

**El fallo “Cabrera”. Los “vaivenes” de nuestro máximo tribunal en busca de un
“standard” razonable en torno a la protección del derecho
de propiedad**

Por Marcela I. Basterra

Sumario: I. Introducción. II. El caso. III. El fallo. III.1 Improcedencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios. III.2. La exigencia de falta de reserva expresa. III.3. Procedencia del amparo. IV. Conclusiones.

I. Introducción

En días pasados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa: "**Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ PEN**" (2004)¹, y consideró 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.

Sin duda, el decisorio constituye un retroceso en el camino hacia la recuperación de un “*standard*” razonable de control de constitucionalidad, en relación al derecho a la propiedad, que había inciado en los precedentes “Smith” y “San Luis”.

En efecto, en oportunidad de expedirse nuestro máximo tribunal en el fallo **Banco de Galicia y Bs.As. s/ solicita intervención urgente en Smith, Carlos c/P.E.N. s/sumarísimo** (2002)² declaró la inconstitucionalidad de las normas desestimando el recurso de apelación interpuesto por el banco³. 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

¹ "Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ PEN. - ley 25561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561" - CSJN 13/07/2004. Fallo publicado en El Dial. www.eldial.com. Jurisprudencia Nacional. 14/7/2004. C. 124. XL – L.L. Suplemento Especial 13/7/2004, p.17, ED, 26/07/2004

² Sentencia del 1/2/2002, L.L 2002-A,770

³ 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.

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 (considerando 11°), 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 (considerandos 12°,13° y 14°), c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción de las restricciones que aniquilan la propiedad. El conjunto 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 -considerando 15°- e irrazonabilidad de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre (considerando 9°).

Al año siguiente en la sentencia **“Provincia de San Luis c/ Estado Nacional”** (2003)⁴ la Corte sostiene y aún, amplía el criterio protectorio del derecho de propiedad. La Provincia de San Luis, en instancia originaria, 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 declaró inconstitucional el régimen cuestionado, ordenó la devolución en dólares o la cantidad de pesos necesaria para obtenerlos en el mercado libre y estableció que las partes acuerden forma y plazo de restitución dentro de los 60 días de quedar firme la sentencia. Los puntos sobresalientes de la sentencia fueron los siguientes:

a) Es inconstitucional la “pesificación” de los ahorros en moneda extranjera –art. 2°, decreto 214/02-, pues el Poder Ejecutivo, mediante dicho régimen, transformó compulsiva y unilateralmente la sustancia de tales depósitos⁵, 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

⁴ Sentencia del 2/3/2003. Suplemento especial del Diario La Ley, 6/3/2003, Con comentario de Walter CARNOTA p. 2,4 y 30

⁵ El subrayado es personal en todo el trabajo

moneda de origen –pese a un régimen que garantizaba categóricamente su inalterabilidad-, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía de la propiedad –art. 17, Constitución Nacional- y destruido la seguridad jurídica, con olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido, pues la misma no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios.

Este precedente implica, una reivindicación de la inviolabilidad de la propiedad privada, eje de nuestro sistema jurídico.

En este fallo la Corte le aseguró a los argentinos que sus depósitos son inviolables, que el cómo y cuándo se les devolverán es lo que habrá de verse en cada caso puntual. Aunque el control de constitucionalidad federal sea en caso concreto, la esencia de la sentencia, considero, no podrá alterarse y resulta claro que en adelante algo no podrá cambiar la Corte en ninguna sentencia y es que, “La pesificación compulsiva del art. 2 del decreto 214 es inconstitucional”, no podrá decir en otros casos que es constitucional. Sin duda es un buen retorno a un “*Standard*” razonable y, una vuelta del camino a la convalidación del aniquilamiento del derecho de propiedad, cuyo símbolo paradigmático fue el caso “**Peralta**”⁶.

En la sentencia “**Cabrera**” si bien la Corte se preocupa por 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 cierra la posibilidad, en el caso, de reclamar las diferencias cambiarias. Lo que hace presumir

⁶ “Peralta, Luis Arsenio c/ Estado Nacional s/ amparo” CSJN Fallos, 313: 1513. Sentencia del 30-12-1990. – En el presente el Alto Tribunal sentó la doctrina que convalidó la apropiación de depósitos a plazo fijo de particulares y su canje por bonos de la deuda externa (BONEX) a diez años -, se lo consideró como “reprogramación de pasivos”, por razones de emergencia en la que consideró afectada “la supervivencia del Estado”; generando a partir de allí, un criterio ampliatorio de la doctrina de la emergencia y de afectación del derecho de propiedad que convalidó una amplitud de facultades del Poder Ejecutivo, en desmedro de la división de poderes de la Constitución Nacional. Si alguna duda quedaba acerca del carácter inviolable de la propiedad en nuestra constitución material, con este antecedente también queda convalidada la posibilidad de violación de la misma, en aras de la “*supervivencia del Estado*”, aunque en medio se desconozcan valoraciones de tipo ético o moral. Creo no es exagerado decir que en este precedente se “arrasa” totalmente con la división de poderes, y se convalida cualquier límite que el estado quiera poner a la propiedad privada, aún la confiscación de depósitos. Al respecto véase BASTERRA, Marcela Marcela I. “Los Decretos e Necesidad y Urgencia después de la Reforma de 1994. Además de la letra de la constitución ¿ Hubo algún cambio?, Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N°179, marzo 2001, p.3. Amplíese de MIDÓN, , Mario A. “Decretos de Necesidad y Urgencia”, Ed. La Ley, 2001, p. 14

que lamentablemente se decidirá de igual manera en los llamados “amparos de segunda generación” en los que no ha habido al momento de retirar los fondos “expresa reserva”. Con ello, quedarán nuevamente “desamparados” todos los ahorristas que coaccionados por las medidas confiscatorias que el Estado tomó en el período 2001/2002 aceptaron la pesificación de sus depósitos bancarios realizados en moneda extranjera, como única salida.

II. El caso

El ahorrista Gerónimo Cabrera y otros habían solicitado percibir la diferencia motivada por la paridad cambiaria por la cual aceptó que se cancelara su depósito. El actor poseía la suma de U\$S 28.342 depositada en una caja de ahorro en dólares al 11 de enero de 2002 que, posteriormente, convertida en pesos a la relación de cambio de \$ 1,40 por dólar, fue acreditada en moneda nacional -\$ 39.678,80- en una caja de ahorro en pesos, el 15 de febrero de ese año.

La Cámara rechazó la acción de amparo, mediante la cual los actores plantearon la inconstitucionalidad de la ley 25.561, de los decretos 1570/01, 71/02, 141/02, 214/02 y 320/02 y de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 46/02 del Ministerio de Economía, en procura de que se les abone -con relación a una inversión en dólares estadounidenses efectuada en el Citibank- la diferencia entre la suma que les fue acreditada en pesos a la relación de cambio fijada por el artículo 2º del decreto 214/02 (\$ 1,40 por dólar), y la que hubiera resultado de realizar tal conversión según el valor de esa moneda extranjera en el mercado libre.

La Cámara basa su argumentación 1) en que si bien la conclusión del juez de primera instancia en cuanto a la inconstitucionalidad de la normativa impugnada coincidía con doctrina precedente de esa sala, en el presente caso el actor había optado voluntariamente por desafectar de la reprogramación la totalidad de los fondos pesificados de su cuenta de ahorro en dólares, y 2) en que no corresponde reconocer la aludida diferencia de cambio por los dólares que el interesado aceptó convertir a una cotización menor a la del mercado, en tanto se trató de una opción voluntariamente elegida por aquél entre las ofrecidas a partir del dictado del decreto 214/02 para concluir con el régimen de indisponibilidad de los depósitos. En esta línea de razonamiento, agrega, según jurisprudencia de esta Corte, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico obsta a su impugnación con base constitucional

Contra tal sentencia, Cabrera dedujo recurso extraordinario basando sus agravios en que la ley 25.561 y el decreto 214/02 son irrazonables e inválidos desde el punto de vista constitucional. Asimismo se agravia en que el régimen instituido por tal decreto tiene carácter compulsivo; que no hubo "voluntariedad" en la opción ejercida por los actores; puesto que no se trató de una decisión libre sino forzada por un estado de necesidad derivado de los problemas de salud

padecidos por la madre de la coactora; motivo por el cual se inclinaron por el que consideraron "mal menor" en dicho momento. Por lo tanto, sostiene que a) no es aplicable, en el caso, la teoría de los actos propios; b) que se vulneraron los derechos a la salud y a la propiedad, c) se desconocieron derechos adquiridos y d) que la sentencia es arbitraria.

III. El fallo

La Corte, con el voto de los Ministros Belluscio, Higton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni (conformaron la mayoría) y los Ministros Fayt, Boggiano, y Vázquez, según su voto, decidió rechazar el recurso extraordinario planteado por un amparista, utilizando básicamente dos argumentos, desarrollados en los considerandos 4° y 5° ellos son: 1) deja establecido, *“que la decisión de la cámara se apoya en la antigua y uniforme doctrina de esta Corte, expuesta a partir de Fallos: 149: 137, según la cual, con relación a los derechos patrimoniales, hay hipótesis en que una ley en su aplicación al caso particular debe ser sostenida a causa de que la parte que la objeta, por un acto anterior, ha excluido la posibilidad de ser oída sobre su validez; ya que cuando una previsión constitucional ha sido establecida exclusivamente para la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos, éstos se hallan facultados para renunciar a esa protección”*.

Esto es, entonces, que las garantías atinentes a la propiedad privada pueden ser renunciadas por los particulares expresa o tácitamente, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías (Fallos: 255:216, considerando 3°) o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar (Fallos: 187:444; 275:235; 279:283). De manera tal que no puede peticionar y obtener el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de las leyes el particular que antes de la iniciación del juicio renunció al derecho que alega (Fallos: 249:51).

2) Deja sentado que es correcta la aplicación que la cámara hizo de la reiterada jurisprudencia de la Corte en sentido que, *“el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional.-”*(Considerando 5°).

Por lo tanto, consideró que el actor ha optado por un mecanismo que le permitió desafectar sus depósitos en moneda extranjera de las conocidas restricciones entonces vigentes a su disponibilidad, y lo ha hecho percibiendo los importes respectivos a la paridad establecida por el art. 2° del decreto 214/02, con lo cual -al no mediar reserva- corresponde considerar extinguida la obligación que pesaba sobre el banco depositario. De tal manera, *“al haber el demandante*

realizado actos que importaron la liberación del deudor, no puede luego ponerse en oposición a ellos y reclamar una diferencia motivada por la paridad cambiaria por la cual aceptó que se cancelara su depósito, aduciendo la inconstitucionalidad de las normas que establecieron el régimen jurídico de emergencia. Dicho en otros términos, al tratarse de derechos patrimoniales - de los cuales su titular puede disponer e incluso, como se señaló, renunciarlos expresa o tácitamente- si aceptó el pago de su depósito a la paridad establecida por el art. 2° del decreto 214/02 sin efectuar reserva alguna no puede sustraerse de las consecuencias de dicho acto” (Considerando 7°)

III.1 Improcedencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

La corte ha sostenido que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional. Esto implica que en el caso se aplicó la denominada “teoría de los actos propios”. Ahora bien, ¿Es aplicable al caso esta doctrina?

La reiterada jurisprudencia de la Corte en que se ha argumentado con base en esta doctrina, exige que el comportamiento de los actores haya sido deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz para que resulte aplicable la doctrina de los actos propios, conforme lo expreso en fallos: “Funes”⁷ “Supeña”⁸; “Miolato”⁹ “Dickman”¹⁰; “Szilaguyi”¹¹ “Guitard”¹² “De Miguel”¹³, entre otros.

En 1969 en oportunidad de fallar **“Funes Telesforo c/ Colegio de Escribanos de Cordoba”**¹⁴ El principio se aplicó al caso de un escribano que impugnaba la colegiación obligatoria y el aporte a un fondo común de sus honorarios profesionales, en los términos de las leyes 4138 y 4215 de Córdoba, el tribunal de la causa fundado en las alegaciones de las partes y en las pruebas producidas, estimó acreditada una conducta anterior del actor que importaba renuncia tácita, pero indudable, a la alegación de inconstitucionalidad. La Corte, confirma la sentencia y en la oportunidad señaló que *“...Las garantías que la Constitución acuerda en defensa de los derechos*

⁷ Fallos: 275:235

⁸ Fallos:275:459

⁹ Fallos 294:220

¹⁰ Fallos 300:480

¹¹ Fallos 307:1602

¹² Fallos 312:1706

¹³ Fallos 313:367

¹⁴ Fallos: 275:235 Sentencia del 03.11.1969

de propiedad de los habitantes de la Nación pueden ser renunciadas y ello ocurre cuando antes del pleito el litigante ha asumido una actitud que supone reconocer la validez de la ley que se pretende impugnar...” (Considerando 6°).

En la sentencia “**Miolato de Krebs Adelaida c/ Krebs Walter s/ divorcio**”¹⁵, el tercerista y el marido divorciado vendedor de un inmueble habían renunciado al derecho de demandar la inconstitucionalidad del artículo 3 del decreto-ley 11643/63 de la Provincia de Buenos Aires adhiriendo al sistema de dicho ordenamiento, al solicitar y obtener, aunque tardíamente, la inscripción del inmueble en el respectivo registro. Aquí la Corte confirmó la sentencia apelada (por el tercerista y el esposo divorciado) con fundamento en que no se había cuestionado validamente el régimen al cual se sometían. El máximo Tribunal afirma que “...*Si la hipotética inconstitucionalidad del régimen legal cuestionado cede ante el sometimiento, sin reservas, del interesado a la norma que ahora pretende impugnar, es de aplicación el principio que esta Corte sostiene desde antiguo de que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada*”

También en oportunidad de expedirse en “**De Miguel Alfredo Jorge y otros c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones**”¹⁶ donde se reclamaban diferencias salariales la Corte hizo lugar a la queja interpuesta por la empresa demandada vencida en autos toda vez que el acuerdo por el cual se reclamaban las diferencias salariales se fundaba en un acuerdo global celebrado entre la empresa demandada y el sindicato, con posterioridad a la traba de la litis. La Corte reitera que... “*nadie puede ponerse en contra de sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, salvo que el comportamiento sea deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz...*” (Considerando 3°)

La doctrina constitucional¹⁷ ha establecido que existen tres clases de limitaciones a las consecuencias que implica someterse voluntariamente a un régimen legal (teoría de los actos propios) 1) que el acatamiento del régimen jurídico en cuestión haya sido voluntario, 2) que el acatamiento se realice en iguales condiciones fácticas y jurídicas a las existentes en el momento de la impugnación posterior y c) el sometimiento debe darse en el marco de la misma relación bajo la cual se formula la impugnación. Entonces, debemos analizar si cuando no ha existido sometimiento voluntario igualmente debe aplicarse la teoría de los actos propios. Esta doctrina se

¹⁵ Fallos: 294:220 Sentencia del 11.03.1976

¹⁶ Fallos 313:367 Sentencia del 29.03.1990

¹⁷ Véase BIANCHI, Alberto B. “Control de Constitucionalidad”, Ed, Ábaco, 2002, T.2, p.44. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Restitución de la Diferencia de Cambio Derivada de la Pesificación Forzosa”, L.L,2003-F, p.1375. TORICELLI, Maximiliano “ El Sistema de Control de Constitucional Argentino” Lexis nexis-Depalma, 2002,p.158

basa en el principio de la buena fe lo que se busca es condenar a quien actuó con malicia, no a quien no ha tenido una diligencia excesiva.

Con anterioridad al fallo Cabrera la doctrina especializada¹⁸ sostenía que los ahorristas argentinos que aceptaron la pesificación no lo hicieron como producto de una decisión libre o tan siquiera voluntaria, sino en una situación que les proponía en forma perentoria la opción de la pesificación frente a extremas y urgentes necesidades. Asimismo que, los actos propios jurídicamente relevantes sólo pueden constituir un límite al ejercicio posterior de los derechos cuando la voluntad, se haya manifestado libremente y además exista otra opción alternativa. Ello no ocurre en el caso de la pesificación, porque todas las “opciones” violan por igual los derechos y garantías de los ciudadanos. En el caso de la pesificación compulsiva no puede hablarse de libre voluntad cuando en realidad se debe elegir entre dos opciones que son violatorias de derechos fundamentales¹⁹

Sin embargo, la doctrina basada en que no se puede cuestionar la constitucionalidad de un régimen normativo al que alguien se somete voluntariamente admite excepciones en los casos en que la aceptación a tal régimen es la única posibilidad para poder ejercer un derecho. Eso es, justamente lo que ocurrió en el caso, el tribunal aplica la regla y no las excepciones²⁰

Siendo entonces, la única oportunidad para ejercer ese derecho, no podemos considerar, que se han dado los supuestos de “sometimiento voluntario” o “elección”.

Los ahorristas argentinos que querían recuperar el dinero incautado por el Estado no tenían otra elección posible que recuperar “lo que se pueda” y después reclamar por el resto. Es impensable que nadie, voluntariamente pudiera elegir perder un porcentaje de sus ahorros en manos del Estado o de los Bancos.

Queda claro, entonces, que en el caso de autos el sometimiento del accionante a las disposiciones referentes a la pesificación no ha sido voluntario sino que se debe a que la pesificación era el único camino viable para obtener la disponibilidad, “aunque sea” de una parte de los depósitos.

¹⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, op. Cit nota n°17, L.L,2003-F, p.1376. El autor reitera esta postura, un año después en oportunidad de analizar el presente fallo. Ver GIL DOMÍNGUEZ Andrés, “Otro ladrillo en la pared, otro golpe a la constitución”, L.L, 14/7/2004, p.9 allí se pregunta ¿cómo es posible sostener que en la peor crisis social económica y financiera que padeció nuestro país, las personas que “eligieron” retirar sus dólares a un tipo de cambio menos al que estaba fijado en el mercado libre lo hicieron sin ninguna clase de coacción?

¹⁹ Véase AZVALINSKY, Alejandro y SCAGLIA, Gabriel, “ Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propio e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperan pesos”, JA, 23/4/2003

²⁰Véase MANILI, Pablo, L. “La Constitución Nacional es de Orden Público y no admite Acuerdo en Contrario”, Suplemento Especial, L.L, 14/7/2004, p.12 y 13

Hernández²¹, en oportunidad de comentar el mencionado precedente “San Luis”, destaca la importancia del fallo por su ejemplar argumentación y razonamientos jurídicos. Sin embargo, se muestra sorprendido por que en el considerando 22, se hace referencia a una eventual aplicación de la doctrina de los actos propios, la que según el autor, altera el desarrollo lógico y la claridad del discurso, predominante en el fallo.

Es más, se adelanta a explicar el motivo por el que en los casos referidos a la pesificación y a la implementación del “corralirto bancario” no procede la aplicación de la doctrina de los actos propios. Agregando que *“Nosotros queremos interpretar dicho Considerando como una advertencia a un posible futuro acuerdo entre la Provincia y el Gobierno Federal, en este caso concreto, que signifique la aplicación de dicha teoría al tratarse de dos personas jurídicas públicas que acuerdan voluntariamente modificar las bases sentadas por este fallo para el cumplimiento del mismo. Entendiendo que dicha doctrina sólo se podría aplicar en el caso en que actúan dos Gobiernos del Estado Federal, pero que en modo alguno se puede intentar en una eventual interpretación futura de la Corte Suprema o de otros Tribunales, la extensión de este enfoque a las causas de los ahorristas comunes.*

III.2. La exigencia de falta de reserva expresa

¿Puede el Estado argentino -en este tema puntual- invocar seriamente que la “falta de reserva expresa”, como en el caso es óbice a la concreción de un derecho fundamental? La respuesta, claro, es no.

Es necesario revisar brevemente algunos antecedentes para tener una visión completa en relación a las circunstancias que rodean a los fallos relacionados con el denominado “corralito financiero” El Estado argentino asegura la estabilidad económica y monetaria mediante las leyes 23.928²², 24.445²³ y 25.466²⁴- que garantizó la intangibilidad de los depósitos- generando un marco en el cual las partes realizaron negocios jurídicos -con las consiguientes obligaciones- y ahorraron en moneda extranjera, fundamentalmente en dólares estadounidenses.

²¹ HERNÁNDEZ, Antonio María “El fallo de la Corte Suprema en “Provincia de San Luis” y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica” L. L. Actualidad, 20/5/2003, p.3

²² Adla, LI-B,1752

²³ Adla, LV-A-,312

²⁴ Adla, LXI-E, 5443. Sancionada el 29/8/2001

En el año 2002, con parecidos fundamentos a los del decreto 1570/01²⁵; o sea, reordenar la economía, evitar el colapso del sistema financiero agregándosele el del restablecimiento del orden público debido a la grave crisis social se dicta los decreto de necesidad y urgencia 214/02²⁶ y 320/02²⁷- aclaratorio del anterior- . Por medio del decreto 214/02 se pesifican todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa y origen, según el art.1. Además estableció un régimen para los depósitos en dólares y deudas en moneda extranjera del sistema financiero como del sistema privado (artículos 2, 3 y 8) manteniendo, en el caso de los depósitos la indisponibilidad absoluta. En su artículo 2 al disponer la pesificación compulsiva a \$1,40 no preserva el capital y altera los términos de las obligaciones originarias violando, además del derecho de propiedad,- artículo17 CN-, el derecho a la defensa del valor de la moneda –artículo 75, inciso 19 CN-

Por su parte el artículo12 del decreto establecía que *"A partir del dictado del presente decreto, se suspenden por el plazo de 180 días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el decreto. 1570/01..."*.

Esta normativa, implicó²⁸ a) la suspensión de la garantía de la defensa en juicio contemplada en el artículo18 de la constitución; violando el derecho básico a la efectiva tutela judicial, b) vulneró las condiciones establecidas en el artículo 99 inciso 3º, toda vez que “ las circunstancias no hacían imposible seguir con el trámite ordinario para la sanción de leyes” único caso en que la constitución permite que dicten decretos de necesidad y urgencia, c) pretendió legislar sobre cuestiones expresamente reguladas en la ley 25.561²⁹ y la ley 25.563³⁰ alterando la voluntad expresa del Congreso de la Nación en la materia, porque si bien la ley disponía la modificación del régimen cambiario; al momento de la reestructuración de las obligaciones afectadas debía considerarse el impacto producido por tal modificación, y en relación a los depósitos, consagró expresamente que el Poder Ejecutivo dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas en moneda extranjera, d) si viola entonces, las normas constitucionales que expresa y estrictamente contemplan la excepción a la regla “ *el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir*

²⁵ Sobre Operatoria de entidades Financieras del 1/12/2001

²⁶ Sobre Reordenamiento del Sistema Financiero del 3/2/2002

²⁷ Sobre Reordenamiento del Sistema Financiero del 15/2/2002

²⁸ Amplíese de CAYUSO, Sunana G., “ Acción de Amparo e Inconstitucionalidad de los Decretos 214 y 320/02”. L.L, 22/2/2002, p.1. También “Emergencia, Razonabilidad y Cuestión Constitucional”, LL,2004-A, p.1309

²⁹ Adla, LXII-A,44, Ley de Emergencia Pública y de reforma del Régimen Cambiario”, Publicada B.O, 7/1/2002

³⁰Ley Modificatoria de la ley de Concursos y Quiebaras, publicada B.O. 15/2/2002

disposiciones de carácter legislativo”...y, además establece que la normativa no puede cuestionarse en sede judicial, incurrió, sin duda, el Poder Ejecutivo en la conducta tipificada en el artículo 29 de la Constitución Nacional, “otorgar o ejercer la suma del poder público”, acreedores de la pena de los “infames traidores a la patria”, e) se vulneró, asimismo, todo el “paquete” de normas afines y /o complementarias a estas contempladas en los tratados de derechos humanos del artículo 75, inciso 22 que gozan de jerarquía constitucional³¹

La emergencia económica es susceptible de justificar restricciones razonables al derecho de propiedad, de distintos grados³², pero pretender su total aniquilamiento y que, además no pueda ser cuestionado en sede judicial quiebra el sistema constitucional y el orden democrático en los termino del artículo 36 de la Constitución Nacional³³.

Coincidimos con Gelli³⁴ cuando en oportunidad de comentar “Smith” afirma que, el Estado de derecho constituye un Estado de razón en el que se exige de los gobernantes y gobernados conductas razonables, es de toda evidencia que el Estado de derecho en Argentina se encuentra en emergencia. En otras palabras, la responsabilidad de los funcionarios públicos les impone proveer soluciones a las crisis económicas y sociales sin aniquilar el sistema de reglas constitucionales basadas en el principio de razonabilidad establecido en el artículo 28 de la Ley Suprema. Sin embargo, la crisis financiera ha contaminado el sistema jurídico a punto tal que las reglas de derecho sancionadas son incumplidas por otras dictadas por los mismos cuerpos legislativos o gubernamentales; se ha perdido la seguridad y la confianza en que se dirimirán los conflictos con un mínimo de justicia y de acuerdo con un orden previamente establecido.

Por su lado Sagüés³⁵ estimó, en relación a la intangibilidad que, la misma establecida por ley 25.466 proclamó enfáticamente a favor de los ahorristas argentinos un régimen protectorio de sus inversiones que generó para ellos, constitucionalmente, un derecho adquirido. Este derecho no puede ser válidamente alterado después, aún por emergencia pública como fue la 25.561. No es honesto, por cierto, que el Estado prometa solemnemente por ley honrar los depósitos y a los pocos días afectarlos.

³¹ Véase de SLAIBE, María Eugenia, “ Los Derechos Humanos y las Leyes de Emergencia”, LL, 7/3/2002, p.1/3

³² Puede ampliarse de 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?. AAVV, Asociación. Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003,T.I p. 127/170

³³BASTERRA, Marcela, “Defensa del Orden Institucional y del Sistema Democrático. Artículo 36 de la Constitución Nacional. Derecho de Resistencia a la Opresión. Etica Pública”.Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional. N° 156- abril de1999.-

³⁴ GELLI, María Angélica, “El caso “Smith” (o la razonabilidad cuestionada), LL,t.2002-B, p.790. También “Cuestiones de delegación legislativa”,Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 158, p.5, 10/6/99

³⁵ SAGUES Nestor P., "La Protección de los Derechos Adquiridos", Diario La Nación, 03/02/02

Bidart Campos en un trabajo titulado “Que la inocencia les valga”³⁶, explica con una claridad inigualable que hay dos axiomas que son 1) que nadie puede alegar su propia torpeza 2) que nadie puede ir contra sus propios actos. En ambos se alberga una pauta para que la torpeza propia no redunde en perjuicio de terceros, y para que los terceros que en su buena fe tuvieron en cuenta un acto ajeno para entablar con su autor una relación jurídica, no sufran daño si ese mismo autor va, posteriormente, contra su propio acto anterior. Así, continúa el autor, lo que en septiembre de 2001 estableció la ley 25.466 -sobre intangibilidad de los depósitos-, con mucha inocencia, creímos que los depósitos dinerarios –en pesos o en moneda extranjera- a plazo fijo y a la vista, captados por entidades financieras autorizadas y declarados “intangibles”, no podrían sufrir alteración alguna en las condiciones pactadas. La ley dijo que el “Estado” era el obligado a no alterar dichas condiciones “en ningún caso”, y mencionaba prohibiciones. Agregando que “la presente ley es de orden publico”, y que los derechos “serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional”. Pero poco después, el 6 de enero del 2002, el artículo 15 de la ley 25.561 suspendió la aplicación de la 25.466. *¿Y la intangibilidad? ¿Pudo el propio Estado invocar su propia torpeza? ¿Pudo volver contra su acto propio? ¡Claro que sí! ¡El Estado lo pudo todo! Le basta colocar el cartelito de la emergencia, y no pasa nada. Lo intangible deja de ser intangible, los derechos dejan de ser adquiridos, la protección del artículo 17 de la Constitución se evapora. Los depósitos son intangibles, pero la intangibilidad esta suspendida. ¡Que la inocencia te valga!*

Entonces como bien sostiene Wetzler Malbrán³⁷ si se le aplica al ahorrista que no dijo *reservo mi derecho a reclamar la diferencia* (ábrete sésamo para poder promover el amparo), será elemental aplicarla también al Estado que sí dijo: *Quédense tranquilos, que sus depósitos no serán tocados*, y lo dijo nada menos que a través de una ley que se *autoproclamó de orden público*, como fue la ley 25.466 llamada paradójicamente *intangibilidad de los depósitos en el sistema financiero*.

La ley 25.561 que suspendió a la anterior configuraría, así, una violación de la teoría de los actos propios emergente del propio Estado, toda vez que resulta, obviamente, *contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz*. Este accionar estatal fue reconocido por la propia Corte en el fallo “Provincia de San Luis, - en el voto del Dr. Fayt (considerando) 18³⁸

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán, ¡Que la inocencia te valga!, la ley, 24 de abril de 2002

³⁷ WESLER MALBRÁN, Ricardo “ La Doctrina de los Propios Actos aplicada a la pesificación de los ahorros y una reflexión importante para los casos futuros de “corralito”, ED, 21/7/2004, p.2

³⁸ Que si bien es claro que el crédito de la provincia actora contaba con suficiente amparo constitucional el Congreso quiso añadirle una protección específica al sancionar la ley 25.466. Esta dispuso que todos los depósitos captados por las entidades financieras autorizadas para funcionar por el Banco Central, fuere en pesos o en moneda extranjera, a plazo fijo o a la vista, serían considerados intangibles (art. 1º). El art. 2º de la ley definió dicha condición disponiendo que "el Estado Nacional en ningún caso,

No es serio, no es coherente, desestimar la acción del ahorrista por haber omitido dejar constancia de su reserva, y homologar, de otro lado, la conducta del Estado que, primero otorga un reaseguro a la garantía constitucional que tutela la propiedad, a través de una ley sancionada para afianzar la confianza de los ahorristas, enfatizando que es “de orden público”, y que sólo meses más tarde “suspende” la promesa “hasta nuevo aviso”.

Si hay rigor, debe ser para todos, y es más, *doblemente para el primer responsable de garantizar la confianza pública en las “reglas del juego”*.³⁹

III.3. Procedencia del amparo

Otras de las cuestiones que merece atención es el planteo que surge, a mi criterio, del voto del Juez Boggiano, en sentido que la acción de amparo no es en el caso, el medio judicial más idóneo. En efecto, expresa su voto que si *“el pago recibido por la actora constituyó un acto jurídico válido, que, por ende, tuvo efecto cancelatorio de la obligación de su deudor; caso en el cual la pretensión que motivó este pleito hallaría un obstáculo insalvable en la aludida doctrina de sometimiento voluntario al régimen que se tacha de inconstitucional. Y si se llegase a la conclusión de que el pago mencionado fue inválido por demostrarse la existencia de un vicio en la voluntad, originado en el carácter compulsivo de las normas vinculado a la situación de necesidad que dijo padecer la actora, procedería indagar entonces si dicho régimen es manifiestamente arbitrario o ilegal”* (considerando 6°)

“Que la primera cuestión, tal como ha sido planteada por la parte actora, requiere dilucidar aspectos de hecho y prueba que exceden el marco procesal del amparo. Ello es así, puesto que

podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de deuda pública nacional, u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes". El art. 3° añadió que "la presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el art. 1° de esta ley serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional". Esta ley, como se expresó, innecesaria a la luz de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, fue sancionada con la finalidad de garantizar el respeto por los depósitos. Dan cuenta los debates parlamentarios de que frente a las especulaciones que se habían generado en la opinión pública -"desde la devaluación de nuestra moneda, confiscación de los depósitos, hasta una moratoria en el pago de las obligaciones por parte del Estado Nacional", el Congreso juzgó necesario "...llevar un mayor grado de certidumbre a los inversores y a la población en general (...) de manera de evitar así que continúe un estado deliberativo cuya incertidumbre conlleve a una mayor disminución de los depósitos y reservas...", ya que "...como la confianza en el sistema de crédito es un ingrediente crucial, sin el cual el sistema financiero dejaría de existir, el Estado se transforma en un celoso regulador de las entidades tomadoras de depósitos, para resguardar los fondos de los administrados", en la medida que "...tal intromisión regulatoria del Estado podría dar lugar a abusos que, so pretexto regulatorio, terminen resultando confiscatorios para los dueños de los depósitos".

³⁹ WESLER MALBRÁN, Ricardo, op. Cit. Nota 38

no sólo debe ser manifiesta la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión que se impugna, sino que también debe ser evidente el gravamen que tal acto u omisión le ocasiona al amparista, lo que en el sib lite no ocurre pues para ello debe demostrar, con amplitud probatoria adecuada, que no puede atribuirse al pago recibido ningún efecto liberatorio de la obligación debido a la presencia de la situación de necesidad alegada. Y la prueba de este extremo no es propia de una acción expeditiva y rápida (considerando 7°)

Tal como en principio lo planteáramos implica un claro retroceso en relación a la propia jurisprudencia de la Corte toda vez que en el precedente San Luis en el voto de la mayoría se 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 efecto, afirma la Corte, “*el planteo formulado por la amparista se reduce a la confrontación entre el marco normativo bajo el cual se efectuó el depósito en moneda extranjera y el que impugna por esta vía, que somete a condiciones sustancialmente diferentes a su restitución, con severa lesión del derecho constitucional de propiedad. La incidencia patrimonial de los actos calificados como ilegítimos, se traduce -según la amparista- en el evidente apartamiento entre el valor consignado en el título en la moneda de origen -conforme la cotización que diariamente se publica en la prensa, aun en la no especializada- y el que se pretende restituir por aplicación de las normas cuestionadas. La concreta comprobación del grado de esa afectación no resulta -en este estado- determinante para la admisión de la vía intentada, pues esas alteraciones económicas sólo son posibles dentro del marco normativo cuya incompatibilidad con la ley Fundamental constituye la sustancia del planteo, sin que sea relevante la eventual confiscatoriedad de la afectación para juzgar la validez constitucional de las normas cuestionadas (conf. T.348 XXXVIII "Tobar, Leónidas c/ E.N. M° Defensa Contaduría General del Ejército? Ley 25.453 s/ amparo? Ley 16.986", sentencia del 22 de agosto de 2002)”.*

La acción de amparo es inadmisibile 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.

Por otra parte este criterio no ha variado con la reforma a la constitución de 1994, en cuyo artículo 43, primer párrafo reproduce, en 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, comparto el alcance que le da Gil Domínguez⁴⁰ en cuanto que la fórmula gramatical “medio judicial más idóneo” tiene los siguientes alcances: 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, violento 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.

No se discute en el caso la avanzada edad de la madre del sr. Cabrera, y/o los problemas de salud que la aquejan. No se discute en el caso, ni debería discutirse en caso similares si existió o no el “estado de necesidad” invocado por el amparista.

⁴⁰ GIL DOMINGUÉZ, Andrés. “ Constitución, Emergencia y Amparo”, Ed. Ad.Hoc, 2002, p.60/66

El amparo procede toda vez que se dan los requisitos de procedencia que establece la constitución nacional y leyes reglamentarias.

El amparo procede porque se ha avasallado, sin límites un derecho fundamental protegido en la constitución nacional

El amparo procede porque como la propia Corte lo ha *dicho* “no existe sometimiento voluntario a un régimen jurídico, cuando dicha sumisión, es el único camino posible para ejercer un derecho fundamental”⁴¹

Los amparistas que actualmente están reclamando la diferencia por el dinero (“su dinero”) que el Estado les arrebató, (a muchos de ellos por segunda vez a lo largo de su vida), no tenían ningún otro camino posible para ejercer el derecho fundamental a la propiedad garantizado la constitución nacional.

IV. Conclusiones

1. La invocada doctrina de los actos propios en este caso debería ser la de los “actos forzados”.
2. La exigencia de “reserva expresa”, no puede ser seriamente invocada para postergar la efectiva tutela de un derecho, por parte de un Estado que rompió e incumplió “todas las reglas”, arrastrándonos, muy por debajo del mínimo grado de seguridad jurídica de la que debe estar dotado un Estado constitucional de derecho
3. La acción de amparo procede porque se lesionó el derecho fundamental a la propiedad, protegidos en los artículos 14 y 17 de la constitución nacional y tratados concordantes con igual jerarquía.
4. El quehacer fundamental del control de constitucionalidad, en el caso, es el respeto al contenido esencial de la propiedad privada evitando las intromisiones de otros particulares y sin que las limitaciones y deberes que se imponga el propio Estado puedan ir “más allá de lo razonable”.
5. El derecho de propiedad no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, consecuentemente, al Estado de Derecho; sino también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible⁴²

⁴¹ Fallos: 321:1132

⁴² REY MARTÍNEZ, Fernando, “La propiedad privada en la Constitución española, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994.

6. Nuestro país atravesó, quizá la crisis más grande de su historia, sin embargo aún esas situaciones de emergencia y sus consecuencias, deben encuadrarse dentro de la constitución, y utilizar los remedios que la misma establece y nunca fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la constitución concede pero sin exceder los límites de la norma fundamental. Las reglas constitucionales del estado de emergencia tienen la misma naturaleza que las correspondientes a las situaciones normales.

7. En materia de control, la clave está únicamente en el respeto más absoluto por el principio de razonabilidad, esto es la adecuada proporción entre medios y fines. La jurisprudencia de la Corte en los casos “Smith” y “San Luis” representa una reafirmación de aquél principio y un retorno al ejercicio de ese control con referencia al viejo y tristemente célebre caso “Peralta” que implicó la tesis más extrema del estado de necesidad sujeto a la razón de Estado, adscribiendo a un Estado “finalista”, y no al principio del Estado de Derecho.

El Poder Ejecutivo, mientras tanto en lugar de acatar los “*checks and balances*”, comenzó a buscar todo tipo de vericuetos para sortear obstáculos. Ante esta situación, el papel desempeñado por la justicia es preponderante, ya que la mayor concentración de poderes en el Ejecutivo (durante las emergencias), exige un “super” control de parte del Poder judicial como guardián de la constitución.

8. El fallo “Cabrera” implicó un retroceso, pero no todo está perdido. Nuestro Máximo Tribunal aún no dio la última palabra en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pesificación. Nos queda esperar que también en dicha oportunidad –como lo hizo en Smith y San Luis- la Corte reconsidere y concluya que el despojar a los ciudadanos de su derecho a la propiedad, convalidar la confiscación de activos por parte del Estado y permitir que el mismo no establezca reglas claras y previsibles, representa una amenaza a la deteriorada seguridad jurídica de nuestro país y sobre todo un escollo insalvable en la construcción de nuestro Estado Constitucional de derecho