 313:1513, del 27/12/90

[14] *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo".*CSJN. Fallos 318:1154, del 6/06/95

[15] *"Rodríguez, Jorge - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia."* CSNJ. Fallos 320:2851, del 17/12/97.

tribunal establece un estándar en *"Verrocchi"*[16] (1999), en el que la Corte reasume la potestad judicial del control de los decretos de necesidad y urgencia[17].

En lo que concierne al decreto 1570/01, la imposibilidad de disponer libremente de los recursos en moneda extranjera por parte de los titulares de depósitos a la vista o a plazo fijo contraría palmariamente lo prescripto por la ley 25.466, de intangibilidad de los depósitos. Viene al caso recordar que la intangibilidad suponía la prohibición, con rango de orden público, de que el Estado Nacional alterase las condiciones pactadas entre los titulares de los fondos y las entidades financieras. Expresamente estaba vedado prorrogar la devolución de los depósitos, alterar la moneda convenida e imponer su canje por títulos de la deuda pública. Sobre este último aspecto corresponde tener en cuenta, además, que la delegación legislativa hecha a favor del Poder Ejecutivo mediante la ley 25.414 no sólo no contemplaba la modificación o derogación de la 25.466, sino que tampoco autorizaba a modificar la legislación de fondo vigente.

**5.2.** La Cámara pone de manifiesto que conviene recordar que la ley 25. 561 declaró *"con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiara, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente"*, las que fueron señaladas a continuación en cuatro incisos.

---

[16] *"Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo"* CSJN. Fallos 322:1726, del 19/08/99. véase comentado por MIDON, Mario. "Decretos de necesidad y urgencia - "*Verrochi":* Empate técnico entre la libertad y el poder" LL-199-E, p.590.

[17] Pueden verse- entre otros- los siguientes fallos; *"Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público"* CSJN, Fallos 323: 1556, del 2/06/00; *"Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo".* CSJN. Fallos 322:3122, del 14/12/99; *"Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo ley16.986."* CSJN. Fallos 325:2059, del 22/08/02; *Müller, Miguel Angel c/ Poder Ejecutivo Nacional -Contaduría General - Ejército Argentino -decreto 430/00 s/ amparo ley 16.986"*. CSJN. Fallos 326:1138, del 10/04/03

Es decir que el Congreso, investido de las facultades que le confiere la Ley Fundamental impone una clara restricción al ejercicio de las facultades delegadas del Poder Ejecutivo, fijando a) el ámbito de la emergencia en que ellas habrían de ser ejercidas, b) un límite temporal y c) los objetivos a alcanzar -reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario, reactivación de la economía etc. En el decreto 214/02 dictado posteriormente, se reiteraron -en síntesis- las consideraciones precedentes y se expuso sobre la necesidad de mantener las restricciones a la disposición de los fondos depositados en los bancos con el propósito de contribuir a la paulatina normalización del sistema financiero. Al no invocarse situación nueva o distinta debe entenderse que el Poder Ejecutivo quedó sujeto, en cuanto a las facultades delegadas, a las limitaciones estrictas que surgen de la propia ley.

En otros términos, no es razonable entender que -frente a una delegación como la que hizo el Congreso en la ley 25.561- el dictado del decreto 214 haya obedecido a facultades excepcionales del Presidente concebidas para materializarse en defecto del órgano legisferante. Por lo tanto, no se da en el caso la hipótesis del art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional. Esto le permite a la Cámara , justamente aseverar que *"teniendo en cuenta que una de las cortapisas impuestas por la norma delegante fue la de "preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/2001..." quedando comprendidos "los depósitos efectuados en divisas extranjeras" (art. 6º de la ley 25.561), corresponde concluir que el decreto 214/02 incumple ese objetivo al alterar artificialmente el valor de cambio de la moneda convenida en perjuicio del ahorrista, lo que equivale a decir que el Poder Ejecutivo excedió los límites establecidos en los arts. 3, 4, 5, 6, 15, 19 y 21 de la ley 25.561".*

**5.3.** Es necesario mencionar que la doctrina al respecto no es pacífica, en cometario a un reciente fallo en idéntico sentido al presente[18], Bakmas[19] sostiene que ***"****El dec. 1570/2001 explica en sus considerandos las razones para dictar la prohibición de retiros bancarios: la caída del nivel de depósitos a partir de febrero 2001, la volatilidad de las cotizaciones de los títulos públicos y la falta de liquidez bancaria, entre otros. Ya en el mes de julio de 2001 la prensa nacional y extranjera anunciaba el inevitable default de nuestro país en el*

[18] *"Ginestet, Irma c. Citibank N.A. Sucursal Buenos Aires",* CNFed Civ y Com, (Sala III) sentencia del 2/2/2006

[19] BAKMAS Ivan, "Inconstitucionalidad de la pesificación de depositos bancarios", La ley, p. 5

*futuro inmediato. Era pues necesario detener los retiros de los depósitos para evitar el colapso del sistema bancario. La medida decretada tenía, pues, una relación directa con el fin propuesto. Como puede verse el dec. 1570/2001 dista mucho de ser irrazonable. El tribunal ni siquiera analizó o cuestionó los considerandos del decreto, que explican la causa y los fines de esa norma. Por lo tanto su pretendida nulidad carece del más mínimo sustento".*

Agrega el autor por otra parte, que el decreto 214/2002, no excedió las facultades del poder Ejecutivo, y que el Tribunal interviniente no ha percibido que está frente a una norma macroeconómica. Justifica la necesidad de la pesificación con base en los siguientes argumentos; *"Las normas legales cuestionadas no son normas de orden público en el derecho privado sino leyes de orden público en el derecho público, dictadas en situación de emergencia económica, monetaria, financiera y social. Pero a través del fallo se nota una total ausencia de análisis sobre la emergencia que sufría la nación y sobre los objetivos que se tuvieron en cuenta para el dictado de esas normas. Pareciera que esas normas eran ajenas a la realidad. Eran normas in vitro"*[20]. Remarca que hay un apartamiento de la doctrina de la Corte, -se refiere al caso "Bustos"-, sin que medie argumentos nuevos, enfatizando *"esto no es un nuevo argumento, es un desatino"* .

Concluyendo que "*la causa que determinó su sanción es la existencia de un caos económico de una gravedad no conocida en nuestra historia.¿Puede alguien dudar de la existencia de causas suficientes para justificar las medidas adoptadas? Si podrá dudarse de sus méritos, de su eficacia, pero las cuestiones económicas y monetarias hacen a la política y no son justiciables: son solamente elegibles o rechazables, mediante el voto"*[21].

Esto es; que existe una doctrina, que considera la no justicibilidad de las leyes que versen sobre cuestiones macroeconómicas.

**5.3.** Disiento con tan autorizada doctrina y coincido plenamente con los precedentes mencionados. En efecto, quienes eran titulares de depósitos en entidades financieras, estando vigente la Ley de Intangibilidad -tal el caso del demandante- adquirieron un derecho a disponer de dichos depósitos dado que cumplieron con los requisitos exigidos

[20] BAKMAS Ivan, "Inconstitucionalidad de la pesificación de deposito…", Ibidem. P. 6

[21] BAKMAS Ivan, "Inconstitucionalidad de la pesificación de deposito…", Ibidem. P. 7

por la propia ley. Es decir, que la situación jurídica general creada por dicho régimen legal se transformó en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, por lo que ésta se hace inalterable; y no puede ser suprimida por una o varias normas inferiores, en el caso decretos, sin que importe una grave lesión al derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional en los artículos 14, 17 y normas concordantes de los tratados con igual jerarquía.

En cuanto a lo dicho por la Corte en *"Bustos*", es el propio tribunal el que especifica que la resolución es para ese caso concreto y que no implica que la Corte hay decidido sobre la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la denominada "pesificación". Igualmente esto no importa en modo alguno ello que los jueces de las instancias inferiores deban declinar de la función que les confiere la Constitución en punto al control de constitucionalidad, pues el rol institucional de la Corte no supone instaurar una única instancia eliminando, virtualmente, la intervención de las restantes autoridades judiciales del país.

*En un todo de acuerdo con este postulado se exige que los fallos que se aparten del "holding" fijado por el Alto Tribunal se sustenten en "nuevos argumentos" (Fallos: 307: 1096-1097), ya que la disparidad de criterios -bien que circunscripta a los límites indicados- no es "sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Ley Fundamental" (disidencia del juez Severo Caballero en Fallos: 311: 460) ; antes del fallo recaído en "Bustos" la propia Corte resolvió la inconstitucionalidad del régimen legal atacado en el sub lite (ver Fallos: 326: 417), por lo que no puede decirse -estrictamente hablando- que el presente pronunciamiento se aparte del criterio oportunamente sentado por el máximo Tribunal de la república, máxime, cuando en la causa "Bustos" no existe una mayoría de votos que conforme una decisión homogénea respecto de la totalidad de operaciones bancarias comprendidas en la legislación del emergencia (conf voto del juez Zaffaroni en el precedente)"* .( Considerando 12º)

Entonces, como explicáramos en la introducción existe en la materia criterios totalmente contrapuestos desde el Alto tribunal, no habiendo una norma que -frente a dos criterios

distintos de la Corte- le imponga a los magistrados inferiores de la Nación la obligación de seguir un criterio determinado, y además si advierte que las disposiciones cuestionadas fueron declaradas inconstitucionales y severamente cuestionadas por la mayoría de la doctrina, al año de haberse declarado la emergencia, es impensable que puedan declararse constitucionales tres años más tarde, donde se advierte una clara recuperación económica y con un sistema financiero que sigue funcionando con la casi totalidad de las entidades financieras colapsadas por la crisis.

En cuanto si procede al control de constitucionalidad estrictamente sobre cuestiones macroeconómicas, es necesario recordar que hace a la esencia de la división de poderes la necesidad de un ámbito de reserva de los denominados "poderes políticos", los que no pueden ser "invalidados" por la Corte Suprema. La misión más delicada del poder judicial – ha dicho la propia Corte- es la de saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes"[22]

Aún así, jamás pude resignar su función fundamental de ser el reaseguro de los derechos fundamentales de los individuos, más aún en épocas de emergencia en que se ven severamente restringidos. Es precisamente durante las situaciones de emergencia en que se requiere que los poderes políticos tomen decisiones para poder superarlas, dado que la constitución les otorga competencia para ellos. Pero es justamente allí donde más se requiere el rol del poder judicial como custodio de los derechos y garantías de los ciudadanos[23].

**6. conclusiones.**

Es necesario y urgente que la Corte Suprema de la Nación controle definitivamente la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas adoptadas para afrontar la última emergencia económica que sufrió la Argentina. Es inevitable que se erija en tribunal supremo de garantías y definitivamente ejerza la tarea de control de constitucionalidad en relación a la "pesificación", resolviendo la situación de incertidumbre e inseguridad jurídica

[22] CSJN, "Rolón Zappa", LL, 1986-E-151; ED,4/11/86, del 30 de setiembre de 1986.

[23] Véase el tema integralmente de IBARLUCÍA, Emilio, La emergencia financiera y el control judicial de Constitucionalidad, Editoril Ábaco de Rodolfo Depalma, 20004

a la que se encuentran  sometidos mucho más de 50.000 argentinos. Solo así se solucionará una situación de extrema injusticia.