

# U.A.I.



## Ley 25.587

### - Análisis -

Alumna:

Cecilia Spagnolo

Tutor:

Dr. Roberto Cerana

Carrera:

Abogacía

Agosto -2003-

Rosario

## Resumen

En el mundo de hoy, todos los países pretenden lograr un Estado de Derecho, bajo la supremacía de una Constitución, ley fundamental a que debe someterse toda norma jurídica inferior. Este es el legado que nos han dejado las ideologías que impulsaron las revoluciones de fines del siglo XVIII, es por esto que, no puede transitarse por el mundo del derecho sin detenernos a examinar alguno de los aspectos del Constitucionalismo a que hacemos referencia.

El 26/04/02, se publicó en el Boletín Oficial de nuestro país, la Ley 25.587, mal llamada “Ley Antigoteo”, que toca directa o indirectamente aspectos que hacen a la esencia de nuestra constitución.

En primer lugar analizaré a modo de introducción como juega el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país, confrontándolo con los adoptados por otras naciones.

Una vez visto este tema, haré una breve reseña, sobre cuales son los antecedentes que llevaron a la promulgación de esta ley, para ver a continuación, -según mi opinión- cuales son los puntos de la misma que chocan abiertamente con principios tutelados por nuestra Carta Magna.

Por otro lado expondré cual es la posición del Estado al defender la constitucionalidad de la norma por él creada, así como la defensa de los bancos como terceros interesados.

Luego confrontaré, como juega el control de constitucionalidad, aún en una situación de extrema gravedad como la que atravesamos.

Y como anexo doctrinario agregaré una breve compilación de las distintas opiniones de prestigiosos autores, y como ha respondido la jurisprudencia, teniendo como referente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo expongo los artículos más relevantes (investigados en las más prestigiosas publicaciones de nuestro país) sobre la ley en análisis.

Ahora bien, como en todo trabajo de compilación, quién lo realiza no puede quedar al margen y toma posición sobre el tema tratado, al finalizar el mismo, está contenida mi opinión personal, que seguramente no excede ninguna de las aportadas anteriormente.

# **INTRODUCCIÓN**

## Ley 25.587

### Emergencia Pública

y

### Reforma del Régimen Cambiario

Establécese que sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los procesos judiciales en que se demande al Estado Nacional, a entidades financieras, de seguros o a mutuales, en razón de créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones de la Ley N° 25.561, reglamentarias y complementarias, cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. Vigencia

**Sancionada: Abril 25 de 2002.**

**Promulgada: Abril 25 de 2002.**

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

**ARTICULO 1°** — En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o a mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en la Ley N° 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiere interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz.

En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del

fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos, en los que se pruebe que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o más años de edad.

Esta disposición, de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial.

**ARTICULO 2º** — Las medidas cautelares indicadas en el artículo anterior no podrán en ningún caso ser ejecutadas sobre los fondos del Banco Central de la República Argentina, aunque los mismos se encuentren por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.

**ARTICULO 3º** — A los fines del cumplimiento de toda medida cautelar, deberá oficiarse previamente al Banco Central de la República Argentina, a los efectos de que informe sobre la existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente.

**ARTICULO 4º** — Las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 1º de esta ley, serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. Quedan exceptuados de este efecto, aquellos casos en que se pruebe que existe razón suficiente que ponga en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) años o más de edad. Dicho recurso deberá ser presentado en el juzgado dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar.

Los fundamentos de la apelación deberán expresarse en el mismo escrito. Están legitimados a interponerlo tanto la parte demandada, la actora como las entidades bancarias o financieras afectadas por la medida cautelar, aunque éstas no revistieren aquel carácter.

**ARTICULO 5°** — Interpuesto el recurso a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Primera Instancia deberá limitarse a remitir el expediente a la Cámara sin más trámite. Recibido el expediente en la Cámara, ésta correrá traslado del recurso a la contraria por el plazo de cinco (5) días. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, la Cámara se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del recurso, pudiendo, en su caso, confirmar, revocar o modificar los alcances de la medida cautelar.

**ARTICULO 6°** — La tramitación de los procesos mencionados en el artículo 1° corresponden a la competencia de la Justicia Federal.

**ARTICULO 7°** — Derógase el artículo 195 bis del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.

**ARTICULO 8°** — En los supuestos que se hubiera interpuesto recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de lo establecido por el artículo 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que por el artículo anterior se deroga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitirá a las respectivas Cámaras de Apelaciones, las actuaciones que se encontraran pendientes de decisión a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. Las Cámaras de Apelaciones deberán resolver los recursos adecuando su trámite a lo establecido en los artículos precedentes.

**ARTICULO 9°** — La presente ley comenzará a regir desde el momento de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dispuesta por la Ley N° 25.561, por encontrarse comprometido el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado.

**ARTICULO 10** — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTICINCO DIAS DEL MES DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL DOS.

— REGISTRADO BAJO EL N° 25.587 —

## Reseñas de la Ley 25.587

→ Sólo se admite la medida cautelar contemplada en el art. 230 del C.P.C.C.N.

→ La medida cautelar no puede tener el mismo objeto que el fondo de la cuestión, ni consistir en la entrega de los bienes, motivo de la cautela

→ Excepciones contempladas (deben probarse)

\* Riesgo a la vida

\* Riesgo a la salud

\* Riesgo a la integridad física

\* Reclamante de 75 años o más

→ Es de aplicación a todas las causas en trámite y a las cautelares pendientes de ejecución

→ Cumplimiento de la cautelar: Previo oficio al B.C.R.A. a los fines informativos (art. 3)

→ Apelación: Con efecto suspensivo, salvo los casos de excepción contemplados en el art. 1º. Partes legitimadas: actora, demandada, entidades bancarias o financieras afectadas por la medida cautelar., aunque no sean parte

→ Interposición del recurso: Fundado ante el Juez de Primera Instancia, quien debe remitir el expediente a la Cámara de Apelaciones sin más trámite. Se sustancia ante el Tribunal Superior y se resuelve con amplias facultades

→ Competencia: Justicia Federal

→ Se deroga el art. 195 bis del C.P.C.C.N. (apelación per saltum ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación)

## **OBJETIVOS**

## OBJETIVOS

### Objetivo Específico:

- *Examinar con detenimiento la inconstitucionalidad de la Ley Nro. 25.587, recopilando la opinión de los más destacados autores, así como la última jurisprudencia, confrontándolo con el debido control de constitucionalidad.*

### Objetivos Generales:

- *Analizar los principios y garantías vulnerados por la Ley Nro. 25.587.*
- *Estudiar puntualmente cada artículo de la ley mencionada, confrontándolo con la doctrina en general.*
- *Dilucidar el espíritu general de la ley en estudio.*
- *Examinar el funcionamiento del control de constitucionalidad.*
- *Investigar la Doctrina, Jurisprudencia y Publicaciones de la ley en análisis.*

## **FUNDAMENTACION**

Estamos inmersos en un sistema liberal de tipo Constitucional. Es esa la gran construcción política que empieza a imperar a fines del

siglo XVIII en el mundo occidental y que importa que toda la actividad jurídica y material de tal Estado, en especial la de sus propias estructuras, ha de estar regulada y subordinada a los términos de la Ley Suprema.

De tal manera quedaron superadas las formas feudales en las que el poder era ejercido en función de una concepción privatista asentada en el derecho de propiedad del señor, dentro del cual los derechos de los individuos no existían sino en función de las concesiones efectuadas por aquél y solamente se garantizaban por la palabra de quien dominaba.

El concepto de Nación indisolublemente ligado al Estado de Derecho Constitucional, repele cualquier pretensión de apropiación individual o sectorial del poder; de ahí precisamente la existencia de leyes y principios que consagren derechos y garantías como manera de preservar la esencia del sistema, no teniendo otra finalidad que no sea revitalizar las viejas y siempre actuales nociones de derechos humanos e individuales, haciendo a su dignidad y a su más elevada esencia, teniendo como consecuencia lograr el tan maltratado bien común, últimamente tan olvidado.

Para que nadie, olvide cuales son tales principios, las naciones modernas han instituido una ley fundamental, y digo fundamental porque hace a su esencia, y cuando ella no se respeta se está violando su ontología como Nación, deja de ser ese Estado de Derecho que pretendió ser, para convertirse de algún modo en un “estado de hecho”, donde cada hombre carece de reglas y principios a que atenerse.

Ahora bien, cada Nación, ha instituido su forma de controlar que tales normas sean respetadas. El control de constitucionalidad; tal como ha sido conceptualizado por la doctrina y la jurisprudencia, es una facultad o atribución conferida a un órgano del Estado para discernir y, en su caso, adecuar u ordenar los actos de los restantes poderes estatales al texto constitucional en tanto y en cuanto la Carta Fundamental es la base normativa a la cual debe ajustarse la actividad de los distintos departamentos estatales. Dicho control, concebido como la atribución de fiscalizar la actividad de las otras grandes ramas del Gobierno Federal, con autoridad para invalidar los actos que se encuentran en conflicto con la Constitución, configura una de las mayores contribuciones del orden jurídico para proteger aquellos derechos de los que antes hablaba.

Sin este control, o en su caso, si éste no es lo suficientemente eficiente, el hombre comienza a perder seguridad frente al poder restando su calidad de tal.

Teniendo en cuenta todos estos parámetros, Argentina se encuentra en una de las crisis económica y financiera más profundas de su historia. El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo han tratado de sanearla con leyes, decretos y diversas resoluciones, sin tener en cuenta la gran problemática social en la que se encuentra inmersa.

El 26 de abril del 2002 se publicó en el Boletín Oficial la Ley Nro. 25.587, vulgarmente llamada “*Antigoteo*”, “*Tapón*” o “*Corcho*”, puesto que la misma pretende frenar las extracciones de los depósitos, en sus monedas de origen inmovilizados en el sistema financiero y bancario.

Tales extracciones se venían logrando mediante medidas llamadas “*cautelares*”; y esta norma prohíbe decididamente que coincidan con el objeto de la pretensión en las que se hubieran decretado o decreten. Por otra parte, si tal medida es apelada, establece el efecto suspensivo en la concesión del recurso. Es decir, que la única forma de lograr los retiros es mediante una sentencia firme.

Esto exceptuando los casos en que se pruebe que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando por razones de la edad avanzada se justifique (pone como límite mínimo los setenta y cinco años de edad).

Me pareció interesante, entonces, explorar que garantías vulnera en concreto la mencionada norma y ver como juega aquí el control de constitucionalidad en nuestro sistema, ya que parecería – en un primer análisis - que el poder estatal se ha escudado en la profunda crisis económica y social, para violar los pilares que sostiene nuestro ordenamiento jurídico.

Esta ley, ha colapsado el sistema judicial, paralizando miles y miles de causas e interfiriendo procesalmente en las mismas.

Por todo esto, creo importante y necesario, examinar esta problemática que atenta contra todos los ahorristas y la población en general, con el fin de defender los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

Si abordo este tema, es en definitiva, porque estoy convencida de lo necesario que es la seguridad jurídica para una Nación que se precie de serlo. Si bien es indispensable que los poderes sean independientes, ellos tienen el

deber de desenvolverse en cooperación, teniendo en cuenta diversos aspectos - no sólo los políticos y económicos, sino también los jurídicos, técnicos y sociales -, puesto que ellos operan conjuntamente, y son los engranajes que obligadamente necesitan conjugarse para lograr el óptimo funcionamiento del Estado, sin violar sus principios fundamentales.

Bueno es saber que la seguridad jurídica es un fin que sólo puede obtenerse a través del derecho, cuya función consiste, esencialmente, en asegurar la realización de las libertades que se encuentran consagradas en la base del ordenamiento jurídico de nuestra República: La Constitución Nacional.

**REFERENTE TEÓRICO**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

En primer lugar, antes de tratar el tema que específicamente me trae la inquietud planteada, he de tratar – en general - esta cuestión, que si bien no se refiere directamente a la inconstitucionalidad de la Ley 25.587, ha sido traído al centro de este escenario, ya que la doctrina y la misma jurisprudencia lo han tomado como esenciales porque si hay algo que ha develado toda esta crisis es la efectividad - o no - de nuestro sistema de control constitucional.

Así, uno de los dilemas que más se han visto trata de cuales son los caminos que otorga nuestro sistema legal vigente para llevar a cabo su control.

Siguiendo sistemáticamente las garantías de nuestra Ley Fundamental encontramos al “Amparo” como “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”.

Miguel Ángel Ekmekdjian (1) nos enseña: El amparo ha tenido la misión de funcionar como acción declarativa de inconstitucionalidad, en numerosas ocasiones.

Esta no existía, al menos en el ámbito federal, según la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia, ya que el control debía ejercerse sólo por vía incidental. Para ello se invocaban disposiciones de una antigua ley orgánica de los Tribunales Nacionales, el art. 2º de la ley 27 y el art. 2º, inc. d) de la ley de facto 16.986.

Estos artículos no son fundamento suficiente para tal decisión, ya que el primero sólo expresa que la Corte Suprema nunca procede de oficio, ejerciendo jurisdicción en los casos contenciosos a instancia de parte. Su texto, que se limita a reiterar el concepto del art. 116 (ex. art. 100) de la Constitución, no se refiere en nada a la acción declarativa de inconstitucionalidad.

En cuanto al art. 2º inc. d) de la ley de facto 16.986, no ha sido óbice para declarar la inconstitucionalidad de normas en numerosos casos.

En un viejo trabajo del autor citado (“Temas Constitucionales” L.L. Bs. As., 1987, p. 123), se sostuvo que en ciertos casos la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había aceptado la utilización de la acción de amparo como acción declarativa de inconstitucionalidad. Decía también allí que no existen diferencias esenciales entre la acción de amparo y la acción de inconstitucionalidad, ni en sus requisitos, ni en su forma ni, incluso, en sus efectos.

La Corte Suprema de Justicia ha juzgado la inconstitucionalidad de leyes y demás normas por medio de la acción de amparo, interpuesta expresamente para ello. Así, verbigracia, la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 280/64 (Bolsa de Trabajo Marítimo - L.L., t. 126, p. 292).

Algunos autores sostienen que la acción de inconstitucionalidad se da en defensa de la Constitución y – en cambio - el amparo en defensa de los derechos de ciertos individuos concretos. Esto suena a entelequia. La Constitución, y todo lo que ella significa, tienen por objeto la protección de los individuos. La Constitución no es un fin en sí misma, sino un medio para la defensa de la libertad individual, frente a los posibles abusos del poder.

Según Fedriani, Pablo Gallegos, (“La declaración de Inconstitucionalidad en la Nueva Regulación Constitucional del Amparo”, *El Derecho*, 26/11/1996), el art. 43 de la Constitución, reformado en 1994, no implica que se haya instaurado una nueva acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal, sino que, a los fines de la declaración judicial respectiva, deberán considerarse los principios generales aplicables en la materia que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en especial la existencia de una “*causa*” y la relación directa con la litis de la norma cuestionada.

Pero para Ekmekjian, esta tesis es muy estrecha y pretende minimizar las importantes modificaciones que el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional ha introducido en materia de amparo, que han ampliado notablemente esa garantía.

Por otra parte, ya antes de la reforma constitucional de 1994, que en el nuevo art. 43 admite la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto o la omisión lesiva, la Corte Suprema de Justicia había abandonado el criterio del art. 2, inc. d) de la ley de facto 16.986, en el conocido fallo “**Peralta**” (L.L. 3 y 4 de junio de 1991), en el cual se decidió que la acción de amparo puede funcionar como una acción declarativa de inconstitucionalidad, aunque limitados sus efectos al caso concreto, no erga omnes.

Por su parte, López, Guillermo A. F. nos dice (2) que: “ ... *El Control de Constitucionalidad; tal como ha sido conceptualizado por la doctrina y la jurisprudencia, es una facultad o atribución conferida a un órgano del Estado o para discernir y en su caso, adecuar u ordenar los actos de los restantes poderes estatales al*

*texto constitucional en tanto y en cuanto la Carta Fundamental es la base normativa a la cual debe ajustarse la actividad de los distintos departamentos estatales. Dicho control, concebido como la atribución de fiscalizar la actividad de las otras dos grandes ramas del Gobierno Federal, con autoridad para invalidar los actos que se encuentran en conflicto con la Constitución, configurada una de las más grandes contribuciones del orden jurídico para proteger los derechos del hombre ...”.*

Todo ello implica una férrea disyuntiva que ya se planteó hace casi dos siglos John Marshal, en su célebre sentencia del caso “Marbury v. Madison” cuando expresó: “ ... ¿Con qué objeto serían los poderes limitados y con qué propósito esa limitación se confiaría a un texto escrito si pudieran en cualquier momento ser saltados por aquellos a quienes se ha intentado restringir?. La distinción entre un gobierno con poderes limitados e ilimitados quedaría abolida si esos límites no confinaran a las personas a quienes se imponen, y si los actos prohibidos y los permitidos tuvieran igual fuerza de obligar. Es una proposición demasiado rasa para ser controvertida, o la constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella, o el legislador puede alterarla por un acto ordinario ...”, y continúa diciendo: “ ... En esta alternativa no hay intermedio: o la constitución es una ley suprema, no modificable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios y puede ser igual que otros de éstos, alternada cuando le plazca hacerlo al legislador. Si la primera parte de esa alternativa fuera cierta, un acto legislativo contrario a la constitución no sería ley; y si lo fuera la segunda, entonces las constituciones escritas serían intentos absurdos, de parte del pueblo, por limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable ...”.

El control de constitucionalidad no sólo abarca los supuestos en que las normas derivadas son manifiestamente contrarias a las disposiciones de la Constitución sino que, además, permite su ejercicio cuando aquellas resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 311:394 – L.L. 1988 - D, 75 - ).

La actividad de contralor, pues, procura resguardar la “soberanía constitucional” sobre la cual reposa el sistema republicano de gobierno (cfr. art. 31, Constitución Nacional).

En el derecho comparado se constatan diversos sistemas de control de constitucionalidad. Por una parte encontramos el “político”, donde la

facultad es desarrollada en forma directa o indirecta por los poderes legislativos o ejecutivo (tal es el caso, entre otros, del Consejo Constitucional establecido en Francia mediante la Constitución de 1958).

Por otro lado, encontramos el control de tipo “judicial”, en que la atribución está en cabeza de los Jueces. Aquí, además, existen dos alternativas de ejecución de tal atribución. Puede darse el supuesto de que el control sea ejercido por jueces especializados en temas constitucionales, instituidos al efecto y organizados de un modo especial (es caso, entre otros, de los sistemas español, italiano y alemán), o puede ocurrir que la magistratura en general, dentro del ámbito específico de sus atribuciones concretas cuente, también, con la de ejercer el referido control. Se presentan así, los dos sistemas más conocidos: “El difuso” y “El específico”.

La modalidad adoptada en nuestro país, como es sabido, es la del control judicial difuso por lo que incumbe a todos los magistrados del territorio sin diferenciar entre jueces nacionales y provinciales. En ese sentido la Corte Suprema ha dicho que “Es regla, tan imperativa para las Naciones como para la Nación (art. 5, Constitución Nacional) que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los Tribunales de Justicia” (Fallos: 149:122; 269:243; 243 consid. 10 y 311:460 – La Ley, 1988 - D, 143 -; 302:132, entre otros.).

Thomas Cooley, uno de los autores norteamericanos del siglo pasado, explicaba algunas de las limitaciones que el control tiene, las que por otra parte fueron advertidas por Alexis de Toqueville en “La democracia de América”. “ ... *Como regla – dice Cooley - una corte tampoco ha de expresar una opinión a la validez de una ley a no ser que sea absolutamente necesario para la decisión de una causa ante ella ...* ”.

Si el expediente presenta algún otro fundamento claro sobre el cual la Corte pueda apoyar su fallo, y hacer perder con ello importancia de la cuestión constitucional la Corte adoptará ese camino”.

Dice más adelante que “ ... *La Corte no oirá las objeciones que se hagan sobre la constitucionalidad de una ley por una persona cuyos derechos no estén afectados por ella y que, por consiguiente, no tiene interés en anularla... el poder de la Corte sólo puede invocarse cuando se ve que es necesario para asegurar y proteger a la parte que se presenta ante ella contra el ejercicio ilegal del poder legislativo en detrimento suyo ...* ”. Asimismo sigue diciendo: “ ... *La duda*

*sobre la validez constitucional de una ley nunca es suficiente para autorizar que sea puesta de lado. No es por leve suposición ni por una vaga conjetura que pueda declararse que la legislatura ha transgredido sus atribuciones y que sus leyes deben considerarse como nulas ...”* (Cooley Thomas “Principios generales del Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América”, versión castellana de Julio Carne, 1898).

Estos principios resultan, con algunas variantes, aplicables a nuestro sistema de control de constitucionalidad, pues tanto nuestro sistema como el adoptado por Estados Unidos no se encontraba previsto en la Carta Fundamental y surgió como obra de la Jurisprudencia.

En nuestro caso, es la reforma de 1994 que obtiene consagración constitucional en el art. 43 por vía de la acción de amparo.

Sin embargo, en el esquema tradicional dentro del cual se ha manejado el control judicial, desde hace un tiempo se vienen observando algunos cambios importantes en el diseño y es de advertir que no afectan la periferia del sistema sino su estructura, entiendo que profundizar estos cambios, excede la problemática que en definitiva me he planteado.

Finalmente destaco como importante el control constitucional de oficio que en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pueden señalarse tres períodos en torno al ejercicio del control de constitucionalidad de oficio:

→ A) Desde la instalación del Tribunal hasta 1941

→ B) Desde 1941 hasta 1984.

→ C) Desde 1984 hasta el presente.

En el primero de ello la Corte Suprema no elaboró un criterio expreso sobre la cuestión.

No obstante existen algunos fallos que indican una tendencia a favorecer el control de oficio. El segundo período está marcado por la jurisprudencia del caso “*Ganadera Los Lagos*”, que impuso rígidamente la exigencia del control a pedido de parte. Por último desde 1984 se advierte en el Tribunal la existencia de una tendencia minoritaria que se ha desprendido de la exigencia impuesta en aquel caso y admite el ejercicio del control de oficio.

El cambio más alentador lo encontramos en el caso “*Mill de Pereyra c/ Corrientes*”, Fallo del 27/09/01, donde magistrados del Poder Judicial de

la Provincia de Corrientes promovieron una acción contenciosa administrativa de diferencias salariales con el objeto del reconocimiento de la actualización de sus remuneraciones, el Tribunal Provincial, integrado por conjueces declaró de oficio la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 23.928 de convertibilidad.

Este pronunciamiento ha venido a cambiar el rumbo de una jurisprudencia que se mantenía incólume luego de sesenta años. Y bien no puede decirse que el control de oficio haya sido aceptado absoluta y definitivamente por la Corte Suprema en su actual composición, lo que sí queda claro es que primer vez en seis décadas la jurisprudencia de “*Ganadera Los Lagos*” está ahora en minoría. La posición a favor del control de oficio sostenida por seis de los jueces está dividida, cuatro de ellos (los jueces Dres. Fayt, Belluscio, Boggiano y Vázquez) la afirman sin condicionamiento alguno y los dos restantes, estos son los jueces Dres. Bossert – ex ministro en la actualidad - y López), exigen que no se haya dado un caso de violación de la defensa en juicio, pero con una exigencia mínima a este respecto: el debate de la cuestión en la instancia extraordinaria federal. Los jueces Nazareno – hoy ex ministro - , Moliné O`Connor y Petracchi siguen enrolados en la tesis del control a pedido de parte.

Desde mi punto de vista, este cambio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de aceptar la declaración de inconstitucionalidad de oficio es muy importante y de haberse seguido por nuestros jueces en relación a la Ley 25.587, se hubieran ya resuelto las miles y miles de medidas cautelares que por no ser excepciones establecidas por la norma en cuestión o por carecer del planteo de inconstitucionalidad formulado por la parte todavía siguen tramitando en el Tribunal.-

## **ANTECEDENTES NORMATIVOS**

El abundante caudal de normas de distintas jerarquías emitidas en tiempo reciente nos lleva a juzgar necesario efectuar una reseña de aquellas más importantes a la luz de la resolución de la situación económica - financiera que nos afecta. Así, con fecha 01/12/01, el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) dicta el Decreto Nro. 1570/2001 (B.O. 03/12/01), que establece entre otras restricciones, determinadas limitaciones al retiro de dinero en efectivo por parte de titulares de cuentas en el sistema financiero. Dichas restricciones fueron denominadas como “Corralito”.

Posteriormente, se dicta el Decreto P.E.N. Nro. 1606/2001 (B.O. 06/12/01), que regla ciertas excepciones a la aplicación del Decreto Nro. 1570/2001 (tales excepciones son las únicas que no han cambiado a través de toda la sábana de disposiciones que se le siguieron).

Dicha norma primigenia, fue reglamentada por el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.) a través de las Comunicaciones “A” 3377 y 3378, que, teniendo en cuenta las restricciones para la extracción de dinero en efectivo, establecieron que: “ ... *Las entidades financieras deberán efectuar en forma gratuita las transferencias electrónicas de fondos que les requieran sus clientes, hacia otras cuentas en la misma u otras entidades y a favor de igual titular o de otras personas, a través de las redes de cajeros automáticos y las transferencias entre cuentas que deban ser cursadas a través de cámaras electrónicas de compensación de valores de terceros, siempre que – en ambos casos - los ordenantes sean personas físicas ...* ”, y continúa explicando, “ ... *En la medida en que no dispongan de esas modalidades, corresponderá que las entidades emitan, a pedido de sus clientes, cheques de mostrador o cheques de pago financiero sin cargo alguno ...* ”.

Con fecha 06/01/02 a través del Decreto del P.E.N. Nro. 50/2002, B.O. 09/01/02, entra en vigencia la Ley Nro. 25.561 que declara, en los términos de lo dispuesto por el art. 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional, las facultades que se prevén en dicha norma, con arreglo a las bases que se establecen en el art. 1ro. de la ley citada.

Entre las facultades que fueron delegadas por el Poder Legislativo, debe ponerse de relieve aquella establecida en el párrafo quinto del art. 6to. de la Ley 25.561, en cuanto expresa que “ ... *El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieran realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia*

*del Decreto Nro. 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero ...”, agregando que “ ... esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras .. ”.*

A partir del dictado de la mencionada ley, comienzan a dictarse, en forma vertiginosa, distintas reglamentaciones y normas complementarias por parte del P.E.N., del Ministerio de Economía (M.E.) y del B.C.R.A.

Así, el art. 5to. del Decreto PEN Nro. 71/2002 (B.O. 10/01/02) dispone que el Ministerio de Economía será el encargado de reglamentar la oportunidad y modo de disposición por sus titulares, de los depósitos en pesos o en divisas extranjeras respetando la moneda en que hubiesen sido impuestos por aquellos y que se encuentren sujetos a las restricciones del Decreto N° 1570/2001. Agrega, además, que: “ ... *al efecto, deberá tomar (el Ministerio de Economía) en cuenta los intereses de los ahorristas y la solvencia y liquidez del sector financiero limitando, de ser necesario, las transferencias de depósitos entre diferentes instituciones financieras por plazo determinado, y de ser ello requerido para resolver cuestiones operativas ... ”.*

Más adelante, el Decreto P.E.N. Nro. 141/2002 (B.O. 18/01/02), incorporó a dicha norma un tercer párrafo, autorizando al Ministerio de Economía a establecer que la devolución de saldos en moneda extranjera puede efectuarse en pesos al tipo de cambio del mercado oficial, como así también los plazos y condiciones para ello, cuando entre los modos de disposición de fondos se ofrezcan distintas alternativas a opción de los titulares.

En consecuencia, en orden a las facultades conferidas la Ministerio de Economía por las normas antes transcriptas, a través de la Resolución Nro. 6/2002 (B.O. 10/01/02) se establece un cronograma de vencimientos reprogramados de los depósitos existentes en el sistema bancario bajo el régimen del Decreto Nro. 1570/2001.

Dicho cronograma fue asimismo modificado y/o complementado por las Resoluciones del Ministerio de Economía Nro. 9 (B.O. 11/01/02); 18 (B.O. 18/01/02), y 23 (B.O. 22/01/02), todas del año 2002, y por las Comunicaciones “A” del B.C.R.A. – entre otras tantas disposiciones que regulan diversos pormenores - Nros. 3.426 de fecha 10/01/02; 3.437 de fecha 16/01/02 y 3.442 de fecha 22/01/02.

Finalmente, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 214/2002 dictado el 03/02/02 conocido como “De Pesificación” o también

denominado “Reordenamiento del Sistema Financiero”, dispuso la conversión de los depósitos en dólares estadounidenses en el sistema financiero a pesos, a razón de pesos uno con cuarenta centavos (\$ 1,40) por cada dólar estadounidense, agregando, que la “entidad financiera cumplirá con su obligación devolviendo PESOS a la relación indicada” (art. 3°). Asimismo, dispuso que a tales depósitos se les aplicará un “Coeficiente de Estabilización de Referencia” (C.E.R.), que no define, delegando su instrumentación al B.C.R.A. (art. 4°).

Más adelante, el referido decreto, en su art. 9no. dispone la emisión de un Bono en dólares estadounidenses, con cargo a los fondos del Tesoro Nacional, por el que podrán optar los depositantes en el sistema financiero indicados en el mencionado artículo 2°, en sustitución de la devolución de sus depósitos, sólo hasta la suma de Dólares Estadounidenses Treinta Mil (U\$S 30.000) por titular y por entidad financiera, opción ésta que se podrá ejercer dentro del plazo de noventa (90) días de publicada la norma que reglamente la forma de emisión de dicho Bono, que a la fecha no ha sido efectuada.

Por su lado, el Decreto 214/2002 dispuso en su art. 10mo. que las entidades financieras deberán depositar en el Banco Central de la República Argentina todos los billetes en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras que tuvieran como disponibilidades, las que serán convertidas a pesos con la equivalencia establecida por el artículo 2do. de dicho decreto.

Por último, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el referido Decreto 214/02, dispuso: “ ... *suspender por el plazo de ciento ochenta 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 afectadas por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, Ley Nro. 25.561, Decreto Nro. 71/02, el presente decreto, las Resoluciones del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias ...* ”.

Como correlato de esta situación se suceden una catarata de ahorristas interponiendo sendos recursos de amparo contra el Estado Nacional (P.E.N. – B.C.R.A. y Entidades Bancarias tenedoras de sus depósitos), con los respectivos pedidos de medidas cautelares.

Dichos pedidos tuvieron como resultado de los estrados judiciales que los jueces hicieran lugar a los pedidos de las medidas cautelares lo que conllevó a la devolución de los fondos depositados en la moneda de origen pactada, esto es Dólares Estadounidenses o bien la devolución de los fondos en Pesos a la cotización de la moneda estadounidense al momento de producirse dicho acto, es decir a la cotización del día de la devolución en el mercado cambiario, favoreciendo así en un primer momento a más de 20.000 ahorristas, que recuperaron en los primeros meses aproximadamente 2.500 millones de pesos.

El gobierno (3), entonces, pretendió frenar esa salida de dinero que burlaba sus fines, enviando a fines del mes de abril de 2002 un proyecto de ley al Congreso para que todas las deudas de los bancos con sus clientes se convirtieran en bonos, lo que fue fulminado por los legisladores, y otro pretendiendo se sancionara una ley que de alguna manera le pusiera límite a la entrega de dinero, todo por vía judicial.

Es importante destacar, que casi el 87% de los fondos retirados ronda entre los 50.000 pesos y los 10 millones de pesos, con lo que también han tenido que soportar la crítica que intuía que los más ricos accedían a las excepciones.

Para terminar con este estado de cosas, renunciado el Ministro de Economía ante el rechazo parlamentario de cambiar bonos por pesos o dólares que estaban depositados, se decretó en la semana del 22 al 26 de abril del corriente año, un feriado cambiario y bancario que terminó de agudizar la falta de dinero de la gente remitiendo el 23 de abril un proyecto de ley que, sin ofrecer aristas protuberantes de inconstitucionalidad, “tapara” de algún modo ese “goteo” de capital.

En el récord de 48 hs. se sancionó y promulgó la Ley 25.587, publicada el 26/04/2002, llamada por esto, antigoteo, corcho o tapón en la jerga periodística que rápidamente como la palabra corralito –que designaba el dinero atrapado- empieza a cobrar vida en los operadores jurídicos.

La iniciativa, que reemplazó al fallido plan de bonos de Jorge Remes Lenicov, es una medida provisoria para permitir la reapertura de los bancos obligados judicialmente a devolver los depósitos.

Los radicales en el Congreso tomaron por primera vez distancia desde el inicio del gobierno de Eduardo Duhalde, pero colaboraron para dar número.

La Ley comenzó su recorrido en el Senado. Allí se impuso por 31 votos a favor del bloque del Partido Justicialista, con excepción de los dos Puntanos y los dos Santacruceños, y 26 en contra: radicales, provinciales y Frepaso.

En Diputados, el PJ apoyó prácticamente sólo esta iniciativa y reunió ajustadamente 92 votos, frente a 57 en contra y 34 abstenciones, quedando de esta forma sancionada la ley eje de esta tesis.

## **ANALISIS CONCRETO DE LA LEY 25.587**

### **- SU INCONSTITUCIONALIDAD -**

Puede decirse, de modo genérico, que la ley pretende frenar las extracciones de fondos inmovilizados que se hacían por medio de medidas llamadas cautelares, prohibiendo decididamente que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo del amparo, y en las que se hubieren decretado o se decreten, si se apelan, establece claramente que el recurso se concederá con efecto suspensivo.

Es decir, que la única forma de lograr los retiros es mediante una sentencia firme según la inteligencia de la ley.

A continuación haré un pormenorizado estudio de cada artículo cuestionado, tratando de incluir las opiniones que hasta el momento se han levantado sobre la misma.



#### **Artículo 1º :**

*En los procesos judiciales de cualquier naturaleza en que se demande al Estado Nacional, a entidades integrantes del sistema financiero, de seguros o mutuales de ayuda económica en razón de los créditos, deudas obligaciones, depósitos, o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse atrapados por las disposiciones contenidas en la ley 25.561 y sus reglamentarias y complementarias, sólo será admisible la medida cautelar reglada por el art. 230 CPCCN cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterase, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiera interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz.*

*En ningún caso, las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega, bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela.*

*Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos casos en los que se pruebe que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas, o cuando el reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o más años de edad.*

*Esta disposición se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución.*

Quien ideó este artículo, indudablemente, es un gran conocedor de la estructura judicial, y de la situación que actualmente viven los Tribunales Nacionales, ya que sabido es, que con la increíble cantidad de causa que se han iniciado, es imposible llegar a una sentencia definitiva en un corto lapso, afectándose entonces en primer lugar el Derecho a una Tutela Eficaz, consagrada como veremos en nuestra Constitución Nacional, y en distintos pactos internacionales, que son hoy, ley vigente y suprema en nuestro esquema jurídico.

Con la reforma constitucional del año 1994 (4), se incorpora al conjunto de principios del Derecho Administrativo uno fundamental donde se advierte la prevalencia de principios generales sobre otros específicos. Dicho principio ha dado en llamarse “Tutela Judicial Efectiva”.

Este verdadero derecho contiene dos elementos: uno formal, la tutela específica de un proceso constitucional que contemple determinados derechos y garantías; y otro sustancial tendiente a que la vigilia constitucional tenga la suficiente celeridad para que la pretensión argumentada no se vuelva ilusoria, o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión.

La inserción del mencionado principio opera ahora en forma expresa a través de la incorporación de las prescripciones del Pacto de San José de Costa Rica (L.A. 1994-B-1615) (art. 8 inc. 1) al plexo constitucional por vía del art. 75 inc. 22) de la C.N. (L.A. 1995-A-26).

Si bien muchas de sus formulaciones y aplicaciones prácticas venían reconociéndose como derivados de la garantía de la defensa consagrada en art. 18 C.N. (norma esta última no alcanzada por la reforma constitucional del año 1994), lo cierto es que la proyección garantista del principio resulta mucho mayor que aquella. No sólo es cuestión de matices, sino de una diferente estructura del principio que se extiende más allá de la inviolabilidad de la defensa para poner el acento en la efectiva tutela judicial.

Este principio lleva consigo la necesidad de proceder a una adecuación de nuestro sistema procesal administrativo para superar los rigorismos formales, eliminar las dificultades de acceder a la instancia judicial, acelerar la duración

de los procesos y establecer reglas efectivas para la ejecución de las sentencias que condenan al Estado y sus entidades.

Asimismo, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, el principio de tutela judicial efectiva fue incorporado por autoriza doctrina nacional como fundamento de las medidas cautelares contra la Administración, para fortalecer el rol que tiene asignado la Justicia en cuanto al control de legalidad del obrar administrativo.

Teniendo presente este principio general del derecho que se proyecta al ámbito del derecho administrativo y a todas las ramas jurídicas, constituye una exigencia imperiosa del ordenamiento positivo instrumental regular en esta materia una tutela judicial urgente sustantiva “no cautelar”, vale decir con autonomía propia y con la finalidad de preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas.

En este orden de ideas, deviene necesario y adecuado, para lograr esta tutela efectiva, la utilización de la figura de un proceso urgente, que es aquel que tiende a solventar una situación que requiere definición inmediata.

La especificidad de este tipo de procesos proviene de razones jurídico - materiales que requieren una tramitación rápida y efectiva por los valores sustanciales tutelados.

La característica de estos procesos es que gozan de autonomía y no resultan instrumentos de otros; de tal manera, estos procesos tienen un fin en sí mismos y la tutela es inmediata.

El principio de tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento jurídico habilita la inclusión del proceso urgente en el derecho administrativo también (cuando se demande al Estado) para la defensa de los intereses y derechos del administrado, frente a la actitud de inoperancia del sistema de medidas cautelares, tanto a nivel nacional como provincial.

El peligro de insolvencia del demandado de algún modo se conjuraba en el marco del anteproyecto remitido por el Poder Ejecutivo, que refería en su art. 1º: “Toda medida cautelar que importe el secuestro, bajo cualquier forma de desapoderamiento, de fondos depositados o impuestos ante entidades bancarias o financieras, cualquiera fuera la naturaleza del proceso judicial, deberá cumplirse mediante el procedimiento establecido por los arts. 216 y 531 inc. 1) del C.P.C.C.N., ordenándose su indisponibilidad en carácter de depósito judicial y en los términos del

art. 138 parte 1º ley 24.522, en el banco donde se encuentran depositados, a la orden de los autos en los que se haya ordenado la medida. Sólo podrá hacerse entrega de dichos fondos a los peticionantes, cuando la causa cuente con sentencia definitiva.”.

Con esto se obligaba y autorizaba a los jueces a tener a su disposición los fondos mientras durara el proceso, y como la ley nada decía al respecto podían echar mano los magistrados de este trámite.

La diferencia con la redacción actual es notoria, porque precisamente ahora que se prohíben las medidas cautelares idóneas como veremos para conjurar el peligro en la demora, presupuesto de toda medida cautelar, que no es otra cosa al decir de Calamandrei que el peligro de infructuosidad dada la posibilidad de desaparición de los medios necesarios sobre los que podrá efectivizarse el cumplimiento de la sentencia final cuando llegue, después de mucho tiempo.

Queda con la nueva ley, entonces, cercenado el derecho humano a esa tutela efectiva, por cuanto el perjudicado no puede tomar los recaudos cautelares necesarios consagrados en todo sistema procesal. Este es un flanco sumamente grave que hace tambalear furiosamente su constitucionalidad.

Es más, también se impide conjurar, en mi opinión, no sólo el peligro en la demora, como vimos, sino también el peligro en la tardanza que refería Calamandrei, y que hoy traducimos en daño irreparable, -el maestro refirió con agudeza “daño acaso irreparable”- dado por el peligro contenido en la tardanza propia de la sustanciación del proceso para hacer valer el derecho postulado.

El perjuicio irreparable consistente en la posibilidad de que no resulte el derecho reclamado afectado mortalmente. Este perjuicio irreversible necesita de una satisfacción ya mismo, adelantando la pretensión, y por ello es recaudo de total tutela anticipatoria, casi como requisito en la jurisprudencia que otorgó la extracción de los montos con la promoción de la demanda.

Si bien es verdad revelada debemos recordar ahora que el proceso cautelar apunta a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se busca conseguir a través de proceso principal pierda su eficacia durante el lapso que media entre su iniciación y su desenlace, que se produce a través del dictado de la sentencia de mérito y su fin es defender los derechos subjetivos garantizando su eficacia y preservar la seriedad de la función jurisdiccional.

Claramente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene resuelto que la tutela cautelar es procedente también cuando el perjuicio

alegado es de orden puramente financiero y consiste en analizar si es enteramente recuperable en el supuesto de que el demandante ganara el recurso principal. También se torna en consideración, si se trata de empresas, su tamaño y las repercusiones que pueden tener las pérdidas financieras sobre la continuación de su actividad de no concederse la tutela cautelar (5).

Tampoco asoma constitucional el último párrafo del art. 1º, cuando establece la retroactividad de la ley a las causas en trámite y que alcanzará también todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución.

La jurisprudencia constitucional, debemos aclarar, otorga al legislador la facultad de cambiar las leyes procesales en lo que entiende como un derecho que pertenece a la soberanía, porque nadie tiene un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento (6), por lo que pueden ser aplicadas las nuevas leyes procesales inmediatamente a causas existentes.

Pero vamos a ser más precisos: el principio admitido es que la norma nueva rige para todos los procesos en trámite, pero no podemos llegar a los extremos de desconocer el efecto propio de las resoluciones judiciales, no ya de dar virtualidad a la ley dentro de un proceso en trámite, sino de alterar los propios efectos de una resolución ya dispuesta, lo que es francamente criticable pues pone en crisis los principios del art. 18 de la Constitución Nacional que hacen a la defensa en juicio, que como se sostuvo en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1999 es una garantía no sólo para el demandado sino también para el actor. Dicho certamen a su vez consagra la vigencia de la tutela anticipatoria aun en defecto de norma concreta, esto es que pronunciamientos interinos puedan coincidir en todo o en parte con el objeto de la pretensión de fondo contrariamente a lo legislado en el segundo párrafo del art. 1., lo que es avalado por toda la doctrina y la jurisprudencia extranjera con normas hospitalarias incluidas como los arts. 700 del Código Procesal Civil Italiano y los arts. 273 del Código Procesal Civil Brasileiro (7).

Y es también criticable el texto de la ley en este tópico porque lisa y llanamente significa un claro avance de las facultades del poder político sobre el jurisdiccional, con el desbarajuste de la afectación de los principios procesales fundamentales como el de la preclusión procesal.

En materia de validez temporal de la norma, el principio admitido es que la nueva ley rige para todos los hechos o actos que se produzcan a partir de su vigencia. El problema surge cuando se trata de identificar a la norma aplicable a

un hecho indicado durante la vigencia de la norma derogada pero cuyas consecuencias se producen bajo la vigencia de la nueva.

Se produce entonces el fenómeno que Carnelutti llama limitación temporal de la hipótesis de la norma.

Por supuesto que para nuestro interés el problema se presenta a la hora de analizar que sucede con los procesos en trámite con relación a la nueva norma. Es un dogma que la nueva norma no puede afectar los actos procesales que ya ocurrieron, porque si bien puede abarcar a los procesos en trámite, nunca a actos ya consumados. Y se pone un ejemplo: si una persona interpone un recurso de apelación, aunque la nueva norma niegue este recurso cuando el Juez está a punto de concederlo, el magistrado lo debe proveer de conformidad porque se trata de una norma – la antigua - que le impone un deber; el juez no puede sustraerse a su mandato, y sin perjuicio que la nueva norma rija para los actos formales que se deban hacer luego.

Hay entonces una clara invasión del Poder Legislativo sobre los actos consumados del Poder Judicial y este es otro lunar que conspira a través de este tópico para admitir su constitucionalidad.

La retroactividad de esta norma es otro costado que se suma a los criticados que violan la tutela efectiva.

Sobre este párrafo también puedo afirmar que de un breve estudio del art. 3° del Código Civil se establece una primera norma que sostiene la irretroactividad de las leyes, sean éstas o no de orden público. La nueva ley, no podrá volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes.

A su vez, dicho art. establece una segunda norma en virtud de la cual – excepcionalmente - el legislador podrá establecer que la ley produzca efectos retroactivos. Ahora bien, la misma norma establece el límite: la retroactividad establecida por la misma, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Una tercera norma, nos indica que la nueva ley se aplica de inmediato a las consecuencias no consumadas de las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes.

Esto significa que las leyes cuando son de orden público, se aplican a ciertos efectos no consolidados de situaciones y relaciones jurídicas anteriores. De esta forma, la nueva ley pasa a regular relaciones jurídicas surgidas con

anterioridad a su entrada en vigencia, e incluso efectos de las mismas nacidos también antes de su puesta en vigencia, siempre que los mismos – claro está - no se hayan consolidado.

Esta aplicación inmediata de la nueva ley a algunos tramos de las relaciones jurídicas ya existentes que no se hallen consolidados, encuentra también su límite de la no-afectación de derechos amparados por garantías constitucionales. En efecto, este límite de la no-conculcación de derechos constitucionales impuestos a la aplicación retroactiva de las leyes, funciona en los dos supuestos previstos por el art. 3ro. del Código Civil.

La irretroactividad es una directiva hermenéutica dada a los jueces: deben aplicar las leyes irretroactiva e inmediatamente.

Irretroactividad e inmediatez son dos reglas jurídicas diferentes pero vinculadas. La irretroactividad encuentra su límite sólo en la teoría de los derechos adquiridos. La inmediatez a su vez encuentra su tope en la idea de consumo jurídico. A su tiempo consumo jurídico y derechos adquiridos son dos tesis íntimamente vinculadas pues para las tesis más difundidas derechos adquiridos existen cuando los hechos ya se han cumplido (8).

Como consecuencia de esto se puede afirmar como regla de inmediatez: “La Ley 25.587 no puede regir las medidas cautelares ya solicitadas, y mucho menos aquellas ya ordenadas, pues se tratan de consecuencias jurídicamente ya consumadas.”

Si bien la ley entró en vigencia inmediatamente, no puede regular y afectar la relación jurídico procesal que existe a partir de la interposición de estas acciones de amparo entre amparista y demandados, ni la relación jurídica sustancial preexistente a esta, originada en el contrato de depósito pues estas acciones judiciales son efectos (consecuencias) ya consumadas.

Por “consecuencias” de estas relaciones jurídicas que son gobernadas por las nuevas leyes se entienden “las derivaciones de hecho que reconocen su causa eficiente en aquellos antecedentes. Tales consecuencias aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico” (9).

Cuando se habla de consecuencias, se refiere a efectos de la relación jurídica; en la dogmática, los efectos de la relación jurídica, son definidos

como las consecuencias que derivan de la obligación. En la relación jurídica obligacional entre esos efectos se encuentran los derechos que al acreedor le competen contra el deudor y que la doctrina clasifica en principales, esto es, los destinados a obtener el cumplimiento de la obligación y auxiliares o secundarios que son aquellos efectos que “tienden a mantener la incolumidad del patrimonio del deudor”(10), y entre ellos todos los autores incluyen expresamente las medidas cautelares.

Es decir, que el derecho a exigir medidas cautelares para evitar que se disminuya el patrimonio del deudor es un derecho que para el acreedor surge de la obligación.

Se trata entonces claramente de una consecuencia consumada, pues deriva de un hecho cumplido u ocurrido con anterioridad a la ley que no es otro que la obligación de la cual surgió como efecto.

Es claro entonces, según esta doctrina, que respecto de las medidas cautelares, frente a consecuencias jurídicas ya consumadas que no pueden quedar regidas por la nueva ley.

El juez no podría así, una vez que ha dictado resolución, aplicar una nueva ley, si esta ha entrado en vigencia con posterioridad.

Por último he de criticar la última parte del artículo, cuando afirma que es una ley de orden público:

Pese a la declaración efectuada por el cuarto párrafo del art. 1º, el análisis de las motivaciones sustanciales y profundas que subyacen a la misma demuestra que esta ley no protege ningún interés general sino por el contrario, intereses particulares enmascarados bajo una vacía declaración de orden público.

Aquí, como en todo el sistema normativo del “corralito financiero” en verdad no existe una cuestión de orden público económico que pueda limitar o restringir el principio de autonomía de la voluntad.

Tradicionalmente se sostiene, que la autonomía de la voluntad únicamente puede limitarse por virtualidad del orden público (art. 21 C.C.).

A su vez, el orden público encierra el conjunto de principios generales que se posicionan frente a la autonomía de la voluntad, mostrándose así como el apuesto complementario de la misma, o si se quiere como su límite.

Ahora bien, debe concluirse que la supuesta limitación de los derechos individuales de los ahorristas, en virtud del interés público representado

por el mantenimiento y la re-activación del sistema económico nacional, no obedece a una argumentación correcta, vale decir, no es una derivación razonable del derecho vigente; ni se sigue de un correcto proceso de ponderación entre los principios opuestos que están en juego: el principio de autonomía de la voluntad, el principio de propiedad privada y el principio de igualdad vs. el principio colectivo o público de mantenimiento del sistema económico nacional. Y esto es así, porque, para que dicha limitación de los derechos individuales y temporaria primacía del interés público, sea legítima en una situación de emergencia, deben satisfacerse los requisitos esbozados por la Corte Suprema de la Nación, que no son sino aplicaciones –en el ámbito de doctrina de la emergencia- de las reglas que dirigen el discurso argumentativo referido a los derechos fundamentales.

En particular, para sostener que dicho interés público – el mantenimiento del sistema económico nacional - prima sobre los derechos individuales, el Estado Nacional debió haberlo argumentado en forma racional y razonable.



**Artículo 2º:**

*“Las medidas cautelares indicadas en el artículo anterior no podrán en ningún caso ser ejecutadas sobre fondos del Banco Central de la República Argentina, aunque los mismos se encuentren por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.”*

Esta regla al igual que la anterior resulta inconstitucional por violación del derecho fundamental de propiedad garantizado en nuestra Constitución Nacional.

En efecto, la norma constituye una excepción al principio del patrimonio como garantía común de los acreedores establecidos en nuestro Código Civil. La expresión, significa el poder de los acreedores para conservar su solvencia, porque solo un patrimonio solvente puede ser responsable.

Este art. está limitando injustificadamente a quien debe ser en definitiva el garante de todo el sistema financiero. ¿Qué sucedería, si la situación se invirtiera y a través de una ley el Estado Nacional estableciera que un banco no puede ejecutar a determinado deudor? Se escucharían miles de banqueros protestando por la falta de igualdad de tal medida. ¿Cuál es la compensación que recibe el acreedor por no poder ejecutar una medida cautelar, contra su deudor, por una decisión arbitraria?.

Esto indefectiblemente afecta nuestra igualdad ante la ley, el B.C.R.A. pasa a ser un deudor privilegiado, sin ninguna justificación, y lo peor es que esta situación se crea después de haberse trabado la litis, situación que la hace altamente peligrosa. Este tipo de legislaciones, solo son normales, en regímenes dictatoriales, autoritarios o comunistas, donde a través del desfigurado interés general, se pisotea los más fundamentales derechos de los individuos.



**Artículo 3º:**

*“A los fines del cumplimiento de toda medida cautelar, deberá oficiarse previamente al Banco Central de la República Argentina, a los efectos de que informe sobre la existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente.”*

Este artículo, desnaturaliza por completo el instituto de las cautelares, pues es universalmente sabido que las mismas, a fin de conseguir su objetivo, deben tramitarse y decidirse inaudita parte (Art. 198 C.P.C.C.N.).

El “oficio” que se exige, no es otra cosa que una notificación anticipada de la medida precautoria que se intenta llevar adelante.

Ya no basta con la prueba fehaciente presentada por el actor, respecto de su depósito y las condiciones, del mismo. Sólo quedará satisfecha la ley, si el B.C.R.A. confirma lo ya confirmado. Y sino, ¿qué sucede? Nadie lo sabe, ya que la ley no establece cuales serán las consecuencias.

Es indudable que esta es una nueva forma inconstitucional, que ha inventado la ley para seguir postergando el “goteo” de capital.

El oficio sobrecarga injusta e ilegítimamente la actividad procesal de una de las partes, violando su libertad de probar como mejor le parezca su pretensión. En efecto, es el juez, quien debe evaluar si está debidamente probado (con los requisitos que la misma ley de amparos regula – verosimilitud del derecho invocado -), para la admisibilidad de la medida cautelar solicitada. Ergo, tal requerimiento previo carece manifiestamente de razonabilidad.

Por otro lado es interesante observar que la ley no le da un plazo al B.C.R.A. para contestar el oficio en cuestión, con lo que otorga a este demandado la libertad para obstruir el proceso el tiempo que crea necesario.

En otros términos, la norma que se cuestiona viola el principio procesal de celeridad que alcanza una de sus máximas expresiones en materia de medidas cautelares, y con ello el derecho fundamental de defensa en juicio.



**Artículo 4º:**

*“Las medidas cautelares a las que se refiere el artículo primero de esta ley, serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. Quedan exceptuados de este efecto, aquellos casos en que se pruebe que existe razón suficiente que ponga en riesgo la vida, la salud, o la integridad física de las personas o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco años o más de edad.*

*Dicho recurso deberá ser presentado en el juzgado dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar. Los fundamentos de la apelación deberán expresarse en el mismo escrito.*

*Están legitimados a interponerlo tanto la parte demandada, la actora como las entidades bancarias o financieras afectadas por la medida cautelar, aunque éstas no revistan aquél carácter.*

La ampliación del plazo para apelar – esos cinco días - es inadmisibles. Atenta contra el principio de celeridad procesal, y el carácter expedito y rápido que exige el proceso de amparo en el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

Es inconstitucional el efecto suspensivo del recurso de apelación.

Esto ha sido tratado largamente por la doctrina, cuando se hacía referencia a la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Amparo (Ley 16.986), que establece que el recurso de apelación será con efecto suspensivo.

En ambos casos, dicho efecto suspensivo resulta inconstitucional, puesto que ello iría en contra de la función y fines, tanto de las medidas cautelares, como del propio instituto del amparo, siendo estas disposiciones violatorias de los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional.

Resulta indudable que la decisión del órgano judicial competente declara la procedencia de una medida cautelar dirigida a suspender los efectos de actos estimados prima facie como violatorios de derechos fundamentales en un marco donde se aprecia, asimismo, el peligro en la demora, no puede quedar suspendida en el tiempo, so pena de vulnerar las normas del art. 43 de la C.N. y del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, actualmente de rango constitucional.

Con esto el Estado logra quedar al margen del control jurisdiccional, asegurándole la vigencia de un acto que ha sido “prima facie” advertido como colisionante del texto constitucional, solución normativa que vulnera, de esta forma, el derecho de tutela judicial oportuna y efectiva.

En este sentido Sagüés, Néstor Pedro (11) al hablar sobre la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 16.986 nos enseñaba que:

La norma de referencia admite la apelación de las resoluciones que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado”, y si tal apelación se otorga, tiene que serlo “en ambos efectos”.

Ello significa que una medida cautelar autorizada por el Juez de primera instancia no puede ejecutarse hasta que sea confirmada por la alzada, si resulta apelada.

Tal fue, incuestionablemente, el propósito del legislador (en su momento, gobierno de facto), el que, a través del entonces secretario de justicia, puntualizó que la norma se apartaba de los antecedentes obrantes en la materia y que lo hacía por los riesgos institucionales que un amparo podría provocar, al contraponer a distintos poderes del Estado. Debía haber, pues, una suerte de respaldo judicial superior, a lo resuelto por un juez de primera instancia en el tema, ante de ejecutarse lo decidido respecto de una medida precautoria.

Digamos que ese parecer no es tan absurdo, si se tiene en cuenta (aunque la gravedad del problema difiere de jurisdicción en jurisdicción), la gran cantidad de amparos notoriamente improcedentes, manifiestamente infundados y totalmente reñidos con los nobles fines que tiene el instituto, y que, sin embargo, son planteados cotidianamente en los tribunales. Todo ello con el – algunas veces - facilismo con que se dictan en esos expedientes decisiones judiciales que admiten medidas cautelares, contraponiéndose incluso a la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No obstante, cabe observar que entre 1966 (año en que se promulgó la ley 16.986) y la actualidad, ha existido una provechosa evolución en torno al concepto constitucional del debido proceso, como al de defensa en juicio, adosándose a ellos la idea de tutela efectiva de justicia. Dicho de otro modo, si hay justicia, pero ella no atiende debida e idóneamente al afectado, tampoco hay debido proceso.

En este sentido, la conciencia jurídica dominante no puede menos que advertir que si una medida cautelar es bien dictada, a fin de evitar un gravamen irreparable que se produciría con la tramitación regular del proceso sin la emisión de aquella, y que efectivamente su promotor tiene “verosimilitud de derecho”, todo ello autoriza la adopción de la referida medida. En cambio, su denegatoria incurriría en inconstitucionalidad, al no brindarse por el sistema jurídico y judicial, una respuesta inmediata y urgente a lo requerido.

Una vez expedida, la medida cautelar urgente tiene que ser inmediatamente efectivizada, ya que si no fuera, no habría allí “tutela jurídica efectiva”. Y si se admite su apelación con efecto suspensivo, parece palmario que no se satisfará tal exigencia constitucional, ya que el tránsito del recurso y el tiempo necesario para resolverlo, podría generar allí gravamen irreparable.

Lo dicho permite abonar la declaración de inconstitucionalidad del aludido art. 15to. (en cuanto el efecto recursivo con el que se otorga la apelación), a la luz del art. 18vo. de la Constitución Nacional, aún antes de la reforma de 1994.

Por supuesto, el nuevo art. 43ro. de la Constitución Nacional, al definir al amparo como “acción expedita y rápida”, refuerza la anterior conclusión, dado que la expeditividad del amparo exige respuestas prontas, libres de estorbos, aptas para brindar un remedio útil ante la posibilidad de un daño de imposible o difícil reparación ulterior, cosa que raramente se logrará si la apelación ante la medida otorgada, lo es con efecto suspensivo.

En un orden paralelo de ideas, hay que destacar los documentos internacionales que hoy tienen jerarquía constitucional, a tenor del nuevo art. 75to. inc. 22do. de la Constitución Nacional. Específicamente, el art. 25to. del Pacto de San José de Costa Rica señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

De esta norma se extraen – entre otras - dos importantes consecuencias, a saber:

→ A) El referido Pacto tutela aquí, desde el punto de vista procesal, tanto a los derechos enunciados en el mismo Pacto, como los emergentes de la Constitución o de la ley local.

→ B) Al imponer la existencia de un “recurso efectivo”, aval igualmente la incompatibilidad entre la apelación con efecto suspensivo de la medida cautelar otorgada en primera instancia en un amparo, con el Pacto de San José de Costa Rica, dado que tal tipo de efecto recursivo conspira, como vimos, precisamente contra la efectividad del instituto del amparo, y de las medidas cautelares en general.

Por su puesto, que en el artículo citado, el prestigioso doctrinario antes citado advierte:

Lo dicho impone alertar que en el otorgamiento de una medida cautelar el magistrado de primera instancia debe evaluar cuidadosamente los supuestos que autorizan su emisión, vale decir, la verosimilitud del derecho invocado, la urgencia en la demora y la contracautela.

Y esos recaudos son más severos cuando lo cuestionado en un acto de la administración pública, especialmente si es fundado en ley (dada la presunción de validez y de constitucionalidad de todo ello). Tales exigencias son más rigurosas todavía en el caso de una medida cautelar innovativa, que pretende retrotraer el estado de cosas al momento previo de la aplicación del acto lesivo. Digamos asimismo que la “verosimilitud del derecho” es de aún mayor observancia en la medida precautoria que se dicte en el amparo, puesto que diseñado este último por la constitución para cuestionar solamente actos u omisiones que padezcan de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (art. 43ro. de la Constitución Nacional), aquella verosimilitud tiene que ser más patente que cuando, en un juicio común, se impugnan decisiones, negaciones o silencios de más compleja o discutible antijuridicidad, y a discutir largamente en las etapas del proceso principal.

Bueno es tener en cuenta estos recaudos ante la abundante cantidad de amparos infructuosos que se articulan día a día, lo que importa algunas veces un ligero y manipulativo intento de utilizarlo para fines decididamente ajenos a los de su programación constitucional.

Cabe destacar en este punto que la responsabilidad del caso involucra no únicamente a la parte que peticiona en ellos medidas cautelares, o al letrado que las patrocina, sino también al juez que las decreta sin el debido y necesario contralor, ya que al disponerse “in audita parte”, su vigilancia tiene razón de ser tanto para impedir aventuras procesales como para resguardar los eventuales derechos de la contraparte todavía no convocada a la litis.

Por otro lado, la autoridad pública, ante una medida cautelar pronunciada en un amparo que implique genuinamente una invasión del Poder Judicial sobre áreas reservadas al Poder Ejecutivo o al Legislativo, en asuntos donde estén igualmente en juego de modo claro razones de gravedad institucional, estará autorizada, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a invocar “conflicto de poderes” ante el propio tribunal. Ello permite que la causa sea captada por éste último (12).

La última parte del art. le brinda específicamente a las entidades bancarias y financieras, la posibilidad de apelar la medida cautelar, y específicamente establece, “aunque no revistan la calidad de parte”.

En este punto, es importante recordar como funcionan las garantías constitucionales en el proceso del amparo y en especial en torno a las llamadas medidas cautelares.

Tradicionalmente se ha definido como cautelar al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso. Este juicio se encuentra dentro de una categoría más amplia de “procesos urgentes”, ya que, como bien los señala Peyrano, “todo lo cautelar es urgente, pero no todo urgente es cautelar”. En efecto, hay supuestos en que el peticionario obtiene de entrada la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento del juez, porque la urgencia es más importante que la certeza; son casos en que corresponde ingresar sobre el fondo, generando una solución semejante a la decisión final.

Señala Rivas que junto con la cosa juzgada material y formal podemos hablar ahora de la cosa juzgada provisional: en la primera, el conocimiento del Juez no tiene limitación alguna. En la segunda, la tiene respecto de los temas que pueden ser tratados; así, en el juicio ejecutivo no es posible discutir la causa de la obligación; en los interdictos no se debate sobre el derecho a la posesión o tenencia etc. En la tercera, la limitación del conocimiento no es objetiva sino subjetiva: el juez no adquiere un grado de certeza suficiente como para permitirle resolver

definitivamente la cuestión, pero la urgencia de la situación lo autoriza a resolverla con los elementos de juicio existentes en forma provisional (13).

Tales medidas tienen características que la hacen distintas de los procesos ordinarios una de las más importantes es que se ordenan “sin oír previamente a la parte contraria”. El Juez funda su decisión en los hechos que afirma y “acredita” sumariamente el peticionante; por ello, y a fin de preservar la igualdad de los litigantes, se exige que aquél cumpla con una contracautela para garantizar el pago de los daños y perjuicios.

Es por tal razón que requiere de requisitos, esenciales, y esto son: Verosimilitud del Derecho invocado y Peligro en la Demora, los cuales deben ser debidamente valorados por los Jueces, quienes aquí, más que nunca harán uso de su sana crítica.

La tramitación “in audita parte”, es entonces un requisito esencial para cumplir con objeto de la medida, al igual que ningún incidente ni recurso impida su ejecución, siendo parte de su naturaleza jurídica, de otro modo los medios de aseguramiento se tornarían ineficaces, en cuanto el traslado, sería una forma de avisar al afectado del propósito precautorio y entonces se encontraría en condiciones de frustrarlo.

La adopción de las medidas cautelares sin previo debate, concuerda con su naturaleza y no importa una lesión constitucional, en tanto que los afectados les queda la posibilidad de cuestionarlas después de dictarlas.

Estas medidas, en definitiva, tienden a proteger la igualdad de los litigantes en el proceso principal, ya que si una de las partes, tiene la posibilidad de tornar ilusoria la pretensión principal, perdería sentido toda acción en su contra. Ahora bien estas medidas no son ejecutadas al antojo del Juez, requieren ser debidamente valorados los recaudos antes establecidos, y velar tal función jurisdiccional al poder judicial es violatorio de principios constitucionales que hacen a la esencia del control que tal poder debe ejercer.

Es el magistrado actuante, quien tiene que evaluar en cada caso, y de acuerdo a la acreditación del peticionante, la urgencia y necesidad de la medida, y no puede una ley soslayar tal derecho a evaluar libremente las pruebas aportadas, agregando obstáculos, o decidiendo anticipadamente como debe resolver tal urgencia. ¿De que le serviría a una persona que su dinero se encuentre a resguardo en el Banco, cuando lo necesita urgentemente? ¿De qué serviría, que el amparo declare la

inconstitucionalidad de la pesificación o de los decretos que restringen la disponibilidad de los fondos depositados si el Banco en Cuestión cierra o se lleva sus fondos a su casa matriz (como se sospecha que se ha hecho en la situación actual)?...



**Artículo 5º:**

*“... interpuesto el recurso a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Primera Instancia deberá limitarse a remitir el expediente a la Cámara sin más trámite. Recibido el expediente en la Cámara, esta correrá traslado del recurso al peticionario de la medida cautelar por el plazo de cinco (5) días. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, la Cámara se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del recurso, pudiendo, en su caso, confirmar, revocar, o modificar los alcances de la medida cautelar.”*

Este precepto, sigue con la clara finalidad de alargar el proceso, le da trámite ordinario a una acción que debe resolverse en forma expedita, urgente e in audita parte.

Quien ideó este artículo, conoce que las Cámaras de Apelaciones carecen de estructura para manejar tal magnitud de recursos con estas directivas, por lo tanto siguen vulnerando la tutela efectiva amparada como una garantía expresa de nuestra Constitución Nacional.



**Artículo 8º:**

*“En los supuesto que se hubiera interpuesto recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de lo establecido por el art. 195º bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que por el art. anterior se deroga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitirá a las respectivas Cámaras de Apelaciones, las actuaciones que se encontraran pendientes de decisión a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. Las Cámara de Apelaciones deberán resolver los recursos adecuando su trámite a lo establecido en los artículos precedentes.”*

Este art., al igual que muchos de los ya analizados son violatorios de todos los principios de celeridad y urgencia que deben primar en este tipo de procesos, dejan muy maltratada la tutela efectiva que debe reinar el espíritu de toda

ley que norma que en definitiva trate sobre como restablecer garantías constituciones vulneradas.

Si fuera un caso aislado, quizás esto pasaría desapercibido, pero no podemos olvidar la cantidad impresionante de amparos que se han presentado, por sólo dar un ejemplo, recordemos que hay edificios que están a punto de derrumbarse por el exceso de peso de los expedientes que se han acumulado. ¿Cuanto tiempo le demandará, entonces a la Corte remitir la cantidad de recursos de apelación interpuestos directamente ante ellos?, sobre todo teniendo en cuenta que la ley no le da ningún plazo para efectuar tal remisión.



**Artículo 9º:**

*“La presente ley comenzará a regir desde el momento de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dispuesta por la Ley 25.561, por encontrarse comprometido el desenvolvimiento de una actividad esencial del Estado”*

Esta norma resulta inconstitucional pues no constituye una limitación razonable de los derechos fundamentales en juego. Hago referencia específicamente a todo lo que ya he volcado cuando me referí al tema del supuesto “orden público” puesto sobre el tapete por la ley y su fundamentación de lo que por razones obvias no volveré a repetir.

Es cierto que no puede funcionar el Estado sin un sistema financiero, pero esto no lo autoriza a destruir la propiedad privada. Los intereses en juego están en todo caso en el mismo rango en la escala de valores, ya que ambos son valores que hacen al sistema económico de un país.-

## ANÁLISIS GENERAL DE LA LEY 25.587

Luego de todo lo analizado, no caben dudas que la ley tiene una sólo finalidad, ésta es: Impedir o demorar que los ahorristas mediante recursos judiciales legítimos conforme al derecho vigente puedan obtener los fondos que les han sido retenidos indebidamente por las Entidades Bancarias.

El recurso al que en esta ley se ha apelado es al derecho procesal, en efecto, la ley establece disposiciones de orden adjetivo que procuran lograr aquellas finalidades antes mencionadas.

En virtud de ello, la inconstitucionalidad es manifiesta, pues viola:

→ *La Teoría de los Derechos Adquiridos*: Como límite a la vigencia temporal de las leyes enunciadas en el art. 3 del C.C..

→ *La Tesis de las Consecuencias Jurídicamente Consumidas*: Como límite al principio de la vigencia inmediata de las leyes, recogida en el art. 3° del C.C..

→ *El Principio del Patrimonio como Garantía Común de los Acreedores*: Principio establecido en el Código Civil, que se incardina en el derecho fundamental a la propiedad privada (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 21 incorporado a la C.N. en 1994, art. 75, inc. 22) y a la libertad (Art. 19 C.N).

→ *Principio de Celeridad y Economía Procesal*: Especialmente en materia de medidas cautelares y amparo (art. 43 C.N.) que se entroncan los derechos constitucionales del debido proceso, acceso a la justicia (Pacto de San José de Costa Rica art. 8 y 25 incorporado a la C.N. 1994, art. 75, inc. 22) y de defensa en juicio.

Elio Zarini (14) comentando el art. 18 de la Constitución Nacional explica que “se impone destacar la necesidad de que el interesado obtenga una rápida y eficaz decisión judicial (derecho que integra la garantía constitucional en juicio; C.S.J.N., Fallos 298:312, consid. 8°) que ponga fin a los conflictos, situaciones

de incertidumbre...”. Esto no hace más que refloatar aquél viejo concepto acuñado a fuego por el maestro “Savignni”, **“la justicia lenta no es justicia”**.

→ *El Derecho Fundamental al Debido Proceso* (art. 18 Constitución Nacional).

→ *El Derecho de Defensa en Juicio* (art. 18 de la Constitución Nacional y art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica).

→ *El Derecho de Acceso a la Jurisdicción y a la Justicia* (Convención interamericana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Art., 25 incorporado a la C.N. en 1994, a través de su artículo 75, inc. 22).

→ *Derecho de la Igualdad ante la Ley* (“Igualdad de Armas”). No sólo entre los diferentes grupos de ahorristas amparistas (algunos ya han ejecutado sus cautelares otros cuentan con decretos judiciales que las proveen y otros las han diligenciado y las entidades bancarias no las han cumplido), sino también de los ahorristas frente a los demandados (art. 16 C.N.)

→ *Derecho Fundamental de la Propiedad Privada* (arts. 14 y 17 de la C.N. y Convención Americana Sobre Derechos Humanos llamado “*Pacto de San José de Costa Rica*” art. 21 incorporado a la C.N. 1994, art. 75, inc. 22), al continuar impidiendo o postergando, el recupero aunque sea provisional de los fondos depositados.

→ *Derecho Fundamental a la Libertad*: Incluyendo asimismo a la libertad contractual y de resolución de conflictos entre las partes. (art. 19 C.N.).

→ *Derecho a la Inalterabilidad de las Normas Constitucionales*: El art. 28 C.N., establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

→ *Derechos y Garantías – Art. 42 C.N. - Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240)*: Se viola el art. 42 de la C.N. plasmado en la ley 24.240, pues los ahorristas son consumidores bancarios como lo sostiene toda la doctrina y esta norma en vez de proteger los intereses de los usuarios, invierte el orden público establecido en toda la normativa de protección de los mismo, y protege a las entidades bancarias, otorgándoles plazos incomprensibles para cumplir con sus obligaciones.

Asimismo, colabora con lo que la doctrina de Defensa al Usuario denomina la parte fuerte del contrato, dándole plazos y beneficios que no se condicen con los derechos que más modernamente se defienden en todas las constituciones del mundo.

→ *Artículo 108 de la Constitución Nacional – Atribuciones del Poder Judicial -* : Viola también el art. 108 de la Constitución Nacional, ya que pretende impedir ejercer la función judicial en materia cautelar, osando intentar privarles a los magistrados de conocer y decidir un aspecto de las causas que son de su competencia (art. 116 C.N.) arrojándose el P.E.N. funciones judiciales (extremo vedado por el art. 109 C.N) desde el momento que dice qué y cómo puede sentenciarse y qué otras cosas no, y aún más, le conceda al B.C.R.A. la facultad de decir si hay verosimilitud en el derecho invocado.

→ *Garantía de Razonabilidad*: Garantía ésta que debe estar siempre en los actos del Estado (art. 28 de la Constitución Nacional).

→ *Principio de Seguridad Jurídica*: Puesto que sin ella, no hay derecho. La vigencia del Estado de Derecho supone, de manera cabal y completa, la facultad de ejercer derechos y garantías reconocidos en todo el plexo normativo. Requiere un marco confiable de normas generales que se apliquen con continuidad al cubierto de sorpresas, cambio o giros imprevisibles o caprichosos. En definitiva, que el ciudadano sepa claramente a que atenerse.

→ *Principio de Legalidad*: Constituye la esencia del Estado de Derecho. Bien puede decirse que un Estado Nacional que se coloca al margen o en contraposición con sus normas fundamentales contraría los fines esenciales que le

dan razón de ser. La libertad, la igualdad y el respeto a los derechos adquiridos, importan claros hitos que ningún gobierno republicano puede traspasar.

→ *Derecho de Intimidad*: Contemplado en art. 19 de la Constitución Nacional, vulnera el anhelo constitucional de “asegurar los beneficios de la libertad”. El derecho a la intimidad engloba a todas las conductas personales inofensivas para terceros. Dicha esfera, se encuentra sustraída a toda interferencia del Estado.

En este ámbito de reserva y como derecho implícito en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, se encuentra el derecho a desarrollar un “proyecto personal de vida”, que no afecte ni la moral ni las buenas costumbres ni los derechos de terceros. Ese proyecto personal está normalmente relacionado con el derecho de usar y disponer de la propiedad que actúa como medio para la realización del mismo.

Es por ello que la afectación a la libre disposición de la propiedad (en este caso del dinero depositado) significa un quebranto de ese proyecto personal, violando esa libertad íntima de elegir la forma de vida o cumplir con los mandatos estatutarios.

Las normas impugnadas imponen autoritariamente un modelo de conducta no decidido en forma libre y racional, y han conculcado la “dignidad de las personas afectadas” que se han visto privadas de su capacidad de decidir libre y racionalmente el modo de llevar o proyectar sus vidas.-

## **FUNDAMENTOS DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL A**

### **FAVOR DE LA LEY 25.587**

Por su parte el estado, defiende su posición sosteniendo:

Que con respecto a la impugnación del art. 1° de la ley 25.587 por vedar la posibilidad de dictar las medidas cautelares que tengan idéntico objeto que la demanda principal:

Debe recordarse que las medidas cautelares innovativas de esa naturaleza son de carácter excepcionalísimo, tal como lo ha postulado reiteradamente el Máximo Tribunal.

Es evidente que si un litigante obtiene los mismos resultados en la concesión de la medida cautelar que en el proceso principal, recibe lisa y llanamente, por anticipado, la petición que reclama sin haber transitado los estadios procesales del juicio correspondiente, sobretodo si se tiene en cuenta que nos encontramos ante una acción expedita y rápida como es el amparo.

La pretensión cautelar sólo debe ser acordada con el fin de asegurar preventivamente la ejecución de una eventual sentencia de condena, pero de ninguna manera puede convertirse en la ejecución misma de una sentencia inexistente.

De tal temperamento, se deriva un tratamiento desigual de las partes en el proceso, en flagrante violación de los arts. 16 y 18 de nuestra Carta Magna.

También merece destacarse lo expresado, en fecha reciente, por la Cámara Federal de San Martín, en la causa ELIZALDE, Josefina L. c/ Anses s/ Amparo (Expte. N° 1715/01): “ ... *En tales condiciones procede meditar previamente si en el caso la cautelar solicitada resulta viable ... Más aun cuando los efectos de medida cautelar coinciden con su objeto, debe decretarse en supuestos excepcionales, pues de lo contrario puede violarse el derecho de defensa en juicio, ya que adelanta virtualmente la pretensión principal, rebasando las líneas de la sumaria cognitio ...* ”

En este orden de ideas, en caso de hacerse lugar a la medida cautelar se estaría adelantando el resultado de la decisión final, configurando un anticipo de jurisdicción favorable acerca del fallo definitivo de la causa, que se

contraponen con su esencia, no sólo de la medida solicitada, sino de cualquier otra, ya que determinar la existencia de la verosimilitud del derecho – condición sine qua non para la admisión de medidas de esta índole – requiere un examen riguroso, que significaría resolver el juicio sin haberlo sustanciado. Esta circunstancia justifica, como se dijo, una mayor prudencia de los jueces al momento de examinar los recaudos que hacen a la admisión de la medida cautelar. No está entonces, suficientemente acreditado el presupuesto en estudio que torne viable la medida en cuestión, sin perjuicio del mayor análisis susceptible de efectuarse en el momento procesal oportuno.

Además, en procesos de amparo – con términos limitados – “ ... las medidas cautelares, deben ser adoptadas de manera restrictiva, toda vez que la decisión final de la causa debe alcanzarse en plazo breve; de allí que el peligro en la demora no se presenta de modo flagrante, o en todo caso, con menor intensidad que en los otros procesos de trámite ordinario ... ” (cfr. Cámara de Apelaciones de San Martín, Sentencia del 27 de Noviembre de 2001).

No obstante lo expresado, debe tenerse presente que la norma impugnada excluye de esta prohibición a los casos de excepción, tutelando de ese momento a aquellos individuos que atraviesan por situaciones especiales.

No es cierto que la Ley 25.587 sea irracional, habida cuenta que resulta una medida razonable a fin de evitar graves perjuicios para la sociedad toda.

No puede ignorarse en este punto la existencia de la emergencia pública declarada por la ley N° 25.561, habiéndose cumplido los requisitos necesarios para su dictado:

→ a) La situación de emergencia declarada por el Congreso Nacional.

→ b) La finalidad de amparar intereses general de la sociedad.

→ c) La razonabilidad y la duración temporal, es decir limitación en el plazo de duración (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario del 06/01/02 hasta el 10/12/03). Hecho más que notorio, estando en todos los medios de comunicación la gravedad de la crisis, acentuada en los últimos meses con la caída de numerosas entidades bancarias.

Ni siquiera puede sostenerse que, en la más grave de las emergencias existentes en el país, la medida cuestionada pueda considerarse irrazonable.

Las limitaciones establecidas por la ley en cuestión tiene la función de permitir el desenvolvimiento de una política legislativa que de respuesta a una crisis extrema, cuya supervisión compete a los poderes políticos, elegidos por el voto popular.

Por otra parte debe tenerse que la tarea judicial no es ampliar derechos sino buscar su justo equilibrio, así como el de éstos con los deberes.

Se persigue una ordenada libertad, a cuyo esquema pertenecen los derechos fundamentales de las personas, según lo expresara Benjamín Cardozo, uno de los más recordados jueces de la Corte Suprema Norteamericana (*Palko V. Connecticut*, 302 US 319 1937). André Hauriou en “*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*” señala que el Derecho Constitucional consiste, esencialmente en la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del estado.

Ella necesita equilibrios entre autoridad y libertad, entre derechos y deberes e incluso entre los distintos derechos, pues el exceso de cualquiera de ellos resulta nocivo en cuanto necesariamente suprime o restringe excesivamente algún otro.

Alberdi, en su proyecto, dedica a las garantías individuales los capítulos II y III de la primera parte, que denomina Derecho Público Argentino y Derecho Público deferido a los extranjeros, respectivamente.

Inicia el primer de ellos disponiendo: “ ... *La constitución garantiza los siguientes derechos a todos los habitantes ...* ”.

El capítulo IV lo denomina “*Garantías Publicas de Orden y de Progreso*” y allí señala que: “ ... *Al lado de las garantías de libertad nuestras constituciones deben traer las garantías de orden; al lado de las garantías individuales, que eran todo el fin constitucional en la primera época de la revolución, las garantías públicas, que son el gran fin de nuestra época, porque sin ellas no pueden existir las otras ... Los pactos y declaraciones internacionales poseen jerarquía constitucional ocupándose de los deberes y cargas que tienen las personas ...* ”.

El documento más rico al respecto es la “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, que incluye ya en su título la expresión deberes.

En el preámbulo de este documento se explica la interrelación entre derechos y deberes y que los de orden jurídico suponen otros, de orden moral, que les sirven de apoyo y fundamento. El artículo XXVIII expresa que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos, y la seguridad de los demás, así como por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático. En el capítulo II se tratan los diversos deberes, como de obedecer las leyes, de prestar servicios civiles y militares que la patria requiera, de cooperar ante las necesidades sociales, de trabajar y pagar impuestos, de desempeñar los cargos en que se haya sido electo.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre trae una disposición genérica: Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad (art. 29, inc. 1).

Lo mismo ocurre con la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que bajo el título de “*Correlación Entre Deberes y Derechos*” indica que: “ ... *Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad ...*” (art. 32, inc. 1).

Los preámbulos de los pactos internacionales de 1966 proclaman el deber de los individuos de procurar la vigencia y observancia de los derechos que reconocen.

Estos deberes se encuentran involucrados en el caso, pues las medidas dispuestas por la ley cuya inconstitucionalidad se declara responden a la necesaria solidaridad de todos los sectores en procura de evitar un colapso en desmedro de toda la sociedad.

La fijación de reglas generales, aún en materia procesal, es cometido propio del Congreso. Por ende una modificación del procedimiento de manera alguna puede entenderse como invasora de facultades de otros poderes.

Explica Bidegain que: en cuanto la función judicial, como la administrativa, debe cumplirse *secundum legem*, el Congreso puede limitar mediante reglamentaciones más o menos casuistas el arbitrio de los jueces, siempre que lo considere conveniente. Frente a fallos que, a juicio del Congreso, desvirtúen la finalidad de la ley interpretada, aunque está totalmente fuera de su alcance privarlos de sus efectos, puede introducir en la legislación las modificaciones que estime necesarias para ceñir la conducta judicial al criterio legislativo en las decisiones futuras de otros casos (Curso de Derecho Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, Tº III, 1995, pág. 175).

La competencia judicial no se ve afectada por la regulación legal cuestionada, pues no se impide dictar sentencia, sino sólo dictar cierto tipo de medidas cautelares, adoptando diversos recaudos antes de su dictado y disponiendo cuestiones relativas a su apelación y ello no resulta irrazonable.

Ningún daño irreparable puede provocar una limitación al dictado de determinadas medidas cautelares, cuando mediante las autorizadas se resguarda la posibilidad de hacer efectivo el derecho emergente de una eventual sentencia favorable al actor.

No debe olvidarse que la Ley N° 25.587 ha venido a poner fin a la desnaturalización de las medidas cautelares dictadas en gran parte de los diferentes procesos originados en la sentencia, ya que lo que secuestra o embarga se lo lleva directamente el actor.

En cualquier juicio ejecutivo el actor solicita un embargo preventivo, sin poder obtener la satisfacción de su crédito hasta tanto se dicte sentencia a su favor. Sin embargo, como ya se ha expuesto, los ahorristas – en gran parte- han obtenido mediante medidas cautelares aquello que es objeto de la acción principal.

En consecuencia, no se afecta el legítimo derecho a la jurisdicción, como tampoco el de propiedad, toda vez que las restricciones emergentes de las normativas cuestionadas en la acción principal, será el objeto de la sentencia a dictarse. Por otra parte, que no se impide el dictado de medidas precautorias a fin de evitar que aquella se torne ilusoria, sino sólo aquellas que justamente tienen idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, no consistir en la entrega bajo ningún título, al peticionario de los bienes objeto de la cautela. (art. 1, 2° párrafo).

Nótese que para los supuestos en que se pruebe que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida o la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco o más años de edad quedan exceptuados de tal restricción.

Por otra parte, el Alto Tribunal también ha reconocido la constitucionalidad de normas que establecían restricciones más severas que la cuestionada en autos.

En efecto, en la causa “Marcelo Videla Cuello c/ Provincia de la Rioja”, donde se discutía la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 23.696, que había suspendido el trámite de la ejecución de las sentencias contra el Estado

Nacional, sostuvo la Corte que: “... Cuando se configura una grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aún el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional o sea un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere ...” (Fallos 313:1638).

Asimismo, en el conocido antecedente “Peralta”, ha sostenido la Corte Suprema:

“ ... 48) Que en lo que al caso interesa, se cumple con el requisito relacionado con el carácter de “emergencia” de la legislación en cuestión. Se tratan las impugnadas de normas destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó el sistema financiero argentino. Era evidente la necesidad de alguna acción de gobierno al respecto; es más, la obligación de la autoridad pública de buscar la provisión de algún remedio. No es función de un tribunal de justicia pronunciarse por cuál debió ser tal remedio; sólo constatar su necesidad y razonabilidad. La primera está suficientemente fundada, la segunda surge de la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos con relación a la finalidad que persiguen. Tampoco son en sustancia novedosa ...”.

“ ... 56) Que, en definitiva, de las medidas adoptadas por el gobierno no resulta menoscabo de la propiedad protegida por el artículo 17 de la Constitución Nacional. Porque, como se expuso al examinar genéricamente los distintos problemas que plantea la “emergencia”, no hay violación del artículo 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni se les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación interpuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero ...”.

“ ... 59) Que de lo expuesto surge la validez de los poderes puesto en juego por el legislador y la razonabilidad del modo como los ha ejercido. El mérito, oportunidad o conveniencia de su decisión no es tema que incumba decidir al Poder Judicial. ...”

*Al respecto no debe perderse de vista lo informado al respecto en el debate parlamentario de la ley en cuestión. Allí se expresó: “... es necesario que informe a la Cámara acerca de la cantidad de personas que a través del mecanismo del amparo han logrado hacerse de sus ahorros”. Son 21.568 que recuperaron 2.477 millones de pesos. La cifra promedio que cada uno de ellos logró obtener a través del amparo es de \$115.000 (...) con los 2500 millones de pesos que se fueron del sistema a través de los recursos de amparo, por los cuales 25.000 ahorristas lograron recuperar sus depósitos, hubiéramos podido cancelar los plazos fijos de hasta \$5.000 a 340.000 ahorristas.*

*Como puede advertirse, de hacerse lugar a la petición de los ahorristas, se convertirían en ilusorios los objetivos tenidos en cuenta por el legislador, a los fines de paliar la grave situación económica y financiera de la República Argentina.*

*Finalmente tampoco se afecta el principio de irretroactividad de las leyes pues se aplica a las causas en trámite y alcanza a las medidas cautelares que se encuentran pendientes de ejecución.*

*Tiene dicho nuestra Corte Suprema que la estabilidad de los actos procesales legítimamente cumplidos es un vallado para el efecto retroactivo de las nuevas leyes procesales (Fiscal de Estado Dr. Luis Magin Suarez s/ formula denuncia – solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados – 29/02/87)...”.*

Asimismo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que el principio de ejecución de los actos procesales, se manifiesta cuando el cumplimiento del acto constituye presupuesto de otro posterior. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las leyes, en nuestro ordenamiento, pueden tener efecto retroactivo, bajo la condición obvia e inexcusable de que su retroactividad no afecte garantías constitucionales (“Stamburgo Carlos c/ Micro Sistemas S.A. s/ Honorarios”. 04/06/93).

Coincidentemente, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe tiene dicho que la aplicación retroactiva de las leyes procesales, en tanto no afecten derechos adquiridos, no es inconstitucional.

- Se sostiene que la norma menoscaba la independencia del Poder Judicial.

Tal argumento es falso, dado que normas de esta naturaleza ya fueron avaladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación..

Por otra parte, ya hemos justificado su razonabilidad, ponderada en el marco de la emergencia que nos embarga.

Debe destacarse asimismo, que la declaración de inconstitucionalidad es una medida extrema y excepcional, habida cuenta la presunción de legitimidad de los actos de gobierno.

Destaca Bidegain que la Corte mantiene una actitud prudente en el uso de su atribución: Ha establecido como regla general la presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, siempre que mediante una interpretación razonable puedan ser armonizados con la Constitución, pues no puede suponerse el propósito deliberado de las autoridades públicas de apartarse de la Constitución. La Corte considera obligación primaria de los jueces cumplir con las leyes, siendo necesario que se compruebe una oposición clara e ineludible con la Constitución para que se admita lo contrario (Fallos 14-432, 112-63, 200-180, 209-337, 220-1458, 234-229 etc.), “Sólo así se mantiene el equilibrio de los poderes y no se quiebra por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros” (Fallos 251-455); “La declaración de inconstitucionalidad de una ley es acto suma gravedad y debe ser considerada como una última ratio del orden jurídico” (Fallos 200-180, 242-73, 247-387, 248-398, 285-322 y 396, 312-72 y muchos otros) (Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, t. 1, 1994, ps. 132/133).

Otra restricción es la existencia de cuestiones no justiciables. Se ha mantenido pese a las críticas de muchos, que no tienen la delicada función de juzgar; quienes, pese a su sabiduría, les resulta difícil apreciar los límites que esta tarea debe imponerse. En el caso que nos ocupa la sentencia que recurro invado esos límites en cuanto pretende sustituir la política legislativa de establecer restricciones a las medidas cautelares en una situación de emergencia.

¿Podría un Juez cambiar el criterio legislativo de inembargabilidad de ciertos bienes? ¿Podría declarar inconstitucional la prohibición de alcanzar, no sólo con medidas cautelares sino también con medidas ejecutivas, el lecho del deudor; o los bienes públicos, como las plazas, caminos, puentes etcétera?

En sentencia del 17 de Marzo de 1998 “*Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda*” expuso la Corte Suprema que: “... La misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para

*sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás restaría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público ...”.*

Se añadió en votos concurrentes que: “... *Es el Congreso como depositario de la soberanía popular y único órgano de gobierno habilitado para reglamentar en primer grado los derechos constitucionales, el que debe declarar el estado de emergencia, y cuyo juicio cabe en principio aceptar, salvo supuestos de un claro desconocimiento de circunstancias públicas y notorias, en grado tal que dispense en su análisis de mayores consideraciones según la común valoración de la sociedad. El principio de separación de poderes y el necesario autorespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone que, en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que le son privativas con arreglo a lo prescripto en la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación ...” (Voto de Moliné O’Connor y López).*

La competencia del Poder Judicial debe ser ejercida con la profundidad y energía que mejor respondan a los mandatos de la Constitución Nacional y las Leyes, como que una de sus misiones más delicadas. Es saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabo de las facultades que incumben a otros poderes o jurisdicciones.

Lo atinente al gobierno, administración de la hacienda y patrimonios públicos, y las políticas respectivas, son materia propia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En tanto al Poder Judicial le compete, en punto a los actos dictados en esas materias, decidir en casos judiciales acerca de su legalidad, especialmente en cuanto concierne a su confrontación con la Constitución Nacional, pero no de su acierto, oportunidad y conveniencia (votos también de los Dres. Moliné O’Connor y López en la misma causa).

En el mismo sentido: “... *La Corte no puede imponer su criterio de conveniencia o eficacia económica o social a la del Congreso, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes ...” (Fallos 311:1565).*

La trascendencia de declarar inconstitucional una ley ha sido calificada como gravedad institucional por la misma Corte: “... *La declaración de*

*inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable ...” (C.S., 27/5/99 “Estado Nacional c/ Universidad de Luían”).*

La separación de poderes gubernativos, base del constitucionalismo desde su formulación por Montesquieu, y el recíproco respeto institucional que cada uno de los órganos titulares de cada uno de los Poderes debe a los otros, imponen que se reconozca una presunción a favor de la constitucionalidad de toda decisión de los restantes poderes del Estado, que únicamente puede ceder ante una prueba clara y precisa de incompatibilidad entre la norma y la Constitución en cuanto Ley Suprema del país.

Señala, con todo acierto, Linares Quintana (Tratado de Interpretación Constitucional, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, págs. 583 y ss.) que la norma inferior no puede ser declarada inconstitucional en tanto y en cuanto haya en el ánimo del juzgador una duda razonable acerca de su invalidez; ya que para que proceda la declaración de inconstitucionalidad debe aparecer claramente una discordancia sustancial con la Constitución, y aún en los casos de duda entre la validez y la invalidez, ha de estarse siempre a favor de la constitucionalidad.

Una duda razonable existe cuando en la mente del juzgador aparece un estado de ánimo de indeterminación, irresolución, hesitación, vacilación, perplejidad, incertidumbre, inseguridad con respecto al juicio o decisión de la constitucionalidad, y tal estado sea ajustado conforme a la razón (3, Dall, 171). La Suprema Corte de los Estados Unidos, a través de la opinión del Juez Chase, expresó con respecto a una ley de uno de los Estados locales norteamericanos; si la Corte tiene tal poder (de declarar la inconstitucionalidad de una ley), soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro (clear case). Dos años más tarde, en el caso “Calder y Bull”, en otra opinión emitida en ese Alto Tribunal, afirmó que el poder referido era de una naturaleza delicada y temible; y que, por consiguiente, el Tribunal Supremo debía utilizarlo solamente en un caso claro y urgente (3, Dall, 386).

No puede suponerse, por parte de los titulares de los Poderes del gobierno, un propósito preconcebido de ejecutar actos contrarios a la Ley

Suprema del país. Los tribunales deben, en principio, presumir su constitucionalidad mientras no se compruebe clara y fehacientemente lo contrario.

Así, nuestra Corte Suprema en el caso “The River Plate Fresh Meat Co. L. c/ Provincia de Buenos Aires”, estableció en el año 1904, que: “ ... *Toda duda al respecto debe resolverse a favor de la parte demandada, de acuerdo con los principios generales y con la presunción de constitucionalidad de los actos de los Poderes Públicos, en cuanto no haya una demostración concluyente de lo contrario ...*” (Fallos, 100:323).

También ha dicho el mismo Alto Tribunal, la declaración de la inconstitucionalidad de una ley es acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como una última ratio de orden jurídico (doctrina de Fallos, 200:180 y 247:387) (P.D. “Rasspe Sôhne c/ Nación Argentina”, 1961, Fallos, 249:59). En igual sentido Fallos, 150:89; 153:111; 14:432; 252: 328; 251:455, entre otros.

En la causa “Cine Callo”, resuelta el 22 de Junio de 1960, sostuvo el Alto Tribunal que ha admitido reiteradamente el principio de la presunción de la inconstitucionalidad de las leyes, lo que naturalmente supone la de razonabilidad (Fallos 247:135).

## ALEGATO DE LOS BANCOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 25.587

Por su parte los bancos como terceros interesados alegan:

No desconocer el disgusto que normas como las analizadas puede generar en el común de la gente pero se comprenderá que no se trata de sentimientos o sensaciones sino de derecho, y es por ello que la disposición debe ser aceptada por nuestra C.S.J.N. en varias oportunidades pasadas.

Declarar la inconstitucionalidad de la ley 25.587 colocaría nuevamente al borde del abismo al sistema bancario, constituyendo una clara intromisión del Poder Judicial sobre los demás poderes del Estado. Pues si los tribunales son los encargados de velar por el respeto de nuestra Ley Fundamental no pueden desconocer que existen dentro de la misma Carta Magna derechos que se encuentran por encima de otros, dado que su consagración respondió a fines distintos a los meramente individuales. Y es precisamente éste el supuesto en que dicha escala debe aplicarse priorizando el mantenimiento del Estado de Derecho y de la Nación.

Resulta claro que una Resolución declarando la inconstitucionalidad de la Ley 25.587 obviaría las disposiciones económicas y financieras adoptadas en el Decreto 1570/01, Ley N° 25.561, el Decreto 214/02 y el Decreto 320/02 (sig. y conc.), produciendo una afectación total al sistema financiero-bancario, que se estableció y se trata de preservar por intermedio de las normas indicadas, privilegiando con ello la situación de los accionantes frente a la comunidad toda, con el indefectible riesgo de producir un quiebre que afecte no sólo a las entidades financieras, sino el país, como consecuencia lógica de lo primero.

Las restricciones impuestas por la norma en cuestión no pueden tomarse de manera alguna como inconstitucionales, ya que si en períodos normales y de paz social se reconoce que nuestro sistema de derecho no contempla el concepto de “absoluto”, y todas las garantías y derechos son reglados para su ejercicio; obvio resulta, que dicha reglamentación se torne más rígida en momentos de crisis lo cual no se traduce en la abolición de los derechos sino una forma de proteger su continuidad y ejercicio.

A nadie escapa que el permitir a ciertos ahorristas desoír las disposiciones legales, tendría como cruel contracara la imposibilidad de muchos

otros no poder ejercitar sus derechos aún en forma limitada. El riesgo de derrumbe de nuestro sistema financiero se encuentra más latente que nunca, y no podemos darnos el gusto de caminar continuamente por la cornisa de la debacle total del orden.

Recordemos que estando en juego el orden público, y la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos (art. 12 ley 19.549), los magistrados deben ser más rigurosos a la hora de analizar los requisitos legales para el dictado de una cautelar.

Además no se ha tenido presente que se estaría afectando indirectamente los derechos de miles de ahorristas y el interés público de la Nación toda, los que por su entidad superan cualquier necesidad o peligro cierto que los amparistas pudieron haber manifestado en sus presentaciones.

En interés social, adquiere especial dimensión en los estados de emergencia como el que estamos atravesando. En tal sentido el art. 27 de la Convención Americana, que reglamenta la “suspensión de las garantías”, dispone que “*... en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional y no se entrañen discriminación alguna fundadas en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social ...*”.

El país está en colapso, en estado de necesidad crítica, los bancos no pueden restituir los depósitos, porque no tiene el dinero necesario para ello, ni en pesos, ni mucho menos en dólares, porque el incesante retiro de fondos conocido como “*corrida bancaria*” superó ampliamente los encajes bancarios. Estamos o no en un estado de emergencia...? es más, estamos al borde del propio abismo. Esto es de público y por tal no merece ser probado.

Obligar a restituir los depósitos, resultan en su conjunto, una obligación de cumplimiento imposible que provocaría que los bancos entren automáticamente en estado de liquidación y como el B.C.R.A.. ya no responde por los depósitos, la mayoría de los ahorristas no recuperarían sus dineros, con lo cual todos perderían.

Una sentencia en tal sentido subvertiría el orden de los derechos constitucionales.

Las normas en cuestión no resultan un capricho del legislador, son la respuesta al estado de necesidad y quiebre de la economía total y es sólo mediante la aplicación de tales disposiciones que puede ponerse a salvo a los propios ahorristas. Evidentemente que no hay otra alternativa, el valor justicia no se realiza sino sobre la equidad, como puede entenderse entonces que éste último está presente si es de público y notorio que priorizando el derecho de propiedad de unos pocos, se produce la caída de entidades financieras, cuya primer consecuencia es que casi nadie cobre.

El plan *BONEX AÑO '90* mereció la declaración de constitucionalidad por parte de la C.S.J.N. – el leading case “**Peralta**” (donde se había dispuesto calear los depósitos en moneda corriente por títulos públicos y reprogramar su devolución), por entender que las medidas entonces adoptadas respetaban la razonabilidad e idoneidad necesarias para enfrentar la crisis, que diferencia se advierte entre ambos estados?

Si comparamos el cuadro de situación de 1990 con el del 2001, pronto advertiremos, a manera de síntesis, que en la primera, con el plan *BONEX* se adoptó una de las alternativas entonces posible, la adoptada en el 2001 fue la única alternativa...

Aquí cabe recordar lo que la propia Corte Suprema de la Nación dijo: “ ... *Acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios* ... ”

En todos los contratos de ejecución diferida se debe entender que su cumplimiento se subordina a que en el futuro no se produzca la modificación del estado de cosas que fueron propuestos de la contratación originaria y aquí en los últimos días de noviembre de 2001 se produjo un tremendo cambio de circunstancias que alteraron por completo al sistema financiero, que tornaron imposible la devolución en lo inmediato de buena parte de los contratos de depósito.

El derecho a la propiedad privada individual, con toda la protección jurídica que constitucionalmente le merece, debe ceder cuando como en este caso temporalmente hablando, el interés público se encuentra comprometido en grado sumo. Así la C.S.J.N. sostuvo en el citado caso “**Peralta**” que es de importancia capital la preservación de la unión nacional, entendida en el marco de la promoción del bienestar general.

Debemos recordar que la constitución no reconoce derechos absolutos, que en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones de emergencia y ante la urgencia de atender la solución de los problemas que éstos crean, deben admitirse el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la correspondiente a períodos de normalidad. El país está al borde de la desintegración económica, es causa más que suficiente para la excepcionalidad. Debe estarse a aquello que resulte la salvación del conjunto, a pesar que en el camino queden momentáneamente suspendidos algunos derechos individuales, como sería el caso del amparista.

La situación actual no se diferencia de otras similares críticas de épocas pasadas por la que atravesara nuestro país y en las que la C.S.J.N. convalidó las normas de excepción de aquellos años, y si tenemos en cuenta que la crisis que vivimos hoy en día es mucho más grave que la de 1990, con un endeudamiento público mayúsculo, con un crédito externo nulo, con una desconfianza generalizada y con ninguna imposición de depósitos nuevos, todo lo cual conforma un panorama extremadamente crítico que imposibilita a los bancos la devolución de los depósitos, todo en un marco de paralización y recesión económica.

Por otro lado es indiscutible que en el caso no se han cumplimentado los extremos legales para la viabilidad de una cautelar, en particular, la verosimilitud del derecho esgrimido por la contraria, pues no podemos hablar de ello, cuando existen normas de orden público que expresamente reglan la forma en que ese derecho debe ser atendido, y cuya declaración de inconstitucionalidad será – en su caso - una excepción a la regla de aplicabilidad y vigencia.

En tal sentido la Corte Suprema ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia, cuando la cautela altera el estado de hecho o derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (fallos 316:1833, 320:1633 y otros).

Pero aún en el improbable supuesto de que dichos requisitos se tengan por satisfechos resultaría suficiente respaldo para los presuntos derechos de los accionantes una medida precautoria de prohibición de innovar, ya que la orden de entrega de fondos en dólares o al tipo de cambio del mercado libre cuando existe un valor fijado en las normas en discusión (\$1,40 por 1 U\$S) traspasa los límites

de una mera cautelar para transformarse en principio de ejecución de una sentencia que todavía no se ha dictado.

La C.S.J.N. ha entendido que: “... *Las medidas como la cuestionada debe ser revocada por contrario imperio sin dilaciones en tanto revisten los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a la demanda y ejecutado la sentencia, constituyendo un claro exceso jurisdiccional que importa un menoscabo del derecho de defensa en juicio ...*” (C.S.J.N. in re “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Art. 195 C.P.C.C.N.”, 28 de diciembre de 2001).

Como nos enseña Calamandrei (autor antes citado), las medidas cautelares tienen como objeto asegurar la seriedad de la función jurisdiccional, o en otras palabras asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva (Flaren Guillén anotando al citado) más no reemplazarla, por lo que no podemos otorgar a éstas dimensiones no queridas por el legislador. Caso contrario estaríamos modificando su naturaleza, la que mutaría para convertirlas en verdaderas ejecuciones de sentencias aún no producidas.

Una última consideración que merece realizarse es la referida a la manera en que deben ser meritadas las diversas garantías y derechos constitucionales que aparecen en juego en el caso de autos.

En esta acción judicial, se pone de resalto el derecho de propiedad como garantía superior que se pretende restaurar.

Ahora bien, en el marco de la especial situación de emergencia que existe en nuestro país, deviene necesario hacer lugar de manera armónica todas las garantías de igualdad ante la ley, consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Es doctrina de ese Alto Tribunal la que consagra que el derecho de igualdad constituye una garantía cuyo resguardo debe ser promovido por el sujeto concreto que resulta afectado.

Y en el caso de autos esa afectación se produce al conferirse a los accionantes prerrogativas distintas que las que la ley reconoce a la mayor parte de los ahorristas y depositantes del sistema financiero, lo cual implica la evidente afectación del derecho de estos últimos.

El principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional, involucra el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho que “... *la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias ...*”.

También es reiterado por la Corte que “... *La igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de los que se concede a otros en iguales circunstancias ...*”.

Así las cosas, la medida cautelar violenta dicho principio de igualdad ante la ley, no sólo por lo precedentemente expuesto, en cuanto a que los fondos y recurso financieros – por la propia naturaleza de la actividad bancaria - no son suficientes para atender todos los retiros simultáneos de los ahorristas, sino que también debido a que, de no detenerse la ejecución de las medidas cautelares que en forma directa o indirecta permiten llevarse el dinero en efectivo, se afecta la propia estabilidad del sistema financiero con riesgo de general una crisis que implique hasta su desaparición, con una pérdida patrimonial gigantesca para la mayor parte de los ahorristas

En efecto de llegarse a ese extremo, la mayor parte de los depositantes y ahorristas (más del 75%) quedarán sine die imposibilitados de recuperar sus fondos, con el agravante que la actividad crediticia - básica para el movimiento económico e imprescindible para recrear la actividad - dejar de existir, desapareciendo el crédito a la industria, a los productores, a los comerciantes, a la Pymes y demás sectores.

Las cautelares como la que nos ocupa son objeto de apelación inevitable por cuanto abiertamente establecen una injusta desigualdad a favor de determinados depositantes e inversionistas, a quienes se les reconoce la libre disponibilidad de los depósitos a imposiciones en dólares o pesos, en detrimento de quienes respetando las normas vigentes continúan dentro de dicho sistema, según las normas previstas para el mismo en la emergencia reconocida pública y notoriamente.

Esa conculcación del principio de igualdad ante la ley es manifiesta, desde que respecto de personas que se hallan en circunstancias razonablemente iguales, se privilegia a una sobre otras.

En resumen, los bancos consideran la Ley 25.587 constitucional, por estar frente a una situación extrema de emergencia y que la misma fue dictada legalmente por el Congreso de la Nación. Sostienen que la ley ampara las

garantías constitucionales de las entidades financieras, de los ahorristas, del sistema financiero y del futuro económico de la República Argentina y de la paz social.

Consideran que la Ley 25.587 constituye una razonable reglamentación del instituto de las medidas cautelares, a los efectos de compatibilizar el mismo con la situación de emergencia que vive el sistema financiero argentino. Es decir, afirman que la ley corrige el exceso judicial inconstitucional que desvirtuaba la naturaleza misma de las medidas cautelares, puesto que la medida cautelar innovativa (que la Ley 25.587 prohíbe) implicaba una condena anticipada que obligaba la entrega del dinero a los depositantes y resultaba imposible ejecutar una eventual sentencia favorable a los intereses de los bancos.

Citan los bancos el art. 3º del Código Civil en cuanto establece que las leyes pueden tener un efecto retroactivo, siempre que expresamente así lo dispongan. Manifiestan que el principio de irretroactividad de las leyes es de raigambre legal y no un principio plasmado en la constitución, salvo el caso específico de la ley penal.

Sostienen que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público, y que, por consiguiente, las nuevas normas que se dicten pueden aplicarse a las causas pendientes.

Afirman que la Ley 25.587, es una ley de orden público, dictada para eliminar el caos dentro del estado de emergencia (como se dijo anteriormente) para reorganizar el iter procesal a fin de obtener una medida cautelar, provisoria por naturaleza, que no puede tener el mismo objeto que la decisión de fondo.

Por otra parte, destacan, que la Ley 25.587, no constituye un supuesto de aplicación retroactiva de la ley, puesto que los casos que merecen atención no son amparos decididos luego de una apropiada sustanciación, sino una mera medida anticipada, ejecutiva por sí misma y que intenta poner fin al conflicto sin audiencia de la parte demandada. “ ... *La base fundamental de la ciencia de los conflictos de las leyes en el tiempo es la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley: el efecto retroactivo es su aplicación en el pasado; el efecto inmediato, su aplicación en presente. Si la ley pretende regular hechos cumplidos es retroactiva; si pretende regular situaciones en curso el efecto inmediato de la ley se impone a partir del cambio de legislación ...*”, (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 23/02/96 in re “Velásquez, Teresa del Valle C/ Ferreyra, Miguel A. y/u Otros”).

Por ello, dicen que no se trata, de aplicar una ley nueva a una relación jurídica ya resuelta luego de haberse garantizado el derecho de defensa y el trámite regular de un juicio, sino de hacerla valer frente a un acto que bien se puede calificar de autoritarismo judicial. Agregan que inclusive en casos de silencio, las leyes modificatoria de la jurisdicción y competencia se deben aplicar a las causas pendientes (Corte Suprema, 04/09/84, Fallos:306:1223, it. 31/5/99, Fallos: 322:1142).

Señalan que igualmente el art. 203, párrafo segundo, del C.P.C.C.N., expresamente dispone que: “ ... *El deudor podrá requerir la sustitución de la medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor ...* ”.

Además de ello, exponen que el artículo 204 del Código de rito faculta al juez a disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, facultad que puede ejercerse, en tanto y en cuanto la medida no haya sido cumplimentada y notificada (Cámara Civil y Comercial de Residencia 1ª. Decisión del 15/10/87 in re “Sameep c/ Municipalidad de Resistencia”, Cámara Civil y Comercial de Salta 5ª, decisión del 15/04/87, “Madeo c/ Orse”).

Por ello, argumentan que si bien el juez está facultado para alterar una medida cautelar ya ordenada, más aún puede hacerlo cuando median nuevas circunstancias contempladas por una ley emanada del Congreso Nacional, máxime cuando la misma se sustenta en la invocación de una situación de grave emergencia.

Finalmente citan los Fallos 298:472; 304:871; 314:481 de la Corte que señala “ ... *para que exista derecho adquirido es necesario que el titular haya cumplido bajo la vigencia de la norma derogada o modificada todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley, aún cuando falte la declaración formal y final de una sentencia o acto administrativo ...* ”.

Por eso esgrimen que no puede vislumbrarse con un mínimo de razonabilidad la tutela particularizada de un derecho, fuera del marco de su constitución, concibiéndolo como parte integrante del sistema bancario y financiero de la Nación que, por encontrarse en crisis, necesita un tratamiento y el análisis comprensivo del interés general involucrado en esta delicada situación.

## LA CRISIS ECONÓMICA Y EL ART. 28 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Hasta aquí, he analizado tanto en forma puntual como general, los principios vulnerados por la llamada “Ley Antigoteo”, habiendo asimismo analizado la grave situación política, financiera, económica y moral, que vive nuestro país, en la búsqueda del límite. Límite que nunca puede romper el poder gobernante al momento de tomar medidas que saneen una crisis como la que nuestro país ha atravesado en estos últimos años. ¿Será que quizá esos límites no existan? Es éste el verdadero interrogante en el que me hallo.

Creo con una fuerte convicción que, siempre hay reglas que respetar, y ellas están dadas por nuestra misma constitución.

María, Angelica Gelli (15), al analizar como evaluó la Corte Suprema de Justicia de la Nación “La Razonabilidad” de las medidas tomadas por el Estado Nacional hasta ese momento, nos recuerda:

*“ ... Dado 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 art. 28 de nuestra ley suprema ...”.*

Como es sabido existen varios criterios para examinar la razonabilidad de las leyes y actos administrativos que restringen el ejercicio de los derechos constitucionales.

Un nivel mínimo y clásico de control de razonabilidad evalúa la relación entre los fines de las disposiciones y los medios elegidos para alcanzarlos; avanzando en el control, la proporcionalidad exige mensurar si la restricción, aunque adecuada para lograr el objetivo perseguido por las normas jurídicas, se excede en cuanto a la limitación del derecho afectado; a través del análisis de los costos y beneficios que produce la norma para los derechos y para el interés público, el control se acerca al de conveniencia u oportunidad de las medidas de limitación de

derechos, criterio que, en principio, desestima la Corte Suprema para no interferir con las atribuciones propias de los otros poderes del Estado.

Otras pautas de control de razonabilidad consideran el interés estatal urgente en resolver la necesidad pública, por ejemplo en la protección a de otros derechos o en casos de emergencia.

También es posible indagar la razonabilidad de las restricciones según el tipo de derechos o garantías involucrados. Este estándar supone la admisión de una jerarquía entre los derechos. En general los derechos de propiedad suelen admitir mayor restricción, claro sin llegar a la aniquilación. De su lado, cuando está en juego la igualdad el escrutinio de los parámetros utilizados para crear categorías y diferenciarlas es más estricto, desde que esa garantía es fundamental en el sistema democrático.

Veamos pues en que se apoyó la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 y las normas posteriores que hicieron más severas las restricciones a los derechos de los ahorristas.

En principio, el Tribunal partió de reconocer la existencia de la crisis económica y mantuvo el criterio clásico acerca de que no le cabe a la Corte Suprema cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado.

No obstante ello, la Corte Suprema consideró que el decreto de marras y las normas dictadas posteriormente contienen tres tachas constitucionales:

→ A) Un exceso en el uso de facultades delegadas, ejercicio violatorio de los arts. 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional en el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada.

→ B) Una afectación de los derechos adquiridos, al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidos al amparo de legislación anterior, tal la que garantizaba la inalterabilidad de los depósitos, fortalecida por la posterior ley 25.466.

→ C) “**Irrazonabilidad**” de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción en las restricciones que aniquilaban la propiedad e **irrazonabilidad** de los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia.

No obstante, se le han formulado a la sentencia de la Corte Suprema dos tipos de críticas.

En principio se ha señalado la supuesta intención de autoprotegerse por parte de los ministros que dictaron el fallo, ante la escalada por desplazarlos del Tribunal. En esa línea se ha afirmado la inconsistencia de la decisión en “Smith” con precedentes de la misma Corte Suprema en pasadas emergencias – tal es el famoso caso “Peralta” por el que se convalidó la conversión de los plazos fijos en Bonos del Estado- o en la actual crisis, sentencias recaídas en “Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Se Declare Estado de Emergencia”.

Estimo, por el contrario, que como bien lo señala el ministro Fayt, existen diferencias notorias entre las medidas dispuestas por el plan *Bonex* y las que emergen del “Corralito Bancario”. Según el magistrado en “Peralta” se resguardaba el valor patrimonial de los depositantes, en cambio, por las medidas aplicadas al caso “Smith” “... *no se resguarda, sino que se destruye el valor de la moneda ...*”.

Esto en sí ya va cerrando la conclusión de este trabajo. Es fundamental recordar, que es nuestra misma constitución, la que establece los límites de razonabilidad de las medidas adoptadas para sobrellevar aún una crisis tan profunda como la que estamos viviendo. Y en caso de que los poderes destinados a gobernar la tormenta, lo olviden, so pretexto de tratar de salvar la nave, es el Poder Judicial el encargado, en última instancia de ponerle el límite, que sin entrar a juzgar el acierto o no de la medidas tomadas, tiene el deber constitucional de subrayarle cuando se ha pasados el límite, vulnerando fatalmente las reglas del juego.

## CONCLUSIONES FINALES

Luego de este estudio doctrinario, no cabe ninguna duda que la ley debe ser declarada inconstitucional, en su conjunto.

De nada sirve en este caso, declarar la inconstitucionalidad de alguno de sus artículos, puesto que sólo anularía alguno de sus efectos. Lo que aquí se cuestiona es el modo totalmente ilegal que ha tomado el Estado Nacional para resolver el retiro de dinero y la fuga de capitales que colapsaba el sistema financiero en su conjunto.

Es entonces, el espíritu de la ley por su irracionalidad, que grita su inconstitucionalidad, con una agresividad pocas veces vista en nuestra historia. La “Ley Antigoteo”, y toda la legislación que se instauró y procuró la defensa del denominado “Corralito” y luego “Corralón Financiero”, no midió cual era la magnitud de los derechos que se vulneraban.

Es indiscutible que nuestro país viene atravesando una de las crisis *financieras, económicas y morales*, más importantes de su historia, y que tal como lo ha afirmado en reiteradas oportunidad nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación “... *a problemas de tal magnitud, son necesarios remedios extraordinarios ...*”, pero esto debe tener un límite.

La “*Propiedad Privada*” (como bien jurídico tutelado), en un estado democrático y liberal que se precie de serlo, nunca puede estar por debajo del “sistema financiero en su conjunto”.

Y no estoy afirmando que no hay que defender el sistema financiero (como se escucha en muchas voces de imprudentes políticos que a manera oportunista, tratan de captar los votos de aquellos que no pueden creer como perdieron todos sus ahorros), lo que critico con apoyo de gran parte de la doctrina es el modo que se utilizó para defenderlo.

Es aquí, donde con mayor énfasis, debemos recordar los principios constitucionales establecidos en nuestro art. 28 de la Ley Suprema, siendo la razonabilidad de las medidas adoptadas, la que nos pondrá en el camino correcto.

Tal como ya lo he citado, “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 art. 28 de la Ley Suprema (16)”

Así se reafirma en el caso “Smith” (17), en efecto, luego de enunciar pormenorizadamente las disposiciones legales, decretos ejecutivos y reglamentaciones del Ministerio de Economía que crearon y modificaron el llamado “Corralito Bancario”, el Tribunal señaló que “ ... *ha existido, en un breve período, una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, más que propender a la fijación de reglas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en las instituciones ... ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre. Y aún más, tanto la mayoría como la concurrencia subrayan que el conjunto de las medidas financieras adoptadas ... que si bien sobre ello nada cabe decir a la Corte Suprema desde que no es materia de discusión ... ni le compete sustituir a la administración en la determinación de las políticas, provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. En consecuencia de ello, dice el Tribunal, en tal singular situación, las restricciones cuestionadas carecen de “razonabilidad y proporción ... ”.*

Luego de los fundamentos analizados y del pormenorizado estudio realizado a esta norma – Ley 25.587, llamada también “Ley Antigoteo” - no le cabe a la misma otro camino que declarar indefectiblemente la Inconstitucionalidad en su totalidad.

Y es sólo el Poder Judicial, quien, si no excede sus facultades, puede poner límites a tales avasallamientos.

El Estado comenzó atacando la propiedad privada (depósitos bancarios), continuó con el sistema judicial, aniquilando – con ésta ley - todo concepto de tutela judicial efectiva, igualdad entre las partes, toda noción de recurso de amparo como defensa rápida y efectiva, desapareció la concepción de “medida cautelar”.

Creo en definitiva, que nos merecemos un proyecto de país mejor, más serio, con otras posibilidades, otras perspectivas y que no pierda ni nos haga perder el tiempo peleando por la inconstitucionalidad de una ley como la que he analizado, que es a todas luces violatoria a todas las garantías, que irónicamente dice defender.

Opino que es una cuestión de grado: graves restricciones en medio de emergencia leves deben ser rechazadas; pero peores restricciones en medio de un caos, tienen que ser cuidadosamente analizadas con suma prudencia, para que no agraven el caos que lleva a la total supresión de los derecho constitucionales.

En conclusión, el deber constitucional no es optativo, es y debe ser imperativo para los jueces cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a la decisión de los mismos una cuestión justiciable nadie puede sustraer de la esfera de acción del Poder Judicial la atribución inalienable y la obligación que tiene de hacer respetar la Constitución Nacional.

En suma, la universalidad es el signo de nuestro tiempo. Las constituciones reciben esa base consensuada y la proyectan en las legislaciones internas. Esto modifica el juego habitual de las fuentes de regulación normativa, y demuestra porqué sólo la Carta Superior de un Estado es el vértice de todo el sistema y el único elemento unificador compartido por todos y por ello debe respetarse.

**CECILIA BEATRIZ SPAGNOLO**

## CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 - Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Bs. As., Ed. Depalma, 1994, T. IV, Pág.44.
- 2 - López, Guillermo, “El Control de Constitucionalidad de Oficio” L.L. 28/10/02, Pág. 1.
- 3 - Carbone, Carlos “Análisis Provisorios de las Aristas Polémicas de la Ley 25.587 de Procedimiento en Materia de Emergencia Económica”, Bs. As., J.A. 2002-II, Fascículo 9 (29/05/02).
- 4 - Carbone, Carlos “Análisis Provisorios de las Aristas Polémicas de la Ley 25.587 de Procedimiento en Materia de Emergencia Económica”, Bs. As., J.A. 2002-II, Fascículo 9 (29/05/02).
- 5 - Carbone, Carlos “Análisis Provisorios de las Aristas Polémicas de la Ley 25.587 de Procedimiento en Materia de Emergencia Económica”, Bs. As., J.A. 2002-II, Fascículo 9 (29/05/02).
- 6 - Fallos 163:343 “Astrada”; Fallos 249:343 “Saint Hnos.”
- 7 - Peyrano, Jorge “Sentencia Anticipada” Ed. Rubinzal – Culzoni – 2002
- 8 - Llambias, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil” –Parte General-, Decimosexta Edición, Bs. As., Ed. Perrot, 1995, AT. I, Pág. 140.
- 9 - Llambias, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil” –Parte General-, Decimosexta Edición, Bs. As., Ed. Perrot, 1995, T. I, Pág. 144-145.
- 10 - Alterini, A.; Amenal, O.; Lopez Cabaña, R. “Derecho de las Obligaciones”, Cuarta Edición, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1992, Pág. 88.
- 11 - Sagüés, Néstor P. “La Inconstitucionalidad de la Concesión con Efecto Suspensivo de la Resolución Admisoria de Una Medida Cautelar en el Amparo” E. D., T. 188 – 2000 Pág. 554.
- 12 – Sagüés, Néstor P., “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Conflictos de Poderes” Doctrina Judicial, 1988 – 2 – 511.
- 13 – Arazi, Rolando, “Medidas Cautelares”, Bs. As., Ed. Astrea, 1999, Pág. 2.
- 14 - Zarini, Elio “Constitución Argentina Comentada y Anotada”, Cuarta Edición, Bs. As., Ed. Astrea, 1998, Pág. 101.
- 15 - Gelli, María A. “El caso Smith (La razonabilidad cuestionada)”, L.L. 04/02/02 Pág. 1.
- 16 – Gelli, María. “El caso Smith (La razonabilidad cuestionada)”, L.L. 04/02/02 Pág. 1.

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL**

- Alterini, A; Amenal, Oscar y López Cavana, Roberto “Derecho de las Obligaciones”, Cuarta Edición, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución Reformada”, Bs. As, Ed. Ediart 1998.
- Bidart Campos – Suplemento la Ley “Pesificación” Junio 2002.
- Carbone, Carlos A. “Análisis Provisorio de las Aristas Polémicas de la Ley 25.587 de Procedimiento en Materia de Emergencia Económica”, Bs.As., 29/05/02, J.A. 2002 II, Fascículo Nro. 9.
- Carbone, Carlos A. y Previdera, Jorge “Corralito Financiero”, Bs. As., Edición Zeus, 2002, Pág. 21 y ssgtes.
- Edkmekdjian, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Bs. As., Ed. Depalma, 1993/1997.
- Gil Domínguez – Suplemento la Ley “Pesificación” Junio 2002.
- Kielmanovich, Jorge L. “Algunas Breves Reflexiones en torno a la Ley 25.587” - Revista Jurídica La Ley 10/05/02.
- Ley 25.587 - Boletín Oficial 26/04/02.
- Llambías, J.J. “Tratado de Derecho Civil Parte General”, “Tratado de Derecho Civil” –Parte General-, Decimosexta Edición, Bs. As., Ed. Perrot, 1995.
- Miller, Jonathan; Gelli, Angélica y Cayuso, Susana “Constitución y Poder Político”, Bs. As., Ed. Astrea, 1987.
- Morello, Augusto M. “Las Medidas Cautelares y la Ley 25.587, El Derecho Revista Nro. 10.500, Bs. As., 10/05/02.
- Peyrano, Jorge “Sentencia Anticipada”, Bs. As., Edición Rubinzal – Culzoni, 2000.
- Sabsay, Daniel y Onaindia, José “La Constitución de los Argentinos – Análisis y Comentario de su Texto Luego de la Reforma de 1994”, Cuarta Edición, Bs. As., Ed. Errepar, 1998.
- Sagüés, Nestor P. “Ley de Amparo”, Bs. As., Ed. Astrea, 1979.
- Torricelli, Maximiliano “El Sistema de Control Constitucional Argentino”, Primera Edición, Bs. As., Ed. Depalma, 2002.
- Zarina, Elio – “Constitución Argentina Comentada y Anotada”, Bs. As., Ed. Astrea, 2000.

**ANEXOS**

## POSTURAS DOCTRINARIAS

### OPINIÓN DE GERMAN BIDART CAMPOS

Suplemento La Ley “pesificación” - Junio 2002.

Sostiene que:

Se pretende frenar, coartar, acomodar el sistema de cautelares que, como principio, y respondiendo a situaciones de emergencia a las que el constitucionalismo procesal tiene que deparar tutela, ha de funcionar dentro de un sobrio y mínimo marco legal para que sean los jueces quienes, en cada caso, arbitren lo que juzgan menester. Para eso ellos son los operadores a quienes la Constitución les confía lo más valioso del garantismo para el sistema de derechos.

Si de verdad hay emergencia, también de verdad este garantismo tiene que ser más fuerte y vigoroso que en tiempos normales. No al revés. Pero como parece que estamos viviendo del revés (y al revés de la Constitución), la ley ha querido poner cerrojos a las cautelares.

Toda medida cautelar, así como las anticipatorias, autosatisfactivas, urgentes, etc., en su variada categoría posible, tienen como finalidad deparar algún efecto protector de inmediato, sin demora, sin tramitaciones largas, con la provisionalidad que en la mayor parte de los casos caracteriza a este sector de resoluciones judiciales.

Argumenta que:

La nueva ley desvirtúa la naturaleza y el fin de toda medida cautelar, porque frustra su cumplimiento inmediato y rápido. Intercalar en su tratamiento pedidos de informes, someterla a una segunda instancia, más el agravante del efecto suspensivo, es atropellar no sólo el garantismo constitucional, son, además, invadir desde la legislación el ámbito operatorio del poder judicial. En síntesis: una cautelar privada de ejecución inmediata, sujeta a apelación y a efecto suspensivo en el recurso ante la alzada, no sirve para nada.

No en vano, dice, ya hay jueces sagaces que se dieron cuenta, y declaran la inconstitucionalidad de la ley. Concurren situaciones en que procesos iniciados antes de entrar en vigor la Ley 25.587 quedaban sometidos a un régimen normativo distinto; la sorpresa de quedar atrapados en el nuevo no solamente testimonia que hay ausencia absoluta de estabilidad y de seguridad jurídicas, sino que

habilita a reafirmar la idea de que la garantía del Juez natural exige que todo tribunal que ha de entender en un proceso debe haber recibido por ley anterior la competencia respectiva.

Destaca que para los procesos que se hallaban en curso, la ley 25.587 vino a añadir posteriormente la competencia apelada de una alzada judicial, cuya intervención inconstitucional (por no derivar de ley anterior) suma el efecto suspensivo, que además esteriliza la finalidad de cumplimiento inmediato y rápido de toda cautelar.

Conclusión de pocos puntos:

a) Para los procesos iniciados antes de la Ley 25.587, la alteración al sistema de tramitación que se ha observado vulnera por lo menos dos cosas:

1) La previsibilidad mínima que exige el derecho a la seguridad jurídica, y la seguridad jurídica como valor constitucional.

2) El derecho del justiciable a que el tribunal y la competencia del mismo cuenten con previsión legal anterior para abastecer el recaudo del juez natural.

b) Para los procesos anteriores y posteriores, en común a unos y otros, se transgrede la zona de reserva de los jueces para decidir cuando, como, con qué requisitos y consecuencias, deben conceder medidas cautelares; y se viola el derecho del justiciable a utilizar, según la necesidad y particularidad de su situación en el caso concreto, la medida cautelar que le preste provisionalmente la debida cobertura tutelar a su pretensión jurídica.

La Ley 25.587 dispone que la tramitación de todos los procesos señalados en su art. 1º corresponde a la competencia de la justicia federal.

Divide supuestos:

a) De los casos enunciados en el art. 1º, la competencia federal por “razón de partes” solamente cabe si la demanda se dirige contra el Estado o contra un banco estatal. Nada más. Extenderla a otros casos conspira contra los arts. 116 y 117 de la Constitución.

b) Si se supone que esa extensión halla causa por “razón de materia”, necesitamos que se nos aclare y explique cuál es la materia “federal” involucrada, y se pregunta: ¿Acaso la normativa de emergencia tiene una varita mágica para reconvertir a federal todo lo que toca por voluntad del Estado?.

c) Dejando de lado lo dicho en los incisos a) y b), y concediendo que para los juicios que se inicien a partir de la vigencia de la ley 25.587 sea procedente la competencia de la justicia federal, queda un tremendo hueco que resiste ser rellenado con dicha ley; en efecto, si juicios ya en trámite al entrar en vigor la ley habían sido bien promovidos ante tribunales locales transferidos por una ley posterior a la justicia federal configura un grosero golpe a la garantía del juez natural, porque juez natural es el tribunal que por ley anterior al hecho de la causa ha recibido competencia para conocer de ella; otra ley posterior no puede, constitucionalmente, sustraer la competencia al tribunal en el que pende la causa y depararle esa competencia a otro. Y esto es, a su entender, lo que en algunos casos acontece a raíz de la aplicación de la ley tapón a procesos anteriores que se hallaban en trámite ante tribunales locales, que son absorbidos por la Justicia Federal.

## OPINIÓN DE GIL DOMINGUEZ

Suplemento La Ley “Pesificación” Junio 2002

Manifiesta que:

La Ley 25.587 (Adla, Bol. 10/2002, p. 101) conocida popularmente con el nombre de “ley tapón o ley antigoteo” tuvo un definido beneficiario: el sistema financiero. De esta manera, el discurso jurídico legitimó la violación, ya no de los derechos fundamentales vulnerados por el “corralito financiero” en sus tres versiones (el derecho de propiedad, la libertad de intimidad y el derecho a un nivel adecuado de vida), sino del derecho fundamental de amparo.

Dice que analizar con candente inocencia, el “efecto suspensivo de la apelación de una medida cautelar dictada” o la “prohibición del dictado de una cautelar innovativa” desde la teoría del proceso o creyendo en el mito del “juicio contradictorio y del pronunciamiento final” (ver Morello, Augusto Mario, “Las medidas cautelares y la Ley 25.587. E.D. 10 de mayo de 2002.) y sin considerar la reparación urgente de derechos fundamentales, deriva necesariamente en el desconocimiento del objeto de la Constitución que garantiza, en todo momento, la centralidad de la persona y de sus derechos e intereses y la subordinación de todos los poderes (sin excepción) a este hogar común.

Opina que en un país donde el dólar se dispara día a día los bancos cierran, cambian ministro de economía y planes económicos cada tres meses, las normas se suceden sin ton ni son según las necesidades del sector financiero, es indispensable que las respuestas jurisdiccionales sean urgentes. Agrega que, los derechos fundamentales son la expresión jurídica de los valores de pacto social y constituyen el vaso comunicante de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico-político.

Afirma que:

1) La acción de amparo regulada en el art. 43 de la constitución argentina presenta una doble característica. Es un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, una acción al servicio de otros derechos y garantías fundamentales. Por este motivo, es necesario y muy importante recrear las fuentes que dieron origen al amparo, para advertir que en ningún caso se pretendió constituirlo un proceso dirimente de los derechos en disputa sino, por el contrario, configura un proceso protectorio, pues si algo aparece con suma certeza y liquidez son los derechos fundamentales violados a los cuales al amparo brinda protección adecuada (Rojas Jorge, “Un nuevo molde para el

amparo” Revista de Derecho Procesal N° 5, p. 72, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2000).

2) La acción de amparo en forma y sustancia es un fiel exponente de un derecho fundamental esencial: obtener una decisión jurisdiccional en un tiempo razonable en el marco de un proceso signado por la celeridad y la ausencia de obstáculos formales.

3) Un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución y esto implica preexistencia del derecho al momento de su configuración o delimitación legislativa. Significa que la propia Constitución ha definido determinada situación jurídica en términos que lo hacen identificable o discernible para el intérprete y que, además, también la Constitución ha determinado – o no ha excluido- la necesaria consideración de esa situación jurídica como “derecho” a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia: en nuestro caso la Constitución argentina. Por lo tanto, el derecho que preexiste a la ley, no podrá ser desfigurado por ésta (o por cualquier otra fuente normativa) sin incurrir en inconstitucionalidad, o sea, quebrar su núcleo esencial. (ver Jiménez Campo, Javier “Derechos Fundamentales. Conceptos y Garantías”. Pág. 24/25. Ed. Trotta, España 1999).

El amparo como derecho fundamental tiene un núcleo esencial que no puede ser desconocido o transgredido por los poderes constituidos.

La totalidad de este núcleo intangible se encuentra prescripto en el art. 43 de la Constitución argentino. Presenta aspectos formales o sustanciales. Entre los primeros, el amparo es una acción expedita y rápida, que procede aunque no se haya agotado la vía administrativa y siempre que no exista un medio judicial más idóneo. Entre los segundos, la legitimación procesal clásica y colecta (según el amparo sea clásico o colectivo), la existencia de un acto de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos fundamentales o garantías institucionales subjetivas o colectivas. Este núcleo esencial se refuerza con los aportes que desde el Bloque de la Constitucionalidad Federal hace los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional originaria o derivada (ver Pizzolo Calogero, “La exigencia de un Recurso Eficaz, Sencillo y Breve en el Bloque de la Constitucionalidad Federal”, Revista Argentina de Derecho Constitucional N° 3, año 2, Ed. Ediar, Argentina, 2001).

La existencia del núcleo esencial tiene como principal efecto, que toda norma anterior o posterior a la sanción de la constitución argentina, contraria a los elementos formales o sustanciales que conforman el núcleo esencial del derecho fundamental a la acción de amparo sea inconstitucional.

Afirma que el tiempo, las urgencias del gobierno, las presiones del sistema financiero; no son razones atendibles que justifiquen la prohibición de caminos procesales que aseguren la plena vigencia de derechos fundamentales.

Por último, entiende que el enunciado normativo analizado no respeta las pautas de razonabilidad y proporcionalidad debidas. En palabras de Alberto Bianchi - “La Corte Suprema la establecido su tesis oficial sobre emergencia económica”, La Ley 1991- C, 141 - un derecho judicial acorde a la Constitución respecto del debido proceso sustantivo es aquel que verifica si el texto constitucional tolera que esa porción de los derechos fundamentales por ella protegidos –que han sido excluidos por ley o reglamento- puede ser efectivamente eliminado; para esto, debe examinar cuáles han sido los fines reales, debe establecer el nexo entre dichos fines y los medios escogidos. El fin real ha sido colocar el “tapón jurídico” que obstruya el goteo o afluencia de los depósitos confiscados por el sistema denominado “corralito financiero”. El medio utilizado es una ley que violenta derechos fundamentales sancionada por un Parlamento cuya representatividad sustancial se ha esfumado. Y el nexo es un elemento que conecta un medio que desconoce a la Constitución.

El discurso jurídico opera mediante mitos y ficciones que permiten obtener la obediencia al respecto por el orden jurídico. A la Argentina le hace falta un sueño colectivo que foguee la creación de una nueva República. Leyes como la 25.587 boicotean ese anhelo y nos colocan cerca del abismo.

## OPINION DE AUGUSTO MARIO MORELLO

El Derecho, 10/05/02 P. 1

Argumenta que:

El país jurídico se embarcó en la nave del amparo, poniendo de manifiesto el número sideral de causas que presionan sobre juzgados desbordados y sin reflejos. Pero, afirma, no pocos han sabido usar de la medida cautelar que, como paisaje central y decisivo con colores propios, matiza la vía urgente, expedita y fecunda del instituto que estampó el art. 43 de la Constitución Nacional en la Reforma de 1994. Asegura que infinidad de operadores descubrieron las posibilidades funcionales y tutelares de esa fuerte y espléndida garantía (la del amparo), pero no interesó el núcleo y lo propio de esa figura, sus posibilidades en el trámite completo, si no el episodio que deriva de aquel y le es auxiliar al menos aparentemente: la medida cautelar. Con esta se removían los obstáculos y abría el corralito a la alternativa del retorno inmediato de dólares o pesos (en desigual pareja). Por ello, esgrime, vino el bombardeo de las pretensiones amparistas o en rigor, del anticipo cautelar de las mismas, buscando ganar espacio por donde escapan, en los poros de la realidad, al reencuentro esperado.

Dice que la legislación, a su vez, se imagina y dispara para suministrar un específico blindaje a este o aquél interés a tutelar como prioritario por el Estado, que se radica en una mal trabajada armadura económica financiera y que se arremolina en sus nefastas consecuencias, aumentando la hoguera y no la paz social en igualdad y equidad. Opina que se hace trizas también el principio de razonabilidad y el lógico vector orientador porque se discrimina y no es proporcional. Según su criterio, en el “sálvese quien pueda” pocos saben salir del laberinto al conocer los secretos que le permiten escapar. Agrega que las atropelladas contra el corralito abrieron sucesivos boquetes y en la pertinencia de esa política y su prolongación, el salvataje se buscó por los senderos procesales.

Expresa, que el legislador —es decir el Poder Ejecutivo que es el que implementó el proyecto— vio la debilidad del corralito ante el poder de los jueces y sus interpretaciones, y cuando el eficaz juego de las medidas cautelares originadas algunas a extramuros de la City (Provincia del Chaco, Santiago del Estero etc.) había hecho buena cosecha, ajusta la trama del conjunto viéndolo desde esta cautela, para lo cual imagina un retorno a la ortodoxia de la doctrina científica y a

pinceladas novedosas que porfían por instalar la esfera del art. 230 del C.P.C.C.N. (medida innovativa) en una rígida identidad, de acotado contenido y límites precisos.

Agrega que la regla es la de que la prohibición de innovar cuando se demanda al Estado Nacional y organizaciones financieras, cobra una presencia desagradable y distorsionadora, en una controversia que no debe quedar en las manos de la instancia primera ni en la alborada del amparo (ni en las de las técnicas asimiladas: pretensión mere declarativa, art. 322 del C.P.C.C.N.; procesos sumarios o sumarísimos; vía incidental).

Fundamenta que:

1. Los efectos retroactivos que se atribuyen a ese bloqueo desconocen la estabilidad ganada en el proceso y a cubierto del giro copernicano que le imprime la Ley 25.587.

No resulta conciliable con la garantía de la propiedad y la estabilidad de lo actuado en la causa con relación a la medida cautelar, que la ley nueva pueda arrebatar o alterar lo ya consumido en el trámite al amparo de la legislación anterior; en tal caso el principio de la no retroactividad de la ley deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema (Fallos, 319:1915, cons. 5° y sus citas).

Importa recordar, asimismo, que el Tribunal cimero como lo ha expresado reiteradamente señala que para que exista derecho adquirido es necesario que el titular haya cumplido bajo la vigencia de la norma derogada o modificada todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley, aun cuando falte la declaración formal y final de una sentencia o acto administrativo (Fallos 298:472; 304:871; 314:481).

2. Acordarse al recurso de apelación efectos suspensivos (art. 4° orientación criticada con vehemencia en el régimen procesal y vigente del amparo, y fundamentalmente, que aunque se privilegie no autorizar la entrega hasta que se resuelva sobre el mérito, debió contemplarse expresamente, tal como se establecía en el proyecto originario del Poder Ejecutivo, que los fondos, en todos los supuestos salvo las excepciones contempladas en el art. 1° , deben quedar en custodia en el propio banco o en otra entidad financiera a la orden del juez, pero no sin asignarle ese destino específico. De lo contrario estarán en libre disponibilidad desconociéndose la afectación y titularidad del depositante. Los jueces deben estar atentos en una hermenéutica acorde a este aspecto decisivo.

Bastaba inmovilizar los depósitos a la orden del Juez y no alterar el régimen y contenido de la cautela, pero ahora se legisla con esos defectos de técnica en el huracán del apuro. Queremos decir “de llegar” para que algo todavía tenga consistencia y no sea nada más que los restos del naufragio. La estabilidad procesal queda también en la ruta de la inseguridad jurídica (art. 17 y 18, Constitución Nacional).

4. Desde el plano procesal, finalmente, no nos parece homologable que el art. 3° a los fines del cumplimiento de toda medida cautelar gestione un oficio que demorará no menos de 40 días y que se intercala sólo para “ganar tiempo”.

En todos estos puntos no faltará trabajo a los jueces.

Concluye esgrimiendo que:

El Derecho, cuando se lo distorsiona y se lo usa para todo, haciéndole perder su lógica interior y su papel de gladiador para la paz y la convivencia, sabe vengarse y vuelve a las fuentes. El orden, la tolerancia, el equilibrio; es decir, a lo justo y equitativo. También se lo señala a la Justicia, que débil, no puede mirar para otro lado, aunque muchas veces así lo haga.

Es cierto asimismo, que todo no está reservado al Derecho y a la Justicia, a los que le estamos pidiendo en demasía aquello que ha de resolverse por la política, la economía y el sentido común.

## OPINION DE CARLOS GHERSI

### Ley Antigoteo o Tapón, para evitar la Ejecución de Medidas Cautelares

#### **Sumario**

- 1.- Introducción.
- 2.- El avance sobre el derecho procesal de las Provincias y la irrupción federalista.
- 3.- Las medidas cautelares.
- 4.- El amparo y el derecho constitucional.
- 5.- Las incongruencias inadmisibles.
- 6.- Reflexiones y aproximaciones valorativas.

#### **1.- Introducción.-**

La ley 25.567 conforma con las anteriores la "normativa denominada de emergencia" y es otra muestra mas de inconstitucionalidad e incluso por quienes la dictaron (el Congreso de la Nación Argentina) de ignorancia (lo que ya argumentaremos y probaremos) así como el avasallamiento del poder de la Provincias y del tan mentado federalismo, sobre todo en el Senado que se constituye especialmente en representante auténtico y directo de las Provincias.

En cuanto al contenido, también es inconstitucional y deroga el derecho fundamental de "anticipación" (1) que poseen los ciudadanos ante el avasallamiento de sus derechos (en este caso los económicos) y por último, ultraja el poder de los Jueces de Primera Instancia que los considera "insuficientes e ineficientes" para preservar los valores constitucionales del bien común.

En fin, un verdadero horror legislativo.

#### **2.- El avance sobre el derecho procesal de las Provincia y la irrupción**

### **federalista.**

El art. 75 inc. 12 (2) de la Constitución Nacional establece claramente la **competencia** de las Provincias para dictarse las normas de organización jurisdiccional / tribunalicia y el respectivo derecho procesal, especialmente el Código de Procedimientos.

En este sentido, cada Código Procesal establece lo atinente a como deben decretarse las medidas cautelares, requisitos, recursos, etc, ya que es una cuestión eminentemente de procedimiento ,esta sola situación hace que cualquier ley federal (3) que legisle al respecto esté avasallando la **competencia** de las Provincias y por ese solo hecho resulte inconstitucional.

En cuanto a la **medida cautelar**, puede ser complementaria de cualquier tipo de proceso o autónoma y en cualquier Tribunal, independientemente de su jerarquía, competencia o jurisdicción, por lo cual establecer como única posibilidad que la misma tramite en el Fuero Federal es el desconocimiento por parte de los Sres. Legisladores de las mas elementales nociones y conceptos de la organización de los Tribunales y la esencia de la medida cautelar. (4).

### **3.- Las medidas cautelares.**

El trámite de un juicio como situación temporal, puede constituir el derecho en irrisorio o inejecutable de allí que los códigos procesales (de todas las Provincias, incluso algunas con medidas mas modernas, verbigracia como las autosatisfactivas, etc ) regulan medidas cautelares de diversas características tratando de asegurar la eficacia de la sentencia definitiva del proceso. (5 )

Los requisitos de la acción para obtener una medida cautelar son los siguientes, el art. 195 del C.P.C.C.N. establece que en la presentación debe:

→ A) Establecerse el derecho que se pretende asegurar.

→ B) Individualizar la medida cautelar concreta que se solicita.

→ C) El fundamento legal.

→ D) Los requisitos que atañen a la medida cautelar concreta.-

En cuanto a **momento de interponerse** puede ser hecho antes, durante o después de deducida la demanda y en forma autónoma o como accesoria del proceso principal.

La **verosimilitud del derecho**, implica que la acreditación mediante el acto de solicitud es fundado y autosuficiente, que impida la frustración del derecho y que le permita al Magistrado dictar la medida inaudita parte y hasta tanto se sustancie el proceso para la sentencia definitiva (6).

Por último, lo atinente a la **Jurisdicción y Competencia**, si bien el art. 6to inc. 4 del C.P.C.C.N. establece que será el Juez quien deberá entender en el proceso principal, en caso que la medida cautelar se plantee con antelación (en amparo o proceso principal) la circunscripción jurisdiccional y la competencia del Magistrado natural se desplaza en favor del Juez que conoce en primer lugar, es decir, no existe en este sentido posibilidad de declararse incompetente ya que la celeridad e importancia de la medida justifican el desplazamiento de la Jurisdicción y Competencia, así lo determina el art. 196 del C.P.C.C.N. (7)

Decretada la medida deberá ser remitido a la Jurisdicción y Fuero que el Magistrado considere que deberá ser competente y que allí se decida este tema, (competencia) antes de continuar con la acción o pretensión del actor.

#### **4.- El amparo y el derecho constitucional.-**

El nuevo articulado de la Constitución Nacional se han ampliado los canales de acceso a la justicia, al consagrarse expresamente en el art. 43, párr. 1º, la acción de amparo: “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”.

Aún antes de la reforma constitucional, el amparo era admitido en distintas situaciones relacionadas con la prestación de servicios asistenciales, frente a aquellos actos que lesionaran los derechos de los pacientes y en especial la preservación de la salud, pero su ámbito de aplicación era reservado únicamente a cuando la amenaza o trasgresión procedía de la autoridad pública (art. 1º. Ley 16.986)

Lo novedoso ahora es que la vía de amparo puede ser interpuesta no sólo contra cualquier acción u omisión proveniente del poder público, sino también contra actos y omisiones de los particulares. Por otra parte, luego de la reforma constitucional, no resulta exigible para la viabilidad del amparo el agotamiento de la vía administrativa.

A través de esta vía, se posibilita que el usuario pueda acudir a un procedimiento más rápido y efectivo que los procesos comunes, y evitar el peligro que en ciertos casos una demora podría aparejar. Por ser de carácter excepcional, esta acción procede siempre y cuando no exista otro remedio judicial más idóneo y más rápido.

Constituye, por tanto, una herramienta jurídica de suma importancia en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores que conexados con la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor 24.240 (8) constituyen una herramienta insustituible en la defensa de los derechos fundamentales del ser humano económicos y extraeconómicos (9) y que en cierto sentido vine a suplir la Justicia de Pequeñas Causas existente en la República Federal del Brasil (10) por la celeridad y gratuidad inicial.

## **5.- Las incongruencias inadmisibles**

El art.1ero de la Ley 25.567 establece que: "en ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener como objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa ni consistir en la entrega bajo ningún título al peticionario de los bienes objeto de la cautela "

Es indudable que probablemente ninguno de los

legisladores, menos los que ostentan el título de abogado, jamás hayan hecho un amparo con medida cautelar, pues de lo contrario esta redacción no se hubiese incorporado a la ley o la desesperación es tal que los hace cometer esta imperdonable torpeza e incongruencia.

Precisamente el amparo con medida cautelar tiende a asegurar el derecho que en definitiva la sentencia va a versar, así, por ejemplo, ha sido considerado por la tendencia jurisprudencial pacífica y unánime en materia de salud y aun en resguardo de derechos económicos, incluso la misma Corte Suprema de Justicia Nacional, de allí que el criterio expuesto en la norma sea a contrario de la interpretación judicial y la doctrina mas prestigiosa (11).

La misma norma hacia el final del artículo establece la **retroactividad** (12) de la disposición sobre las medidas cautelares pendientes de ejecución, desconociendo la potestad del Poder Judicial como Poder independiente del Estado, pues el Magistrado ya ha emitido una orden en virtud de un derecho existente y consecuentemente con la normativa vigente, lo que lleva sin duda a la tan mentada inseguridad jurídica provocada por el mismo legislador que la pregona como elemento determinante de la paz del país y las inversiones extranjeras. (13)

El art. 2do establece la imposibilidad de que las medidas cautelares puedan ejecutarse sobre fondos del BCRA, aun cuando los mismos estén por razones transitorias u operativas en poder de las entidades financieras.

A que fondo nos estamos refiriendo?

Suponemos que se trata de **dinero** en pesos o moneda extranjera ( pues en el caso de títulos negociables nacionales o extranjeros se trata de prestaciones de cosa determinadamente cierta, para lo cual existe un régimen especial de derecho económico de propiedad) por lo cual estamos frente a una **prestación de cantidad fungible** (a menos que se haya individualizado con el número de cada billete) por lo cual al estar en entidades financieras o bancos, dicha fungibilidad hace perder el carácter de **propiedad específica** del BCRA y se transforma en una **obligación de restituir** de la entidad financiera de cantidades de cosas fungibles (art. 616 del Cod Civil coordinadamente con los arts 601 y 604 del mismo cuerpo legal)

En este sentido queda claro que el dinero incorporado físicamente (en forma transitoria a una entidad financiera) puede ser objeto de una

medida cautelar y la misma entidad frente al BCRA deberá restituir la cantidad y calidad recibida que se ha homogeneizado con su propia moneda - dinero.

Esta es otra prueba más de la debilidad e ignorancia legislativa.

El art. 3ero establece como **prerrequisito para el dictado de la medida cautelar** el libramiento de un oficio al BCRA a efectos de que se informe los saldos existentes de la cuenta de la peticionaria.

Entendemos que se trata de una redacción errónea, pues la peticionaria es aquella que posee una determinada cantidad de dinero (monto y calidad de moneda) en la entidad financiera y este dato no se encuentra disponible en el BCRA entendemos que ha querido decir el saldo de la entidad financiera y no la peticionaria con la posibilidad de ir conociendo el giro y disponibilidad de las entidades financieras y la afectación por medidas cautelares. De lo contrario no encontramos justificación de esta norma.

El art. 4 establece que las medidas cautelares serán apelables con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones.....dicho recurso deberá presentado ante el Juzgado dentro de los cinco días (entendemos que son hábiles, pues son plazos procesales) contados a partir del momento que el interesado tomare conocimiento de la resolución que concedió la medida cautelar Los fundamentos deberán expresarse en el mismo escrito, perimiendo la interposición a la demandada y entidades financieras aún cuando no tuvieren aquel carácter.

En primer lugar establecimos que cualquier Juez de cualquier fuero ,jurisdicción y competencia puede dictar la medida cautelar con lo cual pretender que la apelación sea competente la Cámara Federal para que quede firme aquella medida y pueda ser ejecutoriada ,implica lisa y llanamente intervenir por ejemplo en el fuero provincial y desconocer el derecho procesal provincial .

En segundo término recibido por un Juzgado Provincial (que dictó la medida) éste lo remite a la Cámara Federal de Apelaciones. Nos preguntamos y el Juez Federal Jurisdiccional de Primera Instancia?

No se establece de esta forma una competencia o suerte de tribunal especial prohibido por la Constitución Nacional, ya que altera la jurisdicción

y competencia de los jueces naturales? En fin el tema es sumamente delicado y complejo, pero entendemos que se está rozando la inconstitucionalidad.

El art. 5 nada agrega pues las **indicaciones** que le da a la Cámara no son más que las que cualquier Código Procesal establece para la resolución de los recursos en Alzada. Lo que nos parece una **falta de respeto** que los legisladores indiquen al Poder Judicial que deben hacer, cuando ello surge de sus propias funciones.

Por último establece que los expediente que arribaron a la Corte Suprema mediante el per. saltum, debe remitirse a la Cámara Federal de Apelaciones, decisión eminentemente política y evitar un precedente de la Corte y descomprimir el trabajo de esta.

El art. 9 establece la vigencia de la ley desde su promulgación y no desde la publicación en el Boletín Oficial que es lo habitual, esto por la claridad con que las autoridades desean penalizar las medidas cautelares y evitar que cualquier ciudadano haga efectivo sus derecho de propiedad.

## **6.- Reflexiones y aproximaciones valorativas.**

Cuando un Gobierno ha perdido el rumbo, no se constituye en legítimo representante de la sociedad sino simplemente en legal representante del poder de los intereses financieros y de un modelo neoliberal extranjerizante apela a cualquier tipo de legislación para **apropiarse** del trabajo de acumulado ,en este caso representado por dinero o moneda extranjera en un plazo fijo o caja de ahorro, etc (calidad de vida) de la gente que compone una sociedad (clase media) y poder así convalidar la exportación ilegítima de ganancias ya remitidas a las casas centrales en el caso de los bancos extranjeros y en los nacionales el vaciamiento en favor de los gobiernos de turno (provinciales y nacionales).

Pretender que las personas no obtengan medidas cautelares en resguardo de sus derechos violados por el Estado (mejor dicho el gobierno que ocupa el Estado) y los bancos, es sin duda inconstitucional desde los valores centrales que hacen a la existencia y esencia de la construcción de una Estado, fuera de lo cual como dice Oscar Mejía Quintana “queda solo la desobediencia civil” (14).

## NOTAS - del autor citado -

1.- Ghersi, Carlos A. Tercera vía Pág. 85 ( Cáp. IV Derecho de daños anticipación y prevención antes que reparación ) Ed Gowa . Bs As 2da edición. 2000.

2.- Art. 75 inc. 12 Const. Nacional: “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. (es decir, las Provincias mantienen su competencia en el plano de los Códigos procesales)

3.- Aclaremos que la leyes que dicta el Congreso de la Nación Argentina son de carácter Federal, ya que han desaparecido los Territorios Nacionales y la Intendencia de la Ciudad de Buenos Aires que se convirtió en autónoma y posee al respecto su propia composición jurisdiccional.

4.- Hohfeld, W. Conceptos jurídicos fundamentales. Pág. 41. Las reglas procesales pertinentes son las que determinan si las alegaciones deben ser genéricas o específicas y si en esto último se fundan las consideraciones valorativas y la conveniencia de acordar tal o cual derecho. Vease Illinois Steel Co c/ Ostrosky, 1902 .N.Y. que convalida hechos operativos como algo que exigen las formas procesales como suficiente para conceder un derecho.

5.- Serantes Peña y otro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Vol. 1 Pág. 480. ED Astrea. Bs As 1987.

6.- Consulta. Botos Martines, Raúl. Medidas cautelares ED Universidad Bs. As 1994

7.- Art. 196 del C.P.C.C.N.: “Medida decretada por juez incompetente. Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”.

- 8.- Peyrano. Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor, JA- 1994-IV-765.
- 9.- Juzg. Nac. Civ. N° 73, 25-9-95, firme JA, 1996-I-407, con nota de Weingarten – Ghersi, Sida y medicina prepaga. (Un fallo con trascendencia social).
- 10.- Revista Juizado de Pequeñas Causas, Doctrina-Jurisprudencia 7/8, Porto Alegre, abr-ago.1993.
- 11.- Hoff, Pedro. Bioética y derechos humanos. Ed. Depalma. Bs. As. 2001.
- 12.- Consulta. Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Ed Trotta. Madrid .2001.-
- 13.- Apel K y Cortina A Etica comunicativa y democracia. Pág.15. " En la historia occidental la problemática de la justificación se ha radicalizado en dos direcciones diversas: con la pregunta por la legitimidad, es decir, la justicia de la norma misma y con la pregunta por el valor ético, es decir, por la justicia de los agentes.... la eticidad de los individuos ya no es garantizada por que integren las instituciones... y las normas de la sociedad ya no obtienen legitimidad por la facticidad institucional, de allí la importancia de la separación de legalidad y legitimidad " .En este sentido consideramos que estas normas pueden se legales (por la eticidad de la institución que las dicta - el Congreso - ) pero son de una ilegitimidad manifiesta porque avasallan el poder del Poder Judicial como tal.
- 14.- Mejía Quintana. La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil. Ed Universidad Nacional de Colombia. Bogota .2001.

***JURISPRUDENCIA***



**1) INCONSTITUCIONALIDAD LEY 25.587 – Art. 1º.** Autos: “GRIMBERG, Marcelo Pablo c/ P.E.N. – Dcto. 1.570/01 s/ Amparo – Ley 16.986. Fallo Nro. 1.253/02 de fecha 25/06/02 Buenos Aires. El Juez de la Instancia anterior rechaza la medida cautelar solicitada por el actor, por entender que no se hallaban reunidos los requisitos para su procedencia ... Apela el actor reclamando la transferencia de los depósitos a efectos de tener que realizarse estudios médicos en el exterior ... Asimismo plantea la inconstitucionalidad de la ley 25.587 ... Nuestro más Alto Tribunal señaló que los otros poderes del Estado carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial (Fallos 324:1177) ... La norma bajo análisis establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial pues resulta competencia exclusiva de los Jueces apreciar en cada caso concreto que medidas de las articuladas por el código de rito, resulta ser la más adecuada en su aplicación a la controversia específica a fin de asegurar la eventual ejecución de la sentencia ... Tal función que hace a la esencia del Poder Judicial y, como se explicará a nuestro sistema republicano de Gobierno, no puede ser limitada por el Poder Legislativo para un determinado grupo de casos según la materia en litigio, con posterioridad a la iniciación de los procesos , sin que ello suponga un avasallamiento a los principios de nuestra Ley Fundamental ... La mentada normativa resulta atentatoria del principio de igualdad toda vez que coloca en una posición más perjudicial, de cara a la eventual ejecución de la sentencia, a quienes promuevan los procesos judiciales indicados en el art. 1º de la Ley 25.587, respecto de aquellos que accionen por cualquier otro objeto, sobre los cuales rige con toda amplitud el instituto de las medidas cautelares. Consecuentemente se declara inconstitucional el art. 1º de la Ley 25.587 por violatorio de las garantías consagradas en los art. 1º, 16º, 18º, 31º, 43º y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional y los arts. 8º y 25º de la Convención Americana de los Derechos Humanos ... Fdo. Dres. M.I. Garzón De Conte Grand – Jorge H. Damarco, Jueces de Cámara.



## ❖ JURISPRUDENCIA



### **2) INCONSTITUCIONALIDAD LEY 25.587, Art. 4°**

Autos: “Scarpati, Angela c/ P.E.N. s/ Amparo”, Expte. Nro. 04351 (originario de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Rosario) Fallo Nro. 1495 de fecha 05/08/02. El Juez aquo declaró la inconstitucionalidad del art. 4° de la Ley 25.587 y concedió con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional contra la medida cautelar ordenada en los autos principales ... Ello dio lugar al recurso de queja interpuesto por la parte demandada por el cual solicita se otorgue la apelación con efecto suspensivo, conforme lo dispuesto por el art. 4° de la Ley 25.587 ... Hay consenso doctrinal y jurisprudencial que en el amparo rige el efecto devolutivo para las apelaciones que se interpongan contra las sentencias, lo que es extensivo a las medidas cautelares ... Dice Sagüés que, la expeditividad del amparo exige respuestas prontas, libres de estorbos aptas para brindar un remedio útil ante la posibilidad de un daño de imposible o difícil reparación ulterior, cosa que raramente se logrará si la apelación ante la medida otorgada lo es con efecto suspensivo ... Si se admite su apelación con este efecto parece palmario que no se satisfecerá tal exigencia constitucional, ya que el tránsito del recurso y el tiempo necesario para resolverlo podrá generar allí un gravamen irreparable ... El art. 4° de la Ley 25.587, va contra los principios establecidos en el art. 43 de la C.N. y del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece el derecho de toda persona a “ ... un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectos ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violes sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la mencionada Convención ...”, significando entonces una violación a la tutela judicial efectiva, dado que nada vale otorgar una medida cautelar y luego retrasarla con la mera interposición de un recurso de apelación, lo que equivale de privarla de su carácter precautorio ... Por consiguiente, el efecto suspensivo dispuesto por la Ley 25.587 es violatorio del art. 43 de la Constitución Nacional, y por tanto se considera

correcta la declaración de su inconstitucionalidad formulada por el Juez a-quo concediendo el recurso de apelación con efecto devolutivo ... Fdo. Dres. Edgardo Bello – Héctor Tripicchio, Jueces de Cámara.

## ❖ JURISPRUDENCIA



### **3) INCONSTITUCIONALIDAD LEY 25.587, Art. 1º, párrafos 1º, 2º y 4º**

Autos: “MARTINCEVICH, Jesús R. c/ Banco Nación Arg. s/ Amparo”, Expte. Nro. 0256 (Cámara Federal de Apelaciones de Rosario). Sentencia Nro. 1900/02 del 17/09/02. La jueza a quo hizo lugar a la medida cautelar peticionada por el actor y en consecuencia ordenó al Banco de la Nación Argentina y por su intermedio al Banco Central de la República Argentina y al Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Economía), que proceda a la devolución de los fondos depositados en la mencionada institución en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos que resulten de la conversión de los dólares a la cotización del mercado libre tipo vendedor al día de cumplimiento de la medida ... Contra ella, el Estado Nacional y el Banco de la Nación Argentina interpusieron recursos de apelación ... La ley 25.587 sólo admite en el primer párrafo de su artículo 1º como medida cautelar la prohibición de innovar instituida por el artículo 230 del C.P.C.C.N., lo que reduce considerablemente la facultad jurisdiccional de asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia que oportunamente se dicte en el amparo ... Esta norma establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces apreciar en cada caso concreto si corresponde la medida peticionada a fin de asegurar la eventual ejecución de la sentencia. Más aún, a fin de evitar perjuicios o gravámenes el Juez puede disponer una medida precautoria distinta a la solicitada o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger (cfr. art. 204 C.P.C.C.N.) ... Tal función, puntualizamos, hace a la esencia del Poder Judicial y del sistema republicano de Gobierno, y no puede ser limitada por el Poder Legislativo para un determinado grupo de casos, según la materia en litigio, con posterioridad a la iniciación de los procesos, sin que ello suponga un avasallamiento a los principios de nuestra Carta Magna ... Del debate parlamentario de la Ley 25.587 surge que el objetivo de esa norma era paliar la situación de crisis del sistema financiero. Admite sólo como medida

cautelar la prohibición de innovar para “evitar una sangría continua de los depósitos de los ahorristas argentinos”, pero ello en realidad haría estéril la facultad jurisdiccional de asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia favorable. Si bien la norma cuestionada se sustentaría en la necesidad de defender el sistema financiero, no se habría advertido que para mantener un sistema basado en la confianza, se parte de la destrucción de esa confianza, porque se modifican continuamente todas las reglas existentes, tanto de carácter sustancial como las procesales que regulan las acciones judiciales .... La prohibición de innovar tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho mientras dure el proceso y con miras a la eventual sentencia a dictarse. En las actuales circunstancias -de público y notorio conocimiento-, la medida cautelar prevista por la ley referida no cumple con la finalidad propia del instituto en análisis enunciado en el inciso 2º del art. 230 C.P.C.C.N. ... Puede concluirse que la limitación impuesta por el Poder Legislativo al Poder Judicial para dictar medidas cautelares resulta contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional, ya que desnaturaliza la esencia de tal instituto y resulta contraria al principio de tutela judicial efectiva ... Las referidas normas procesales de la ley 25.587 resultan violatorias del “principio de igualdad procesal” ... Atentan contra el “principio de igualdad” ... Es inconstitucional el último párrafo del art. 1º cuando establece la retroactividad de la ley a las causas en trámite y a las medidas cautelares que se encuentran pendientes de ejecución ... Constituye un avasallamiento del poder político sobre el jurisdiccional, violándose el principio procesal de preclusión .... Por todo ello, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 1º, primero, segundo y cuarto párrafo, de la ley 25.587, por resultar violatorio de las garantías consagradas en los artículos 16, 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Fdo. Dres. Edgardo Bello, Héctor Tripicchio, Jueces de Cámara.

Es dable señalar que el fallo precedente sienta jurisprudencia en la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario respecto de la Inconstitucionalidad de la ley aquí tratada.

*MATERIAL PERIODÍSTICO*



¡QUE LIO! EL SENADOR OSCAR LAMBERTO SE TOMA LA CABEZA, ANOCHE DURANTE EL DEBATE. (Foto: Gustavo Garelo)

### OTRA ETAPA EN LA CRISIS: ANOCHE YA SE DEBATIA EN LA CAMARA DE DIPUTADOS

#### Aprobó el Senado el proyecto que frena los amparos judiciales

El PJ impuso su mayoría en la Cámara alta, porque el resto de los partidos, incluida la UCR, votó en contra. Los recursos de amparo deberán ser confirmados por la Cámara Federal

El peronismo logró hacer aprobar anoche en el Senado el proyecto de la ley "tapón", con el que el Gobierno **intentará frenar transitoriamente el "goteo" de fondos** que sufren los bancos por los amparos judiciales a ahorristas atrapados en el corralito. Todas las otras fuerzas políticas se opusieron —incluida la UCR, que trató de mostrar así una "actitud independiente" del Gobierno de Eduardo Duhalde— y la ley se aprobó con apenas 5 votos de diferencia.

Anoche, el proyecto fue enviado con urgencia a la Cámara de Diputados, que estaba sesionando, para que se convierta en ley de inmediato y **los bancos puedan reabrir sus puertas ya protegidos** de los amparos judiciales.

La nueva norma —tachada por los opositores de "inconstitucional"— fue tomada como una forma de **"ganar tiempo"** para que los bancos puedan abrir sus puertas sin peligro, hasta que se diagrame un plan económico que permita salir del corralito de forma ordenada. Dispone lo siguiente:

Los amparos favorables sólo se podrán hacer efectivos cuando tengan **sentencia firme** de la Cámara Federal de Apelaciones, porque hasta ahora los ordenaba un juez aunque exista una apelación.

Sólo se exceptúan los casos en que haya riesgos sobre la vida, la salud o integridad física de las personas, o cuando el reclamante sea mayor de 75 años.

Tiene efecto retroactivo, es decir que **se aplicará a todas las causas en trámite** y las que estén pendientes de ejecución.

Todos los fallos de primera instancia serán resueltos por las respectivas Cámaras de Apelaciones, y **se deja sin efecto la posibilidad de acudir a la Corte**. Los casos que estén en el máximo tribunal deberán volver a la Cámara.

Ordena que todos los amparos deberán tramitarse **únicamente ante la Justicia Federal**. Hasta ahora, había jueces provinciales que intervenían a favor de ahorristas.

En el Senado, el debate tuvo un trámite curioso: sólo tres legisladores hicieron discursos a favor, más de 10 hablaron en contra, y al final **se impuso la mayoría peronista por 31 a 26 votos**. Cuatro senadores del PJ se opusieron: dos de Santa Cruz (Cristina Kirchner y Nicolás Fernández) y dos de San Luis, Liliana Negre y Raúl Ochoa.

La UCR avaló que se tomen medidas similares para frenar el drenaje de fondos, pero **presentó su propio proyecto** que abarcaba a "todos" los ahorristas y no sólo a los que presentaron amparos, según el jefe de bloque Carlos Maestro. Los radicales no votaron la iniciativa oficial, pero contribuyeron a formar el quórum necesario para sesionar porque el PJ solo no lo hubiera conseguido.

Desde el peronismo, el ex secretario de Hacienda Oscar Lamberto se destacó por la encendida defensa de la ley: "No es cierto que haya algunos bancos que están mejores que otros, **los que están en peligro son los ahorristas**", aseguró, y agregó en tono dramático que "no quiero cargar sobre mis espaldas con 50.000 muertos, que es lo que le pasó a un país que se cayó junto a sus bancos".

Según Lamberto, "el mes que viene entramos en default con los organismos de crédito internacionales. Tendremos el **triste privilegio** de equiparar al único país que lo hizo en el mundo, Camboya".

La nueva ley fue objeto de confusiones —circularon al menos cinco borradores diferentes— hasta que la redacción final llegó a las bancas poco antes de que se votara. Según los que se opusieron, cada nueva versión **fue un paso más en contra de los ahorristas**.

Por ejemplo, se dejó sin efecto el resguardo que tenía el original, acordado el martes con el ministro de Justicia Jorge Vanossi: en la primera versión, el dinero reclamado quedaba como "depósito judicial" indisponible dentro del propio banco, y con la garantía de que, **ante una eventual quiebra de la entidad, el monto sería devuelto con prioridad al ahorrista**. Como eso desapareció, si el banco va a la quiebra los fondos quedan junto a los otros activos concursados.

Otras voces en contra fueron las de Vilma Ibarra ("no podemos obligar a los jueces a que interpreten como nosotros queremos cómo se protegen los bienes de la gente"), Kirchner ("este proyecto **ataca uno de los pilares de las garantías constitucionales**, que es la acción de amparo", y el radical Rodolfo Terragno ("todos hablan del riesgo que se corre, y no hay ninguna cuantificación en los fundamentos"). También se opusieron los provinciales, entre ellos el salteño Ricardo Gómez Diez y el liberal correntino Lázaro Chiappe, quien aventuró que "se provocará una avalancha de causas judiciales por inconstitucionalidad".

DIARIO CLARIN Jueves, 25 de Abril de 2002.

## Aval de la Corte para la “Ley Tapón”

Las medidas cautelares dispuestas por los jueces favorecieron a 21.568 ahorristas, que recuperaron 2.477 millones de pesos. El Tribunal no se opone a que los amparos sean frenados por una ley.

Silvana Boschi. - REDACION DIARIO CLARIN

Jueves 25 de abril de 2002



GUANO. LA CORTE SUPREMA ACEPTARIA QUE SE LE PONGAN TRABAS A LA SALIDA DE LOS DEPOSITOS.

La ley que pretende frenar las medidas cautelares que ordenan devolver los depósitos del corralito **contaría con el aval de la Corte Suprema.**

Aunque en el tribunal prefieren guardar silencio hasta que se conozca el texto definitivo de la ley, fuentes de la Corte aseguraron a **Clarín** que "por lo que se sabe hasta ahora, la nueva norma no es más que una **repetición**, con otras palabras, de algo que **ya había sido convalidado** por este tribunal: que **las medidas cautelares no pueden resolver la cuestión de fondo, a menos que se trate de un caso excepcional**".

Es decir, que **no pueden entregarse** los fondos depositados a sus legítimos dueños hasta tanto el planteo no tenga una **sentencia firme**. Es decir, hasta tanto la resolución —en caso de ser apelada— sea confirmada por la Cámara Federal.

Esta posición de la Corte, que cuenta con muchos antecedentes, fue reiterada en un fallo firmado el 28 de diciembre pasado, donde se ordenó al juez Claudio Kipper **devolver un depósito** por 200.000 dólares que había logrado rescatar del corralito. En esa oportunidad la Corte señaló que la autorización para retirar el dinero "significó en los hechos dictar y ejecutar una sentencia sobre la procedencia del reclamo de fondos, cuando **aún no se había iniciado siquiera el respectivo juicio** en el que debía discutirse el tema".

Sin embargo, esta postura de la Corte **no es compartida por muchos jueces de primera instancia**, quienes ante la presentación de un amparo ordenaban a los bancos —a través de una medida cautelar— la devolución inmediata de los depósitos. Según un informe del Banco Central ya se dictaron medidas cautelares en favor de **21.568 ahorristas, que recuperaron 2.477 millones de pesos**.

De todas formas, con la entrada en vigencia de la nueva ley, el efecto "antigoteo" **no sería inmediato**, porque **algunos jueces podrían declarar inconstitucional** esa norma, e insistir con el retiro inmediato de los fondos. Pero **el camino sería más complicado**, porque —entre otros requisitos— el juez estará obligado a pedir un informe al Banco Central sobre la autenticidad del certificado de depósito. Y todo esto **daría tiempo** al banco para presentar una apelación, que suspende el efecto de la medida cautelar (el retiro del dinero).

Cualquier pronunciamiento de la Corte sobre la validez de la nueva ley **no sería una decisión rápida**. Antes, los jueces del tribunal esperan que se desinfe el impulso de los pedidos de **juicio político en su contra**, a estudio de la Comisión de Juicio Político de Diputados. En este sentido, cualquier aval a medidas adoptadas por el Gobierno son una carta que la Corte se guardará bajo la manga hasta tanto tenga garantizada su continuidad.

De todas formas, para el Gobierno su objetivo estará cumplido. La presentación de las apelaciones ante la Cámara tendrán carácter **suspensivo de la devolución de los depósitos**.

Así, los efectos serían los mismos que el que se produjo con el descuento del 13 por ciento a estatales y jubilados dispuesto por decreto por el ex presidente Fernando de la Rúa: la Justicia de primera instancia lo declaró inconstitucional, pero esa medida fue apelada ante la Corte. El decreto **sigue vigente**, que es lo que buscaba el Gobierno, aunque aun no hubo un pronunciamiento final de la Corte sobre la validez o no del descuento.

El posible aval de la Corte a la nueva ley también tiene antecedentes en un fallo firmado hace cinco años, donde resolvió que sólo en un caso de extrema urgencia se podía hacer lugar a la satisfacción inmediata del reclamo de fondos.

Respecto a la validez o no del corralito, en la Corte todavía no tienen previsto opinar. "Cómo vamos a pronunciarnos sobre esto, si todos los días se anuncia una nueva modificación, que después no se concreta", señaló un juez del tribunal.

## **ASOCIACION DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES**

Uruguay 485, piso 3\* - (CP 1015) Buenos Aires - Argentina

Teléfono: + (54 11) 4 371 8869 - Fax:+ (54 11) 4 375 4042

Web: <http://www.aaba.org.ar> - Mail: [aabacoin@pccp.com.ar](mailto:aabacoin@pccp.com.ar)

### **DECLARACIONES CPACF Y FACA: "LEY TAPON"**

#### **¡Basta de vulnerar la Constitución!**

#### **Declaración del Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 25 de abril de 2002.**

La llamada "ley tapón" es claramente inconstitucional porque desconoce la naturaleza jurídica de las medidas precautorias, porque es de aplicación retroactiva y porque burla la potestad de las provincias de ejercer sus derechos reservados en materia procesal. En realidad, sólo pretende poner obstáculos en la defensa de sus derechos por parte de los ciudadanos.

Una vez más la voluntad política pareciera estar por encima de la Constitución, y eso es lo que hacen los regímenes de facto. En una democracia, no todo lo que se quiere hacer, se puede hacer. Los límites los ponen, precisamente, la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia, que son las reglas de juego de toda sociedad.

Por otra parte, se pretende atribuir responsabilidades de la situación económica en los jueces y los abogados. Ellos, en realidad, cumplen con su deber de hacer justicia, preservando las garantías de la Constitución. La verdadera responsabilidad de la situación económica está en los gobiernos incapaces de resolver por las vías constitucionales los enormes problemas que sufre el país, los cuales han sido causados por aquellos gobiernos.

## **Acerca de la "Ley Tapón"**

### **Declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados**

La denominada "ley tapón" no es más que la continuación del conjunto de disposiciones inconstitucionales que desde hace meses violan el Estado de Derecho, conculcando las garantías básicas de la población.

A su vez, es altamente sospechoso que se hable de "seguridad jurídica" como fundamento para derogar la ley de subversión económica, mientras se vulnera cotidianamente la seguridad jurídica en Argentina a través de normas como la antes referida.

Es lamentable y vergonzoso que, ante el reclamo unánime de conductas transparentes, se ceda a presiones foráneas para complacer intereses sectoriales no nacionales.

**Buenos Aires, 26 de abril de 2002.-**

**Angel Bruno**

Vicepresidente 1°

**Pablo Mosca**

Presidente

**Francisco Majcen**

Secretario



## **Argentina: ¿Economía v/s Derecho?**

**Al aprobar el senado argentino la ley que impide restitución de fondos sin que exista sentencia judicial firme, se pretende restringir las acciones de amparo ante los tribunales.**

**Semana del 29 de Abril al 05 de Mayo de 2002**

El "corralito financiero" pareciera ser que tiene acorralado a la economía argentina. Así se vislumbra después de constatar los urgentes esfuerzos de la administración del presidente Duhalde, en cuanto a tratar de impedir que las acciones de amparo ante los juzgados locales sigan teniendo un efecto transitorio y se ordene la restitución de los depósitos a los ahorrantes. De seguir dicha situación los bancos argentinos estarían imposibilitados de funcionar, ya que la iliquidez el tal, que de cumplir con las órdenes judiciales, se terminan los fondos y las entidades financieras no tendrían otra opción que cerrar sus puertas.

El gobierno de Duhalde pretendió solucionar el problema con una medida de mediano y largo plazo, que en cierto modo, resolviera el "eterno problema" de estar dando explicaciones y respondiendo cuándo los depositantes podrían tener disponibles sus fondos. Así se trató de implementar lo que se denominó "plan bonex", esto es un programa de canje de bonos (papeles) emitidos por el Estado argentino, representativos del capital depositado por lo ahorrantes, más una tasa de interés anual, instrumentos que serían convertidos a dinero local (pesos) en 3 y 5 años, dependiendo del monto de los depósitos.

La propuesta cayó muy mal en diversos sectores, incluso en el parlamento que se negó a tramitar el proyecto, lo que provocó un efecto inmediato: la renuncia de Remiz-Lemikoff, a la sazón ministro de economía de Duhalde.

Sin ministro de economía y pendiente el nombramiento de su sucesor por las negociaciones que en la Quinta de Olivos Duhalde y los gobernadores justicialistas llevaron a cabo ayer, el Congreso dio un serio golpe a los ahorristas, ya que aprobó un proyecto que establece que no se podrá devolver depósitos ni ahorros sino sólo en virtud de sentencias definitivas y no por las medidas transitorias que se dictaban

por los jueces ante la acción de amparo. La citada ley ya adquiere la denominación de "Ley Tapon".

El conflicto que se aprecia se da entre el respeto de las garantías individuales de los argentinos, más precisamente a la propiedad de sus fondos, derechos reconocido no sólo por la Constitución de dicho país, sino que por los pactos y declaraciones de derechos humanos y de contenido económico - social y la necesidad de mantener la estabilidad monetaria y del sistema financiero.

Abril, 30 de 2002.

## FALLO DE UNA JUEZA PLATENSE CONTRA LA "LEY ANTIGOTEÓ"

Una jueza platense declaró inconstitucional la ley aprobada la semana pasada por el Congreso nacional conocida como "Ley tapón" o "antigoteo", que limita la salida de fondos atrapados en el corralito bancario, por entender que la norma se entromete en cuestiones que son decisiones del Poder Judicial.

Según señaló el diario platense "El Día" en su edición de la fecha, la jueza platense que dictó la medida es Carolina Bufano, titular del juzgado número 18 en lo Civil y Comercial de esta ciudad, y lo hizo en una causa caratulada "Mondinelli contra Banco Provincia", según señalaron fuentes judiciales.

La resolución sobre la inconstitucionalidad de la Ley 25.587 anticiparía una decisión similar de la magistrada en caso de existir más pedidos de parte en ese juzgado por amparos presentados contra el corralito, sostuvieron las fuentes.

Tras la resolución de la jueza son varios los estudios de abogados de esta ciudad que trabajan contra reloj para presentar en las próximas horas pedidos de inconstitucionalidad en ese juzgado, descontando una resolución favorable de la magistrada.

Pese a esto, los jueces o Tribunales de la provincia de Buenos Aires que intervengan en los reclamos por el denominado "corralito" deberán remitir las actuaciones a la Justicia Federal si prospera un proyecto de ley que está por ingresar al Senado bonaerense.

Con respecto al alcance de la resolución de la jueza platense, el presidente del Colegio de Abogados de La Plata, Carlos Andreucci, explicó que "con esta resolución la magistrada anticipa que puede extenderla al resto de las presentaciones en las que la parte pida la inconstitucionalidad de la denominada Ley tapón".

"Nosotros creemos que el Banco Provincia va a apelar, sosteniendo que sólo es competente en estos casos la Justicia Federal, pero lo que se va

a poner en discusión en estos días es cómo la entidad va a justificar el incumplimiento de las presentaciones de los letrados", agregó Andreucci.

Mayo, 07 de 2002.

### **Un nuevo Juez Federal declaró Inconstitucional la Ley 25.587**

Serio traspie para el PEN \* El magistrado asumió la semana pasada y prometió ocuparse del tema \* El fallo abre nuevas expectativas para los ahorristas "acorralados".

Sin que mediara pedido de parte el nuevo juez federal decretó "inconstitucional" los artículos 1 y 3 de la Ley, que cercenan el imperio de los magistrados de resolver las medidas cautelares contra el sistema financiero de emergencia.

En un fallo que servirá de poderoso precedente para los más de 12 mil amparos contra el corralito financiero que aún faltan resolver en Mar del Plata y los del resto del país, el flamante titular del Juzgado Federal 2, Eduardo Pablo Jiménez, declaró "inconstitucional" los artículos 1 y 3 de la Ley 25.587 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario ("ley tapón o antigoteo").

Además, el magistrado hizo lo propio con los incisos de los decretos 214 y 320 que suspenden por 180 días los procesos judiciales y las medidas cautelares contra el nuevo sistema financiero instituido, que contradicen lo que garantiza la Constitución Nacional.

El juez Jiménez resolvió lo descripto, sin que mediara pedido de parte y al hacer lugar a una "acción de amparo" interpuesta por un ahorrista contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de la República Argentina.

Y en relación con la "medida cautelar" solicitada por la misma persona, dispuso que la sucursal Constitución del Banco de la Provincia de Buenos Aires reintegre en forma inmediata al amparista su depósito en dólares o en pesos a la cotización del día. E hizo la salvedad que en caso de que las autoridades bancarias se nieguen a cumplir con el mandato judicial, además de responsabilizarlas por ello, libró un mandamiento de secuestro, para, en el caso de ser necesario, proceder a la apertura del tesoro, hasta completar el importe que debe ser entregado.

Al analizar el contenido de la reciente "ley antigoteo" el juez dijo que "pareciera haber sido dictada como un modo de desatinada réplica a los

resuelto por los distintos jueces. Es claro que esta normativa intentó, a modo de instancia revisora del obrar judicial y alegando razones de emergencia, nulificar las potestades de los magistrados en materia de dictado de medidas cautelares".

Y explicó: "La norma expresó que cuando se trate de procesos en que se demanda al Estado Nacional, a las restantes entidades indicadas en el artículo 1° de la Ley, y en los que los justiciables impugnen disposiciones contenidas en la Ley de Emergencia Económica (25.561) y sus reglamentarias y complementarias, sólo se admite el dictado de medidas de cautela en ciertas condiciones excepcionales, que la Ley funda en el riesgo de vida y edad avanzada de los solicitantes".

Al respecto, enfatizó que "tal contexto (...) resulta de palmaria arbitrariedad e irrazonabilidad en cuanto se lo aplica a los procesos constitucionales".

Más adelante puso de relieve que "los artículos 1° y 3° de la Ley 25.587, aplicados en forma particular a los procesos constitucionales, conspiran contra la independencia del Poder Judicial, inhibiendo a los magistrados de la utilización de medidas cautelares, dentro de su sana discreción en los procesos judiciales en que intervienen".

Agregó que la legislación aludida "violenta el derecho a la tutela jurisdiccional que asiste a los litigantes, a partir del que los ciudadanos deben tener la posibilidad de acceso a un proceso 'no desnaturalizado', que pueda cumplir con su misión de satisfacer las pretensiones que en él se formulen".

Y sostuvo: "Advierto que el complejo normativo en crisis, pareciera haberse dictado en consecuencia del accionar de los jueces al momento de resolver las contiendas judiciales, y no teniendo en cuenta circunstancias que deben involucrar el interés general de la población".

Después, señaló reparos contra la misma Ley, porque "fulmina a las medidas cautelares aún pendientes de ejecución, aplicando una modalidad de retroactividad más perjudicial para el ciudadano y constitucionalmente inadmisibles".

Y añadió: "No escapa tampoco a mi consideración que la inconstitucionalidad de esta norma no ha sido peticionada por parte interesada. Pero he de afirmar en esta ocasión mi convencimiento que si un magistrado advierte la palmaria inconstitucionalidad de una norma, debe declararla". Ahorristas agradecieron a la Justicia y escracharon al Citibank.

De manera similar a otras jornadas, se realizó ayer otra pacífica marcha de ahorristas. Esta vez el elegido fue el Citibank. También vivaron a la Justicia Federal.

Por vigésima octava vez los ahorristas que tienen atrapado su dinero en el corralito financiero marcharon por la ciudad. En la habitual movilización de los lunes, cerca de un centenar de personas damnificadas por esta situación, siempre portando carteles, banderas argentinas y objetos para hacer percusión, se concentraron frente a la Cámara Federal de Apelaciones para agradecer el fallo del flamante juez federal Eduardo Jiménez que declaró "inconstitucional" la "ley antigoteo" y después protagonizaron un escrache. Esta vez, el banco elegido fue el Citibank, ubicado en Luro y La Rioja.

La movilización de la víspera tuvo dos humores: el primero fue signado por el optimismo, ya que al enterarse de que el mencionado magistrado había emitido un fallo favorable se ubicaron frente a la sede de la Cámara Federal de Apelaciones, y con el ruido de sus cacerolas y otros objetos contundentes protagonizaron una especie de "batucada", en la que dejaron escuchar sus voces a favor de la labor desplegada por la Justicia.

Después de un corto pasaje frente al edificio municipal, donde acompañaron a los manifestantes de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), recalaron en la esquina donde se levanta el amplio edificio del Citibank.

En el lugar los esperaba una legión de policías de la dotación "antimotines", que en guardia y protegidos por sus escudos permanecieron así, controlando que no se produjeran disturbios más allá de lo permitido.

Ese tramo de libertad fue aprovechado por los ahorristas que hicieron sonar con fuerza sus elementos de percusión y agitaron sus banderas y pancartas, en las que el nombre del presidente Eduardo Duhalde es casi el único que figura, junto con alusiones al Fondo Monetario Internacional y a la actitud de los bancos.

También arrojaron artículos de pirotecnia e incorporaron, como novedad, bengalas, de las que se utilizan en la actividad náutica. Cuando estos dispositivos fueron accionados, un humo anaranjado cubrió el lugar. Pero pronto se disipó sin provocar inconvenientes.



## MERCADOS, FINANZAS Y ECONOMIA

### ECONOMÍA

#### A Medio Tapón

Mayo, 21 de 2002

- *La ley tapón frenó sustancialmente las órdenes judiciales pero estas podrían resurgir.*
- *Si bien no hay estadísticas, una jueza consultada estimó que hoy está ejecutando "aproximadamente un 60 o 70 por ciento menos" de medidas cautelares.*
- *Los bancos y el Gobierno seguramente aumentarán su presión sobre los jueces en los próximos días.*

#### SIN CAUTELA

La ley tapón frenó sustancialmente las órdenes judiciales que permitían a algunos ahorristas recuperar sus depósitos, aunque quedó lejos de hacerlas desaparecer. Ese resultado no conforma a los bancos, que siguen agitando el fantasma de una caída masiva de entidades debida a la acción de la Justicia.

Si bien no hay estadísticas, una jueza consultada estimó que hoy está ejecutando "aproximadamente un 60 o 70 por ciento menos" de medidas cautelares que antes de la entrada en vigencia de la norma, hace tres semanas. "Si antes yo firmaba unas 38 o 40 órdenes de secuestro por día, hoy estoy en 12 o 15", calculó.

De todas maneras, los bancos y el Gobierno seguramente aumentarán su presión sobre los jueces en los próximos días si, como muchos

pronostican en Tribunales, algún juez porteño declara la inconstitucionalidad de la ley tapón.

Hasta hoy, solamente algunos tribunales del Interior - en Mar del Plata, Bahía Blanca y Necochea, por ejemplo - han desconocido la norma. Pero en la Capital hay muchísimos planteos de inconstitucionalidad que los jueces seguramente no demorarán muchos días más en resolver. Hay un dato que no es menor en ese sentido: el miércoles volverá al trabajo el juez Martín Silva Garretón, que un par de días después de la entrada en vigencia de la ley se tomó dos semanas de licencia médica. De acuerdo con sus antecedentes, sería muy probable que declare la inconstitucionalidad y vuelva a otorgar masivamente medidas cautelares.



DIARIO CLARIN Martes, 22 de Julio de 2003.-

## **Ley Tapón**

### **Nuevo corralito a las cautelares**



Sobre la ley “tapón” o “antigoteo”, que impide a los ahorristas sacar su dinero del corralito con amparos mientras no tengan sentencia firme, pesan varias dudas acerca de su legalidad. Hasta que los jueces no se expidan por la inconstitucionalidad de la norma, la plata no se mueve del banco.

A poco más de una semana de su publicación, la ley “tapón” o “antigoteo”, que detuvo por el momento el retiro de los fondos de los ahorristas con medidas cautelares favorables, sigue dando que hablar.

Esta ley, 25587, menos conocida por su número que por su inocultable finalidad, pretende llevar algo de oxígeno al atribulado gobierno mientras decide la manera de abrir el corralito. El primer artículo de la cuestionada ley hace expreso ese deseo al negarles a los ahorristas la posibilidad de disponer de sus depósitos con fallos favorables de primera instancia. El reencuentro con el preciado efectivo llegaría sólo con la obtención de una sentencia definitiva.

El mismo artículo advierte, por otra parte, que las medidas cautelares no podrán tener el mismo objeto que el solicitado en la demanda. Dicho en criollo, la cautelar no puede comportar la devolución del dinero del ahorrista, dado que ése es el fin último pretendido.

Remata este artículo el párrafo dedicado a las causas en trámite y las pendientes de ejecución. Para ellas rige la retroactividad de la ley, (algo

hasta ahora aplicable con exclusividad a la legislación penal) con lo cual las medidas cautelares que ya obtuvieron el visto bueno de los jueces o fueron presentadas a los bancos para efectivizar su cobro, también quedan suspendidas.

Los artículos restantes tienen por objeto demorar la entrega de los fondos reclamados, como por ejemplo, la notificación al Banco Central antes de hacerlo al banco cuestionado o la derogación del *per saltum*, con el cual se podía apelar un fallo desfavorable ante la Corte Suprema y ahora, en cambio, debe pasar previamente por las cámaras de apelaciones.

Pedro Kesselman, vicepresidente primero electo del Colegio de Abogados porteño, expresó su oposición a la nueva ley, postura que también comparte el propio Colegio. En diálogo con Defiéndase, el abogado sostuvo que esta norma “ataca la esencia de las medidas cautelares y el amparo, que suponen la rapidez en el trámite y la preservación de los derechos de los ciudadanos”.

Frente a la posibilidad de que las próximas medidas cautelares traben embargo sobre el dinero acorralado para evitar que desaparezcan al momento de la sentencia definitiva, Kesselman señaló la necesidad de “poner a resguardo ese patrimonio en una escribanía o en algún lugar seguro, pero que no permanezca en el banco, para impedir que se torne ilusorio el día de mañana porque el banco cerró”.

Respecto del carácter retroactivo de la norma, Alejandro Nató, Defensor del pueblo adjunto de la Ciudad de Buenos Aires, afirmó que “la aplicación retroactiva a causas en trámite se trata de un nuevo atropello de los funcionarios porque viola los derechos adquiridos de los ciudadanos”.

El 29 de abril, la Defensora porteña Alicia Oliveira presentó en el juzgado del doctor Martín Silva Garretón una ampliación de la demanda a la hecha en diciembre pasado contra el decreto 1570, creador del corralito, donde declara la inconstitucionalidad de la ley “tapón”, por limitar el derecho de toda persona de poder recurrir a la justicia para recuperar lo que le pertenece.

Otro punto oscuro de la ley cuestionado por los especialistas es el de su contraposición con los códigos de procedimiento de las provincias. “Esta ley invade facultades de las cuales gozan los jueces provinciales en un sistema republicano”, afirmó Kesselman. Agregó que estos jueces podrían decidir sobre la inconstitucionalidad de la medida, ya que los derechos invocados “no son derechos federales sino comunes, como el de propiedad, violados por esta ley, que las provincias

deben resguardar porque está en el preámbulo y en la esencia del régimen constitucional argentino”.

### **Si soy un ahorrista acorralado, ¿qué debo hacer?**

Los ahorristas que presentaron acciones de amparo solicitando la devolución de sus depósitos, no precisan hacer un juicio nuevo contra la nueva ley “antigoteo”. Basta con una presentación ampliatoria del amparo inicial, donde se plantee la inconstitucionalidad de la norma.

Aquellos que no iniciaron aún demandas judiciales contra el corralito, pueden hacerlo mediante una acción declarativa, prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial, como una alternativa válida al amparo.

### **¿Cuál puede ser la suerte de la ley “tapón”?**

Los jueces en lo contencioso administrativo deberán expedirse en los próximos días a favor o en contra de la norma. Pero la decisión final quedará en manos de la Corte Suprema. “Sabemos que la Corte se expide en función de sus intereses y de cómo marche el juicio político”, dijo Kesselman. Criticó la actitud de bloque de los legisladores y la falta de independencia entre los distintos poderes que, graficó el abogado, “suelen cambiarse figuritas”.

En tanto, anteayer la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados postergó, por falta de quórum, su decisión de juzgar a los magistrados del máximo tribunal, en un claro guiño a los cuestionados jueces para augurarle, a cambio, una larga vida a la ley “tapón”.

### La Justicia dictaminó que es inconstitucional la Ley Tapón

La Cámara del fuero Contencioso Administrativo declaró la inconstitucionalidad del artículo primero de la llamada "ley tapón", que prohíbe a los ahorristas retirar dinero atrapado en el corralito cuando se les otorga en su favor una medida cautelar y los obliga a esperar una sentencia judicial firme.

La Sala segunda de la Cámara revocó un fallo de primera instancia y tras declarar inconstitucional el primer artículo de la ley 25.587 ordenó al BankBoston reintegrar a un ahorrista el 50 por ciento de 45 mil dólares retenidos en una caja de ahorro.

El accionante, Marcelo Grimberg, había solicitado una medida cautelar para transferir 15.430 dólares a un centro educativo en el exterior para realizar estudios, más 10 mil para gastos de pasajes y estadía. Según el fallo de la Cámara, "las actuales circunstancias económico financieras tornan imperioso un aseguramiento concreto y real de los depósitos constituidos en el sistema financiero a fin de que no se convierta en ilusoria la posibilidad de su devolución frente a una sentencia definitiva".

La decisión del tribunal tuvo en cuenta "el grave riesgo psicofísico producido por el estrés y la angustia que esta situación provoca al ahorrista" teniendo en cuenta que "debe hacer frente de modo inmediato a las necesidades cotidianas".

"La limitación impuesta por el Poder Legislativo al Poder Judicial para dictar medidas cautelares resulta contraria a las disposiciones de la Constitución Nacional y la Convención Americana de derechos humanos", expresaron los jueces respecto de la ley conocida también como "antigoteo".

El artículo declarado inconstitucional establece que "en ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que deba ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega bajo ningún título peticionario de los bienes del objeto de la cautela".

Los camaristas que firmaron la resolución son Inés Garzón de Contegrand, Jorge Héctor Damarco y Marta Herrera.

*INDICE GENERAL*

❖ Resumen.....	1
❖ Introducción.....	3
❖ Objetivos.....	8
❖ Fundamentación.....	10
❖ Referente teórico:	
• Control de Constitucionalidad.....	14
• Antecedentes normativos .....	20
• Análisis concreto de la Ley 25587 – Su Inconstitucionalidad - .....	25
• Análisis en general de la Ley 25587 .....	43
• Fundamentos del P.E.N a favor de la Ley 25.587.....	47
• Alegatos de los Bancos de los bancos sobre la Constitucionalidad de la Ley 25.587.....	58
• Crisis económica y el art. 28 de la Constitución Nacional .....	66
❖ Conclusiones finales.....	69
❖ Citas Bibliográficas .....	72
❖ Bibliografía General .....	73
❖ Anexos:	
• Posturas Doctrinarias.....	75
• Jurisprudencia.....	95
• Material Periodístico.....	102