
Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil.

José Sebastián Elias*

Índice

I.	Introducción	117
II.	La doctrina de la emergencia económica como tipo de control de constitucionalidad diferenciado	120
	1. La perspectiva del contenido (o qué hace la Corte cuando controla la constitucionalidad de leyes de emergencia económica)	124
	2. La perspectiva de la justificación (o por qué la Corte dice que hace lo que dice que hace, y por qué es preferible que haga lo que dice que hace a otras alternativas)	127
III.	Bibliografía	148

*Profesor de Derecho, Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina). Abogado (Universidad de Mendoza, 2001), L.L.M. Yale Law School (2007), J.S.D. candidate Yale Law School. Dirección de email: selias@udesa.edu.ar. Las ideas presentadas en este artículo fueron discutidas en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “Vaquerías 2013”, realizado en Valle Hermoso, Córdoba, los días 6 y 7 de setiembre de 2013. Agradezco a los asistentes a dicho seminario, por la formulación de preguntas que me ayudaron a pensar y refinar los argumentos que presento. En especial, agradezco a Ricardo Caracciolo, Rodrigo Sánchez Brígido, Hernán Bouvier, Ezequiel Monti y José Luis Monti por sus agudos comentarios y críticas. Por supuesto, temo que he dejado unos cuantos de ellos sin respuesta aceptable, incluso en la versión final que aquí ofrezco.

Resumen

La Corte Suprema argentina aplica, al controlar la constitucionalidad de las normas, diversos niveles de escrutinio. La emergencia económica supone un tipo de control diferenciado en el que, por contraposición a otros supuestos tales como las llamadas “categorías sospechosas”, el control se caracteriza por una peculiar deferencia hacia los órganos políticos. No todas las intervenciones del tribunal en esta área han sido, sin embargo, iguales, conviviendo en la jurisprudencia de la Corte al menos dos enfoques distintos frente a la cuestión del control de razonabilidad de las normas de emergencia económica. Este artículo pretende hacer dos cosas. Por un lado, efectuar un mapa rápido de los distintos enfoques que se aprecian en la casuística del tribunal, desde las perspectivas de su aplicabilidad y contenido. Así, se caracterizan dos enfoques principales, y se presentan algunas críticas a cada uno de ellos. Por otro lado, el texto presenta una defensa de la posición preponderante de la Corte, basada en algunas ideas tomadas de la economía conductual (teoría de las perspectivas y su derivada, la teoría de la dotación).

Palabras clave: Control de constitucionalidad-Emergencia Económica-Razonabilidad-Inviolabilidad de la propiedad-Economía conductual-Teoría de las perspectivas- Teoría del efecto de la dotación.

116

Abstract

The Argentine Supreme Court applies different levels of scrutiny when reviewing the constitutionality of laws. Economic emergency measures are scrutinized under a special type of review, characterized by a peculiar deference to the elective branches. However, the Court's interventions in the field have been far from uniform. This paper aims at two different goals. First, it seeks to map the different approaches used by the Court when it undertakes review of economic emergency legislation. Two main approaches are characterized, and some criticisms to each of them are presented. Second, the paper attempts to defend the Court's main approach from some harsh—and apparently well-founded—criticisms based upon financial and economic concepts by resorting to insights offered by the prospect theory and its derivative, the *endowment effect* theory.

Keywords: Judicial review-Economic Emergency-Reasonableness-Inviolability of private property-Behavioral economics-Prospect theory-Endowment effect theory.

I. Introducción

La Corte Suprema argentina aplica, al controlar la constitucionalidad de normas y actos estatales, tests de constitucionalidad diferenciados para distintos tipos de situaciones¹. Aunque no resulta obvio que una pauta que prescriba aplicar siempre el mismo análisis de constitucionalidad sea peor que otra que dispone de exámenes diferenciados,² y aunque la estrategia de los controles diferenciados

1 En otro lugar hemos realizado, junto con Rodrigo Sánchez Brígido, un mapa tentativo de los diferentes tipos de control de constitucionalidad empleados por la Corte argentina. Ver Rodrigo Sánchez Brígido y José Sebastián Elías, "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia", *Jurisprudencia Argentina* 13 (2012-IV): 903.

2 De hecho, una pluralidad de jueces de la Corte argentina, en tiempos recientes, ha defendido la conveniencia de evitar los controles diferenciados -al menos, en el ámbito de la libertad de expresión, que era el que estaba en juego en el caso-. Así, se sostuvo que "si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este Tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro -o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros- siempre se ha predicado su armonización", CSJN, "Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", *Fallos*, 328:1825 (2005), cons. 18, primer voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Como explicábamos en el texto citado en la nota 1, ninguno de estos jueces sostiene hoy una negativa cerrada a la aplicación del escrutinio estricto. Todos ellos han propiciado su aplicación a diferentes supuestos. La jueza Argibay, por ejemplo, ha propiciado su aplicación en el ámbito de la regulación de la propiedad por razones de emergencia económica (CSJN, "Massa, Juan A. v. Estado Nacional", *Fallos*, 329:5913 (2006)), a las distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso a beneficios de la seguridad social (CSJN, "Reyes Aguilera v. Estado Nacional", *Fallos*, 330:3853 (2007)), a los decretos de necesidad y urgencia no ratificados (CSJN, "Consumidores Argentinos", *Fallos*, 333:633 (2010); CSJN, "Aceval Pollacchi, Julio C. c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/despido", *Fallos*, 334:799 (2011)), y ha adherido a la aplicación de tal escrutinio en el caso de las categorías sospechosas en los términos del art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CSJN, "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Gob. de la Ciudad de Buenos Aires", *Fallos*, 329:2986 (2006); CSJN, "Mantecón Valdés, Julio c/ENA -Poder Judicial de la Nación", *Fallos*, 331:1715 (2008); CSJN, "Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento", *Fallos*, 332:433 (2009)). La jueza Highton de Nolasco ha apoyado su aplicación en el mismo caso de "categorías sospechosas" (CSJN, "Hoof, Pedro C. F. c/Prov. de Buenos Aires", *Fallos*, 327:5118 (2004); CSJN, "Partido Nuevo Triunfo", *Fallos*, 332:433 (2009)) y lo propio ha hecho el juez Lorenzetti (CSJN, "Mantecón Valdés", *Fallos* 331:1715, 2008; CSJN, "Partido Nuevo Triunfo", *Fallos*, 332:433 (2009)). Este último, a su turno, ha insinuado que la regulación por razones de emergencia podría llevar a un tipo de escrutinio intermedio, donde "todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión" (CSJN, "Massa", *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 26, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; CSJN, "Rinaldi, Francisco A. c/Guzmán Toledo, Ronal Constante", *Fallos*, 330:855 (2007), cons. 16, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni). En suma, la tesitura que rechaza la aplicación de niveles de escrutinio diferenciados ha sido abandonada por todos los jueces que firmaron el mencionado primer voto en "Asociación de Teleradiodifusoras".

presenta sus propios problemas,³ lo cierto es que pueden esgrimirse diversas razones que justificarían dicha práctica.⁴

En todo caso, tampoco es claro que sea tarea sencilla, o aun posible, realizar el control siempre de la misma manera, incluso dentro de un sistema que no admite explícitamente niveles o tipos de control diferenciados⁵. El caso de las

3 Ver, por ejemplo, la disidencia del juez Scalia en U.S. Supreme Court, “United States v. Virginia”, 518 U.S. 515, 567 (1996). Más recientemente, y del mismo juez, su disidencia en U.S. Supreme Court, “United States v. Windsor”, 570 U.S. (2013).

4 Ver, por ejemplo, Frank I. Michelman, “Foxy Freedom?”, *Boston University Law Review* 90, n°2 (2010): 949. (analiza la idea según la cual la doctrina de los tipos de control diferenciados —“tiers of scrutiny doctrine”— reflejaría la noción de una distinción moralmente significativa entre meros “daños” [a la libertad] fácilmente justificables y los “injustificables insultos a la dignidad que llamamos violaciones de la libertad” y sería consistente con una “visión político-filosófica según la cual toda ley regulatoria requiere una justificación honesta y sustancial (de modo que los legisladores que obran violando esta exigencia actúan de manera políticamente inmoral), pero solamente algunas pocas de esas leyes —las que afectan adversamente libertades especialmente importantes— deberían ser sometidas a un análisis minucioso por parte de jueces no responsables electoralmente”); Peter Z. Grossman y Daniel H. Cole, “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”, *Review of Law and Economics* 5, n°1 (2009): 233-235 (argumentan que, desde una perspectiva de bienestar social, “nada justifica ex ante creer que todos los derechos serían igualmente bien protegidos por las instituciones políticas o judiciales. Por el contrario, hay razones para suponer que niveles diferenciales de control judicial de constitucionalidad pueden ser deseables, dependiendo de la estructura de incentivos que exista, la que puede diferir respecto de varios derechos constitucionales o legales”); Lynn A. Stout, “Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry Into Fundamental Rights and Suspect Classifications”, *Georgetown Law Journal* 80 (1992):1787, 1808-1809 (sostiene que la teoría de la elección social sugiere algunas razones por las que las leyes que regulan intereses de privacidad serían más propensas a generar fallas legislativas que aquellas que regulan intereses económicos y, en consecuencia, justificarían menor deferencia judicial a las decisiones tomadas en el proceso político que regulan intereses del primer tipo); pero ver, para una posición contraria a la de Stout y, en general, a la posición actualmente mayoritaria en los Estados Unidos que relega los derechos económicos a un nivel de protección menor, Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, (New Heaven: Yale University Press, 1997), 60 “[...] al negarse a controlar la sustancia de la legislación [...] en materia económica, la Corte afirma la preeminencia del proceso político democrático. En lo que a los valores fundamentales respecta, la democracia es por supuesto inobjetable. El punto es que no es siempre inobjetable, ni la categoría “legislación socioeconómica” identifica un dominio dentro del cual las objeciones [de la teoría de la elección racional] a la democracia no operan”; énfasis en el original); Richard A. Epstein, “Judicial Review: Reckoning on Two Kinds of Errors”, en *Economic Liberties And The Judiciary*, James A. Dorn y Henry G. Manne (eds.) (Fairfax, Va: George Mason University Press, 1987), 39-46 (argumenta que el proceso legislativo presenta características que lo llevan a generar intercambios forzados de riqueza, que resultan socialmente subóptimos, por lo que la deferencia judicial hacia el proceso político tiene enormes costos y debe ser sustituida).

5 Ver G. Edward White, “Historicizing Judicial Scrutiny”, *South Carolina Law Review* 57, n°1 (2005): 35-53 (explica la jurisprudencia de la Corte estadounidense con anterioridad al surgimiento de la doctrina de los niveles de escrutinio en ese país y afirma que “la doctrina del *due process*, moldeada por los jueces, se convirtió, como antes lo habían sido las categorías de la jurisprudencia

leyes de emergencia económica ilustra bien el carácter móvil de los estándares de control, en tanto la doctrina de “acomodamiento”⁶ abrazada por la Corte Suprema a su respecto implica admitir que la legislación de emergencia puede ser válida “aunque ella signifique restricciones a derechos individuales que, en circunstancias normales, no habrían sido admisibles de acuerdo con la Constitución”.⁷ De acuerdo con esta idea, el control judicial reconoce al menos dos niveles: normal y de emergencia.⁸ A diferencia de los tipos diferenciados de control aplicables en

de la discreción departamental, en un sucedáneo del escrutinio judicial según tipos de legislación”) y Richard H. Fallon, Jr., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review* 54 (2007):1267 (señala que “[m]ás que concebir a la razonabilidad como un estándar de control que podía ser contrastado con otros estándares disponibles [...] la Corte aparentemente lo consideraba como un requisito por definición de la validez de los ejercicios del poder de policía [...] si bien los análisis de razonabilidad más característicos de la era *Lochner* involucraban regulaciones económicas, la Corte frecuentemente encuadraba su análisis en los mismos términos cuando evaluaba la constitucionalidad de normas que restringían la libertad de expresión, de religión, o que trazaban líneas en base a la raza. Como resulta obvio desde una perspectiva moderna, las exigencias de razonabilidad pueden ser —y eran— entendidas de manera más o menos severa, incluso por diferentes jueces o ministros en un mismo caso”). En el derecho constitucional argentino, parece haber ocurrido algo similar. Ver Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las Leyes*, (Buenos Aires: Astrea, 1989), 101 (escribiendo a mediados del siglo veinte, señalaba que “[...] en nuestro país [...] existe una dualidad de criterio: ciertas libertades se consideran como con un contenido estimativo-liberal fuertemente definido que el legislador no puede ultrapasarse; tal el goce de la propiedad, el de defensa en juicio, la libertad de ejercer industria o profesión, la libertad de reunión. Otras libertades, como el secreto de la correspondencia y papeles privados, en cambio, no han tenido un volumen estimativo-liberal lo suficientemente considerable o definido como para limitar la acción legislativa; y así, hasta ahora, no recordamos que se haya invalidado en nuestro país ninguna ley reglamentaria en esta materia.”)

6 La Corte Suprema ha abrazado, en general, la doctrina del “acomodamiento” (“[...] en nuestro derecho [...] las leyes dictadas en situaciones de emergencia, no se consideraron a extramuros de la Constitución Federal por desconocimiento del derecho de propiedad, cuando se limitaron a no suspender indefinidamente la ejecución de los derechos del acreedor, ni dificultaron el cumplimiento de las obligaciones con plazos excesivamente largos”, CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1990); cons. 42; similares consideraciones en CSJN, *Fallos*, 326:417 (2003), cons. 31, voto concurrente del juez Fayt; CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004) —cons. 20, disidencia del juez Fayt; CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007) —primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco—; entre otros). Ocasionalmente, ha tomado una postura que podría definirse como “medidas extralegales”. Un ejemplo de esta tesitura es el nefasto “Química Merck”, donde se arguyó, entre otras cosas, que “los poderes de guerra [...] son anteriores y aún superiores a la propia Constitución, que debió ser consecuente consigo misma y con la defensa de su intangibilidad frente a la amenaza enemiga [...] se ha circunscripto a encomendar esa defensa [...] al Presidente de la República [...] dejando librado a su mejor acierto la forma y los medios más convenientes para salvaguardar los sagrados intereses de la República [...]”, CSJN, *Fallos*, 211:162 (1948). Sobre los distintos modelos de tratamiento judicial de las emergencias, ver Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crises: Emergency Powers in Theory and Practice*, (New York, Cambridge University Press, 2006).

7 CSJN, “Nadur, Amar c/Borrelli, Francisco”, *Fallos*, 243:449 (1959).

8 Una pintura más completa del tema, en línea con lo intentado en el texto citado en la nota 1, distinguiría dentro del nivel normal, los distintos subtipos de control diferenciado de constitucionalidad.

casos de normalidad, los que intensifican el control, la emergencia parece —en principio— volverlo más laxo.

En este texto pretendo profundizar en el funcionamiento del segundo nivel propuesto, aquel que contiene las leyes dictadas por razones de emergencia, y más específicamente las leyes de emergencia económica.⁹ Retomando los criterios propuestos junto a Sánchez Brígido en otra ocasión, presentaré la doctrina de la emergencia económica desde la perspectiva de su aplicabilidad, contenido y justificación. Intentaré mostrar qué hace la Corte cuando controla la validez constitucional de este tipo de normas. Finalmente, intentaré dar cuenta de por qué, desde una variada gama de perspectivas, la Corte puede tener buenas razones para abrazar algunos de los tipos de control tradicionales, aun cuando ellos resulten aparentemente insostenibles, desde una perspectiva financiera relativamente sofisticada.

II. La doctrina de la emergencia económica como tipo de control de constitucionalidad diferenciado

La doctrina del derecho de emergencia abrió el panorama constitucional a niveles diferenciados de escrutinio mucho antes de la existencia de una doctrina articulada que recibiera explícitamente la posibilidad de aplicar exámenes de constitucionalidad de astringencia variable.¹⁰ En rigor, uno podría considerar a la emergencia —más precisamente, a la emergencia económica— como el primer antecedente expreso de controles de intensidad diferenciada, de acuerdo con las normas y situaciones bajo examen. Así, en el célebre “Ercolano” la Corte abrió la puerta a las leyes de emergencia, con un pasaje algo cauteloso y que parece anticipar varias décadas la doctrina del escrutinio estricto. Dijo la mayoría:

“Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo *otras*

9 Aunque muchas de las normas más recientes en materia de emergencia económica han sido encarnadas en decretos de necesidad y urgencia o, eventualmente, en decretos delegados, tales instrumentos normativos presentan peculiaridades propias en lo relativo al control a que están sujetos. Hemos analizado el tema en Sánchez Brígido y Elias, *supra* nota 1, p. 903. El análisis que ofrezco en este texto se relaciona exclusivamente con la materia de la regulación, y con independencia del tipo de normas en cuestión. Puede abarcar, claro, medidas de emergencia establecidas mediante los mencionados decretos, pero solamente en tanto normas de emergencia y en un segundo paso del análisis, vinculado al contenido de ellas y no a su origen. Por ello en el texto me referiré, en general, a leyes de emergencia económica.

10 Esa línea comienza a insinuarse, en el derecho constitucional argentino, a partir del voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en la causa CSJN, “Repetto”, *Fallos*, 311:2272 (1988).

limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, *que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen*, porque *podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo* profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico”.¹¹

El pasaje parece contener el germen de una doctrina que a un lector contemporáneo podría antojársele paradójica, por cuanto permite, por un lado, restricciones a los derechos en principio inadmisibles, en razón de una situación de emergencia, y a la vez exige un “cuidadoso examen” de ellas.¹²⁻¹³ Una lectura anacrónica de “Ercolano” diría que los firmantes del voto mayoritario consideraban a las regulaciones que “tienden a proteger los intereses económicos” generales como “sospechosas”.¹⁴ Todo lo contrario a la interpretación actual del derecho de

11 CSJN, “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta”, *Fallos*, 136:170 (1922).

12 Es claro que la expresión “cuidadoso examen”, tomada aisladamente, no parece decir mucho. Se trataría simplemente de un examen “no negligente”, idéntico al que corresponde realizar en cualquier caso. Pero la expresión no puede querer decir eso, en el contexto en que es utilizada. Se vincula directamente con cierta categoría de regulaciones, sin que quepa asumir que respecto del resto de las regulaciones el análisis judicial pueda ser “no cuidadoso”, en el sentido de poco diligente.

13 La idea de que las normas de emergencia generan un mayor deber de diligencia en el accionar, tanto para el legislador que las emite como para el juez que las controla, aparece ocasionalmente en algunos *Fallos* relativamente antiguos. Así, en “Compañía Azucarera Tucumana contra Provincia de Tucumán sobre devolución de dinero”, fallado el 14 de diciembre de 1927 (CSJN, *Fallos*, 150:150 (1927)), la Corte sostuvo que la legislatura provincial tenía el deber de expresar su pensamiento con mayor claridad, con mayor razón tratándose de una norma de emergencia. A su turno, en “Russo” (CSJN, *Fallos*, 243:472 (1959)), el voto concurrente de Aróz de Lamadrid y Oyhanarte enfatizó que “el empleo de la policía de emergencia, lejos de liberar a los actos del Congreso del control judicial de constitucionalidad, exige que los magistrados lo practiquen con cuidadoso empeño [...] cuando el legislador invoca y ejerce poderes de emergencia, el juez debe ‘extremar su vigilancia sobre la legislación’” (cons. 6). Más recientemente, se reiteró la postura en “Videla Cuello” (CSJN, *Fallos*, 313:1638, (1990)), donde se dijo que ante situaciones de emergencia y frente al riesgo “al menos teórico” de extralimitación de los órganos del gobierno, los jueces deben desempeñar “con cuidadoso empeño” su función de custodios de la libertad de las personas (cons. 6). Mientras más cercana en el tiempo es la invocación del pretendido especial deber de cuidado que tendrían los jueces al controlar la validez de normas de emergencia, más se desdibuja la idea de que el “cuidadoso examen” de “Ercolano” implica un tipo de análisis diferenciado de constitucionalidad. Hay razones históricas, que no puedo elaborar aquí por cuestiones de espacio, que explican por qué es posible leer “Ercolano” (CSJN, *Fallos*, 136:170 (1922)) como conteniendo una “sospecha” respecto de la legislación de emergencia económica, razones que —por cierto— explican también por qué la misma frase, u otras similares, dejaron de traducir la idea de “sospecha” para limitarse a referir, tal vez, que los jueces deben ser puntillosos en corroborar la concurrencia de los requisitos canónicos de validez de las normas de emergencia.

14 Nótese que las analogías con algunos de los tipos de control intenso contemporáneo no acaban allí. El criterio de aplicabilidad de la doctrina “Ercolano” coincide con el del escrutinio estricto actual. Se trata de la contradicción directa con los textos constitucionales (doctrina del voto de

emergencia, que es básicamente tolerante y, si algo no hace, es “sospechar” de la normativa que encarna restricciones por razones de emergencia, adoptando una actitud sumamente deferente respecto del legislador.¹⁵

Por supuesto, la doctrina de la emergencia económica sufrió una evolución, que no es del caso reseñar aquí, y la “sospecha” de los jueces de “Ercolano” se transformó, más temprano que tarde, en la deferencia —en ocasiones, rayana en la abdicación judicial—¹⁶ que vino de la mano de la aceptación del poder de policía

los jueces Petracchi y Bacqué en CSJN, “Repetto v. Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 311:2272 (1988), y convencionales relevantes (doctrina del caso CSJN, “Hooft v. Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 327:5118 (2004)). En “Ercolano”, de todos modos, la Corte fue algo más vaga, al referirse genéricamente a la posibilidad de que los *principios* de libertad económica e individualismo que consagraba la Constitución fueran contrariados por la normativa en cuestión.

15 En “Peralta”, por ejemplo, se dijo que “[...] esto no significa que, en relación a los que aducen haber sido afectados por el decreto en cuestión, no se deberá tener en cuenta sus derechos personales, pero que debe aceptarse que su *determinación se haya efectuado por los poderes públicos [...]*” (*Fallos*, 313:1513, cons. 54; énfasis agregado). En “Bustos”, los jueces Belluscio y Maqueda sostuvieron que “El ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial [...] *Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos*, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar” (CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 12, primer voto de los jueces Belluscio y Maqueda; énfasis agregado). El juez Boggiano, a su turno, sostuvo que debía “derogar de tal modo decisiones tan fundamentales de política económica podría conducir a una generalizada incertidumbre sobre el valor de los bienes y servicios, pues si a un acreedor debe restituirsele inmediatamente dólares, por qué razón o fundamento a otros acreedores no habría que tratarlos igual. Bien se advierte que no incumbe a los jueces hacer distingos o establecer preferencias entre acreedores. *El legislador tiene aquí la palabra*” (CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 33, voto concurrente en el resultado del juez Boggiano; énfasis agregado). El juez Zaffaroni abrazó una versión del conocido test del “clear mistake”, de origen “thayeriano”, al sostener que “el principio republicano impide que esta Corte asuma funciones correspondientes y reservadas a otros departamentos del Gobierno de la Nación y que interfiera en su ejercicio, pero que el mismo principio impone que controle los casos de *extrema irracionalidad o disfuncionalidad* que se traduzcan en *injustificadas lesiones de derechos* garantizados por la Constitución Nacional” (CSJN, *Fallos*, 327:4495, (2004), cons. 3, voto concurrente en el resultado del juez Zaffaroni; énfasis agregado). En “Rinaldi” se sostuvo, en línea similar a lo hasta aquí expuesto, que “está fuera de discusión que los derechos que el contrato acuerda al acreedor constituyen su propiedad, como los demás bienes que forman su patrimonio y se hallan tutelados por el art. 17 de la Constitución Nacional, pero nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, *en la forma y extensión que el Congreso*, en uso de sus facultades propias, *lo estime conveniente* a fin de asegurar el bienestar general” (*Fallos*, 330:855, 2007, cons. 35 del primer voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; énfasis agregado).

16 CSJN, *Fallos*, 211:162 (1948), por ejemplo.

amplio (amplitud que, claro, solamente podría magnificarse por la invocación de razones de emergencia¹⁷). En “Avico” se abrazó expresamente esta idea, argumentando que “[...] ella es la que está más de acuerdo con nuestra Constitución que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, *en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa* (arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo”¹⁸

La perspectiva de la aplicabilidad —qué requisitos deben cumplirse para que la doctrina de la emergencia económica resulte aplicable— es la que menor interés presenta, sin dudas. La doctrina resulta aplicable cuando una norma se autodenomina de emergencia. Será esperable que normas que pretendan introducir restricciones especialmente gravosas en los derechos patrimoniales recurran a la justificación de la emergencia. No habría entonces un problema significativo de casos que pasaran “bajo el radar” de la doctrina, generando “falsos negativos” (casos a los que debería aplicarse la doctrina, pero no se lo hace). Una vez determinada la aplicación de la doctrina, un requisito clásico es que exista una declaración de emergencia mediante ley del Congreso de la Nación.¹⁹ Se trata, claro, de un requisito del contenido del

17 CSJN, “Vicente Martini e Hijos S.R.L”, *Fallos*, 200:450 (1944), (“[...] se ha declarado que el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica, y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad. Para aquellos supuestos esta Corte ha aceptado una ingerencia mayor en el régimen de los derechos del propietario [...]).

18 CSJN, “Avico, Oscar c/De la Pesa, Saúl”, *Fallos*, 172:21 (1934), cons. 9 (voto de la mayoría); énfasis agregado. Aunque “Avico” no reniega, discursivamente, del límite a la discrecionalidad legislativa que impone el art. 28 de la C.N., el énfasis de la argumentación recae sobre el amplio espacio de libertad de decisión del que goza el Congreso, no sobre los límites teóricos.

19 CSJN, “Don Carlos Cadagán con la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos por repetición de dinero cobrado en concepto de alquiler de medidor”, *Fallos*, 173:65 (1935), (“[...] la propiedad puede ser regulada, como asimismo los contratos, cuando una situación de emergencia calificada por el Poder Legislativo impone esa regulación por razones de orden público [...] es indispensable la declaración por ley de esa emergencia y de ese orden público”; énfasis añadido). Más recientemente, el criterio fue reiterado, entre otros, en CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991), cons. 46, CSJN, *Fallos*, 326:417 (2003), cons. 35, voto concurrente del juez Fayt; CSJN, *Fallos*, 328:690 (2005), cons. 8, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007) cons. 17, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 15, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 15, disidencia del juez Lorenzetti. Vale destacar que los casos relativos a la crisis de 2002, la ausencia de mayorías que desarrollen este requisito no puede ser considerada como una erosión de su subsistencia, ya que los diversos votos de mayoría, concurrentes o disidentes con frecuencia refieren la declaración explícita de emergencia contenida en la Ley 25.561, razón por la cual el requisito estaba cumplido

test de validez de la normativa de emergencia, y funciona unidireccionalmente, ya que no priva a los jueces de efectuar su propio juicio independiente respecto de la efectiva existencia de condiciones de emergencia.²⁰

Mucho más interesantes son las perspectivas del contenido y de la justificación de este tipo de control de constitucionalidad diferenciado. A ellas dedicaré el resto de este texto.

1. La perspectiva del contenido (o qué hace la Corte cuando controla la constitucionalidad de leyes de emergencia económica).

Desde el punto de vista del contenido, el paso de la evaluación de la razonabilidad desde la normalidad a la emergencia puede describirse como un cambio en el peso que el juez da a ciertos eventos pasados (contratos celebrados, leyes sancionadas, etc.) vis-a-vis, en general, ciertos eventos posibles futuros (consecuencias) y valoraciones morales usualmente desplazadas, al menos parcialmente, por aquellos eventos pasados.²¹ En tales contextos, la Corte suele adoptar una postura decididamente consecuencialista, abandonando el deontologismo que, al parecer, rige su proceder en épocas de normalidad.²² Pero incluso en estos casos, el tribunal suele argumentar que hay límites a lo que puede hacerse por razones de emergencia.²³

124

y los jueces pueden haber considerado innecesario elaborar más sobre el punto.

20 Ver, entre muchos otros, CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991); CSJN, *Fallos*, 325:28 (2002); CSJN, *Fallos*, 326:417 (2003); CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004); CSJN, *Fallos*, 328:690 (2005); CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006); CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007).

21 Como señala Waldron, “incluso una clara especificación textual no es sencilla en su impacto moral: puede estar dirigido a un área de la conducta en la que hay ya razones muy fuertes y fundamentales —de modo que la fuerza de cualesquiera razones provistas por la sanción del texto se verá de algún modo disminuida o su contenido será de algún modo distinto de aquel especificado, el que resulta comprometido por las razones preexistentes en ese campo. A veces la fuerza de estas otras razones se conecta con otros eventos en los que se han sancionado normas [...] Pero en ocasiones, se trata de razones morales independientes” (*free-floating moral reasons*). Ver Jeremy Waldron, “Jurisprudence for Hedgehogs”, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-4, borrador, consultado el 02 de septiembre de 2013, 11.

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2297888_code419245.pdf?abstractid=2290309&mirid=1. El derecho de emergencia parece ser comprendido de forma particularmente ajustada por el fragmento transcripto.

22 Ver Martín Diego Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, (Buenos Aires: Editorial *La Ley*, 2006), 16-17.

23 La Corte suele argumentar también que “La medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelararlo, de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse”, CSJN, *Fallos* 313:1638 (1990), entre muchos otros. La afirmación puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas. Puede considerarse que lo único que está diciendo es que al pasar de la regulación de la normalidad a la de la emergencia se admiten restricciones más fuertes,

La Corte tiene un cliché,²⁴ que repite con mucha frecuencia, respecto de los requisitos de validez de la legislación de emergencia. Según este cliché, entre otros recaudos,²⁵ la norma de emergencia debe sujetarse al siguiente límite:

“Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato”²⁶

El problema es, claro está, que hasta que no definimos qué es la “sustancia” del derecho y qué cuenta como una “mutación”, no hemos avanzado mucho. Necesitamos definir cuál es la línea de base respecto de la cual toda desviación o movimiento en cierta dirección constituye una transgresión constitucional. ¿Qué hace, en rigor, la Corte cuando aplica este límite constitucional a las leyes de emergencia económica?

A mi juicio, y por lo menos en lo que respecta a las últimas dos grandes crisis económicas, los jueces de la Corte han hecho una de dos cosas. En algunos casos, han efectuado un juicio de ponderación o “balanceo”, considerando de forma relativamente desestructurada diversos factores que podrían empujar la decisión en una dirección u otra. Con algunas licencias, podemos decir que se trata de juicios “all things considered”. A través de este tipo de razonamientos los jueces han admitido recortes definitivos de capital y de ganancias esperadas por los acreedores. En otros casos, más numerosos, los jueces han aplicado —o pretendido estar aplicando— un

125

normalmente inadmisibles. O puede entenderse como expresando la idea de que las restricciones constitucionales dependen únicamente de la importancia de los fines perseguidos y resultan independientes de toda idea de contenido mínimo (o “esencial” o “sustancial”) inalterable de los derechos. La primera versión del argumento requiere una idea complementaria relativa a los límites absolutos. En la segunda versión, el criterio se vuelve fácilmente manipulable, pues basta enunciar un fin muy elevado (como la salvación nacional) para que cualquier medio se vuelva “razonable”, con total independencia de, por ejemplo, la entidad del sacrificio impuesto a los derechos o la distribución de los costos de la alegada salvación nacional. Esta segunda versión, claro, no da cuenta del texto del art. 28 de la Constitución Nacional. Una crítica similar fue efectuada tempranamente por Bianchi, al criticar el fallo “Peralta”. Ver Alberto B. Bianchi, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, *La Ley* (1991-C): 141.

24 Así lo llama, con justeza, la jueza Argibay en su concurrencia en el resultado en la causa “Massa”, CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 5.

25 El voto concurrente de los jueces Aróz de Lamadrid y Oyhanarte en la causa “Russo” contiene la enumeración sistemática de los requisitos generales de validez de las normas de emergencia, según la jurisprudencia de la Corte Suprema. Allí se dijo que dicha normativa está sujeta a cuatro requisitos: a) situación de emergencia definida por el Congreso de la Nación; b) persecución de un fin público que “consulte los superiores y generales intereses del país”; c) transitoriedad de la regulación excepcional; d) razonabilidad del medio elegido —en términos de adecuación de medios y fines— y respeto del “límite infranqueable” fijado por el art. 28 de la C.N.

26 CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991), cons. 43. En igual sentido, CSJN, *Fallos*, 318:1887 (1995); CSJN, *Fallos*, 321:1984 (1998); CSJN, *Fallos*, 325:28 (2002); CSJN, *Fallos*, 330:3002; entre muchos otros.

test mucho más estructurado (reglado), que básicamente puede resumirse diciendo que, al regular derechos patrimoniales, el legislativo puede imponer “esperas” y disminuciones de intereses, si fuera el caso, mas no puede aplicar “quitas” de capital.

Un ejemplo del primer enfoque puede tomarse del conocido caso “Bustos”. Allí se convalidó la “pesificación” de los depósitos bancarios, cuya intangibilidad había sido prometida por la Ley 25.466, a una paridad que no reflejaba el valor del mercado de los dólares correspondientes al depósito original y que implicaba, en consecuencia, una pérdida de capital para los ahorristas. En dicha sentencia, la jueza Highton de Nolasco, concurriendo con la pluralidad que convalidó las medidas impugnadas, dijo que

"(...) las medidas enunciadas tienden a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizados depósitos en entidades financieras. Se trata de un índice compuesto sobre la base de la evolución del índice de precios al consumidor publicada por el INDEC, al cual se añade el cálculo de los réditos que corresponden a los depósitos o a los préstamos en su caso, lo cual se torna razonable como pauta destinada a mantener el poder adquisitivo del depósito en el mercado interno. Si bien en la actualidad se advierte que dicho índice sumado a los intereses, no resulta intolerablemente alejado del precio de la divisa norteamericana en el mercado libre de cambios –al punto que favorece al depositante con un capital que supera en más, la mitad de la brecha entre pesos uno y el valor del dólar libre a la cotización de la fecha–" ²⁷

126

Y que

“Dentro de un esquema constitucional donde priman los derechos humanos y ante la existencia de grandes sectores de la población con necesidades básicas insatisfechas y por debajo de la línea de indigencia, no se puede cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general”²⁸

En suma, sostuvo que dado que el sacrificio que la norma imponía a los reclamantes no aparecía como intolerable y que la normativa promovería el interés general, vinculado con la satisfacción de necesidades básicas de grandes sectores de la población —argumento falaz a todas luces, pero eso es harina de otro costal— la normativa era constitucional. Ni una palabra sobre la ley 25.466 que, apenas 4 meses antes, había prometido la intangibilidad de los depósitos, en términos inequívocos que excluían la posibilidad de que el Estado hiciera lo que finalmente hizo y que Highton, junto a sus colegas, convalidó. Tampoco demasiadas precisiones sobre por qué el sacrificio no era “intolerable”, a la luz de esa misma ley.

27 CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 26, voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco.

28 CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 29.

El juez Zaffaroni utilizó un enfoque similar. Concurriendo en el resultado, y estableciendo diferencias en el tratamiento de distintas categorías de depositantes, Zaffaroni convalidó la quita o recorte de capital para los depósitos de mayor cuantía, en base a las siguientes consideraciones:

“[...] el principio republicano [...] impone que controle los casos de extrema irracionalidad o disfuncionalidad que se traduzcan en injustificadas lesiones de derechos garantizados por la Constitución Nacional. En el caso, este último extremo no se presenta y la funcionalidad de la legislación cuya constitucionalidad se cuestiona resulta en general verificada por el curso posterior de los acontecimientos, desde que ha sido idónea para remontar los momentos más graves de la emergencia [...] resulta disfuncional al progreso social que las personas de menores recursos, que sufrieron el impacto más importante de este estado de necesidad, carguen con la pérdida parcial de sus ahorros cuando la situación más urgente se ha superado”.²⁹

Nótese que las razones centrales de la decisión sobre la razonabilidad de la normativa pasan por la aptitud correctiva de la crisis que, a juicio de Zaffaroni, habría exhibido la normativa atacada, y por el resultar contraproducente a su concepción del progreso social que los pequeños depositantes (aquellos que tenían hasta setenta mil dólares) debieran perder parte de sus ahorros. La primera consideración, aunque a mi juicio es muy cuestionable desde la teoría constitucional, guarda alguna relación con lo que los tribunales normalmente hacen. La segunda parece traer al debate consideraciones políticas y morales normalmente excluidas de las razones judiciales. No es claro, por lo demás, qué visión concreta del progreso social se satisface con la protección de, únicamente, aquellos ahorristas que tuvieran hasta setenta mil dólares.³⁰ Se trata, en todo caso, de un juicio de valor en el que se “pesan” distintos factores de manera relativamente libre.

127

En los casos de “pesificación” de obligaciones no vinculadas al sistema financiero, la Corte admitió “quitas” más intensas. La saga convalidatoria iniciada en “Rinaldi” consintió grados dispares, pero significativos, de lesión patrimonial

²⁹ CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 3 y 8 del voto concurrente del juez Zaffaroni.

³⁰ En un contexto donde las redistribuciones por razones de emergencia se repiten con alguna frecuencia, es necesario tener alguna teoría sobre la estabilidad de las posesiones, ya que —colocándonos, por ejemplo, en una posición rawlsiana que justifica las diferencias en tanto sean en beneficio de los menos favorecidos— las expectativas presentes de los menos favorecidos incluyen el avanzar y formar parte de clases más favorecidas, de donde las continuas disrupciones de la propiedad de estas últimas clases disminuyen las expectativas de largo plazo de quienes tienen menos. El punto general fue advertido tempranamente por Allen Buchanan. Ver Allen Buchanan, “Distributive Justice and Legitimate Expectations”, *Philosophical Studies* 28, N°6 (1975): 419, 424.

de los acreedores³¹, y reconoció la posibilidad de que las normas de emergencia alteren, circunstancialmente, los derechos adquiridos de las partes.³² Los argumentos de los jueces —muy variables, por cierto—, oscilaron en torno a una supuesta razonabilidad “global” del sacrificio impuesto a los acreedores.³³ Quizás la mejor descripción del enfoque analizado surja del siguiente fragmento del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en la ya citada causa “Rinaldi”:

“En estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla”³⁴

No se trata de averiguar la verdad (en términos, tal vez, de hechos pasados, tales como contratos celebrados, etc.), ni de practicar silogismos (considerando, nuevamente, ciertos hechos pasados normalmente relevantes para la práctica jurídica, como la sanción de leyes y la celebración de contratos con cláusulas que parecían estar dirigidas directamente a reglar con precisión situaciones como la que debía juzgarse),³⁵ sino de apaciguar conflictos a través de argumentos plausibles que consideren una multiplicidad de factores (legales y extralegales). El consecuencialismo asume un rol importante. En esta tarea de apaciguar los conflictos, el punto exacto en que la legislación de emergencia restringe de manera impermisible los derechos de propiedad será siempre móvil e imposible de conocer de antemano. El juicio de ponderación

128

31 Según el análisis que efectúa Ibarlucía, la Corte aceptó quitas de entre el 30% y el 65%. Ver Emilio Ibarlucía, “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, *La Ley, Suplemento Constitucional* (2008), 19 y ss..

32 CSJN, “Grillo, Vicente c/Sparano, Claudio”, *Fallos*, 330:2902 (2007), con. 18, voto de la mayoría integrada por los jueces Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco y Petracchi. Esto implica, claro está, que la línea de base intransgredible no está dada, al menos en ciertos supuestos, por los llamados “derechos adquiridos”. No son ellos la “sustancia” del derecho de propiedad.

33 Ver, a modo de ejemplo, CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007), cons. 46, 47 y 52, primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.

34 CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007), cons. 13, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

35 En “Rinaldi” el contrato preveía expresamente “como condición básica y fundamental que la parte deudora restituya dólares estadounidenses billete, asumiendo cualquier variación de cotización por abrupta e intempestiva que fuese y rechazando expresamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho” (CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007), cons. 30, primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco). Los jueces, sin embargo, decidieron apartarse de dicha solución convencional predeterminada.

será siempre contextual y global. Se trata de un enfoque similar al adoptado por la Corte estadounidense desde los años cuarenta.³⁶

El segundo enfoque, que entiendo discursivamente dominante, ha sido reconstruido con claridad por la jueza Argibay, quien ha señalado que la jurisprudencia de la Corte “[...] pese a todos sus meandros e interrupciones, ha dejado subsistente una limitación a las restricciones que el gobierno puede introducir, por razones de emergencia, en la propiedad de las personas, a saber: ha de recaer sobre los plazos para la exigibilidad judicial y renta pactada, pero no sobre el capital, es decir, la "sustancia" del derecho [...] la gran mayoría de los fallos convalidaron leyes que establecían demoras en la exigibilidad de ciertos derechos y limitaciones a la renta. Así fue en ‘Avico’ y había sido antes en ‘Ercolano’, fallo éste al que se adhirieron los jueces que formaron mayoría en aquél (Fallos: 172:21, 67-68, considerando 9°). Y ese fue el caso también en los precedentes ‘Nadur’ -243:449-, ‘Russo’ -243:467-, ‘White de Torrent’ -264:344-. El esfuerzo que puede advertirse en la sentencia dictada en ‘Peralta’ (Fallos: 313:1513, considerandos 40 a 44 y 52) por incluir las restricciones como una mera ‘reprogramación’ y mantener así su convalidación dentro del esquema tradicional, descansa en la premisa implícita de que incluso una medida de emergencia puede resultar inconstitucional por violación de la propiedad si afecta los derechos de manera ‘sustancial’ y definitiva”.³⁷

129

Como bien señala la jueza Argibay, en “Peralta” se insistió en que la conversión de depósitos a plazo fijo en bonos dolarizados a diez años “[...] produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, mas no necesariamente una ‘quita’ como podría suponerse en un primer como no menos superficial análisis de la cuestión. Ello es así, pues aun admitiendo que la paridad de mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la nominal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que, en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella ‘quita’ haya efectivamente ocurrido”.³⁸

36 Ver U.S. Supreme Court, “*Veix v. Sixth Ward Building & Loan Ass'n Of Newark, N.J.*”, 310 U.S. 32, 39-40 (1940). La idea del juicio global de razonabilidad en la materia ha sido defendida más recientemente por el juez Brennan. Ver U.S. Supreme Court, “*United States Trust v. New Jersey*”, 431 U.S. 1, 22, fn. 19 (1977) (disidencia del juez Brennan). De todos modos, no es claro que actualmente la Corte estadounidense se haya despegado totalmente de ciertos elementos estructurales básicos en el juicio de razonabilidad de regulaciones comprendidas dentro del ámbito de actuación de la *Contract Clause*, como muestra la decisión mayoritaria en *United States Trust* y también lo decidido en U.S. Supreme Court, “*Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*”, 438 U.S. 324 (1978).

37 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 5, voto concurrente en el resultado de la jueza Argibay.

38 CSJN, “Peralta, Luis A. y otra v./ENA y otros s/amparo”, *Fallos*, 313:1513 (1990), cons. 52.

La misma idea aparece en diferentes votos del juez Fayt —supuesto autor de “Peralta”³⁹—. Así, en “Longobardi”, sobre pesificación de obligaciones no vinculadas al sistema financiero, este juez dijo:

“La conversión en pesos de los créditos en moneda extranjera, permite que el mutuario —deudor de la obligación de devolver el mismo bien que le fue entregado— cumpla con ella, entregando un bien de valor sensiblemente inferior. De esta conversión obligatoria deviene una **quita** que, como tal, resulta —utilizando la expresión de Fallos: 313:1513— irremediamente confiscatoria. Los hechos de autos revelan paradigmáticamente una situación en la que el Estado no suministra un remedio para paliar una situación de emergencia sino que decide mutar la sustancia o esencia del derecho adquirido”.⁴⁰

La misma posición había observado en relación con los depósitos bancarios, voluntarios⁴¹ o judiciales.⁴² En “Della Ghelfa” aclaró:

“[...] es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios; empero, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la *consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares*. El reintegro de la propiedad puede dilatarse en el tiempo que abarque la emergencia, pero necesariamente debe restituirse al titular, quien tiene derecho —reitero— a reclamar los daños y perjuicios que hubiera sufrido”.⁴³

La idea de la intangibilidad del capital no es nueva.⁴⁴ En rigor, “Peralta” ya la

39 Horacio Verbitsky, *Hacer la Corte: La Construcción de un Poder Absoluto Sin Justicia Ni Control*. (Buenos Aires:Planeta, 1993), 29.

40 CSJN, “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 22 de la disidencia del juez Fayt. La negrita es del original.

41 CSJN, “Prov. de San Luis c/Estado Nacional y otros s/amparo”, *Fallos*, 326:417 (2003), cons. 39, voto concurrente del juez Fayt; CSJN *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 25, disidencia del juez Fayt.

42 CSJN, “EMM S.R.L. c/Tía S.A. s/ordinario s/ inciente de medidas cautelares”, *Fallos*, 330:971 (2007), cons. 11, voto concurrente del juez Fayt.

43 CSJN, “Della Ghelfa, Darío Ángel y otra c/P.E.N. y otros s/amparo”, *Fallos*, 330:2074 (2007), cons. 6, voto concurrente del juez Fayt. Énfasis añadido.

44 Lo que sí es nuevo es el reconocimiento de la posibilidad de demandar daños y perjuicios. Esta posición de Fayt implica, por cierto, la existencia de una diferencia sustancial entre “quita” y “espera”, en tanto la posibilidad de recuperar los daños y perjuicios (el costo de oportunidad directo e inmediato impuesto por la privación del uso del dinero) implica la compensación de cualquier disminución de valor presente impuesto por la “espera”. Debe destacarse, en todo caso, que la posición sostenida en “Della Ghelfa” implica un giro sustancial en la posición del juez Fayt sobre el punto. Antes sostuvo (CSJN, *Fallos*, 320:955 (1997)—voto concurrente de los jueces Fayt y Vázquez—) que admitida la validez constitucional de la norma de emergencia, no cabía su derogación elíptica por vía de la imposición de responsabilidad al Estado. Es claro que “Della Ghelfa”

refería,⁴⁵ y Fayt había hecho hincapié en ella en el controversial precedente “Smith”. Allí, al declarar la inconstitucionalidad de las restricciones a los retiros de depósitos bancarios, Fayt señaló que, a diferencia de lo que ocurría con las medidas enjuiciadas en “Peralta”, en este caso se “destruye ... el valor de la moneda” que ‘es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas’.⁴⁶

Inclusive algunos de los jueces que convalidaron la evidente pérdida definitiva de valor que la “pesificación” supuso para los depositantes bancarios, se sintieron obligados a defender su posición en términos del enfoque en cuestión. Así, los jueces Belluscio y Maqueda sostuvieron que

“[...] en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la “pesificación” se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor [...] La actora no ha demostrado que el reintegro a \$1,40 por dólar más el coeficiente de estabilización de referencia no alcance a cubrir el mismo poder adquisitivo del dinero depositado”⁴⁷

En suma, según este enfoque, el estado puede imponer esperas, fijar plazos, e inclusive reducir intereses, pero debe preservar el capital. Aunque algunos resistirían la corrección de esta reconstrucción de la jurisprudencia de emergencia,⁴⁸

131

contiene una proposición distinta: el reintegro de la propiedad puede extenderse válidamente el tiempo que dure la emergencia, pero debe finalmente restituirse e indemnizarse los daños. Quiere decir que la indemnización admitida ex hipotesis en “Della Ghelfa” procede incluso si la normativa es declarada válida, y tal vez como requisito de dicha declaración.

45 CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991), cons. 55.

46 CSJN, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”, *Fallos*, 325:28 (2002), cons. 14 del voto concurrente del juez Fayt.

47 CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), cons. 9, primer voto de los jueces Belluscio y Maqueda.

48 Ver, por ejemplo, Carlos Rosenkrantz, “Prólogo”. El derecho de propiedad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ADC”, en *La Corte y los Derechos, 2005-2007: Cómo Impactan en la Vida de los Ciudadanos, las Decisiones del Máximo Tribunal*, Asociación por los Derechos Civiles (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008), 341-342. Allí, Rosenkrantz ha sostenido que “la idea de que todo caso en el que se posterga el pago de lo debido y se quitan los intereses contractualmente pactados es igual a ‘Avico’ no se sostiene. Lo importante de ‘Avico’ no es, como la Corte señaló en ‘Peralta’, que no se redujo la cantidad debida (en ‘Avico’, el acreedor fue obligado a esperar a su deudor sin poder cobrar los intereses contractuales), sino, por el contrario, la magnitud de la quita que sufrieron los acreedores” (Rosenkrantz, Prólogo, 341) y ha criticado la reconstrucción de la jurisprudencia de emergencia realizada por la jueza Argibay (reproducida en el texto que acompaña la nota a pie nro. 37) sosteniendo que “del hecho de que ‘Avico’ y ‘Peralta’ sólo hayan prorrogado los plazos de cobro no puede concluirse que

parece corresponder con el enfoque que los jueces, mayoritariamente, han adoptado explícita o implícitamente.

Debe notarse que bajo cualquiera de los enfoques analizados, la normativa goza de la tradicional presunción de constitucionalidad, reforzada —en general— por una postura bastante deferente de los jueces. Quien ataca la validez de leyes de emergencia económica tiene sobre sus hombros la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba. Por supuesto, ambos enfoques se distinguen en lo relativo a cuándo una norma será inconstitucional (o, lo que es lo mismo, cuándo violará la inalterabilidad de los derechos prometida por el art. 28 de la C.N). Para el primer enfoque, es imposible determinarlo a priori, y dependerá del resultado del juicio global de ponderación de diversos factores. Para el segundo, las normas que imponen quitas definitivas de capital serán “irremediablemente confiscatorias” y, en consecuencia, se hallarán “a extramuros de la Constitución”.

Dos de los actuales integrantes del Alto Tribunal han propuestos variaciones sobre estos enfoques. Así, el juez Lorenzetti ha insinuado una suerte de escrutinio intermedio, que constituiría un tipo mixto entre los dos ya analizados. Según Lorenzetti, la propiedad y el contrato gozan de protección constitucional en el derecho argentino. Esta protección comprende tanto la libertad de contratar (que el juez ve protegida en

132

ninguna quita es constitucionalmente permisible [...] Por otro lado, la cuestión de si las quitas son constitucionalmente admisibles no fue parte del *thema decidendum* ni en ‘Avico’ ni en ‘Peralta’” (Rosenkrantz, Prólogo, 341). Si bien Rosenkrantz acierta en que las quitas no fueron abordadas directamente —aunque sí tangencialmente— por la Corte en las decisiones que cita, lo cierto es que hay razones para insistir en la postura que él rechaza. En primer lugar, la magnitud de la quita no parece ser lo único que importa. La transitoriedad o definitividad de la quita han sido relevantes para la Corte, como surge con claridad de los esfuerzos argumentativos tanto en “Avico” (cons. 12) como en “Peralta” (cons. 42-44 y 52) para demostrar que no existía quita. En segundo lugar, en “Videla Cuello” (CSJN, Fallos, 313:1638 (1990)), la Corte afirmó que “el resguardo del bien común histórico y concreto, confiado al Congreso, no lo autoriza a destruir, pero sí a suspender por un tiempo razonable” (cons. 8). Finalmente, la Corte sí ha decidido, por unanimidad y con prácticamente la misma integración que decidió “Peralta”, que las quitas definitivas —al menos las que no son consecuencia de un reajuste del contrato— son constitucionalmente inadmisibles. En “lachemet” (CSJN, Fallos, 316:779 (1993)), la Corte interpretó la restricción constitucional de no degradar la sustancia del derecho constitucional en juego como implicando la necesidad que la titular pudiera llegar a cobrar la totalidad de su crédito. En ese caso, donde la actora tenía 93 años al momento de la decisión, la Corte declaró inconstitucional la consolidación de un crédito reconocido por sentencia firme, en tanto la postergación implicaba que resultara “virtualmente imposible que la Sra. lachemet, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito” (cons. 11). Entre los precedentes que interpretó el Alto Tribunal para así decidir estaba, justamente, “Peralta”. Rosenkrantz todavía podría replicar, como lo hace, que el Tribunal está equivocado y que debe cambiar su interpretación. Discutiré ese argumento más adelante.

el art. 19 de la C.N.), como la de configurar el contenido del contrato. Ambos aspectos quedan bajo la tutela del art. 17 de la Constitución.⁴⁹ ¿Qué efectos tiene esta elaboración, hasta aquí no demasiado novedosa? Pues bien, son dos consecuencias no menores. La primera, que “quien pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión”.⁵⁰ La segunda, que “toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva”.⁵¹ Ambos efectos parecen romper con el tipo tradicional de control de razonabilidad (“mera razonabilidad”) y con los subtipos específicos de emergencia económica, donde la carga argumentativa y, en su caso, probatoria, recae sobre quien impugna una norma, no sobre quien la defiende, y donde, en principio, no se aplica la interpretación restrictiva de los poderes estatales.⁵² La interpretación restrictiva, en el caso, parece significar que las restricciones a los derechos de propiedad deben ser interpretadas de forma que ellas no abarquen más supuestos que los consignados en el tenor literal de la norma y, posiblemente, que ante de la duda sobre si cierto supuesto está comprendido en la norma, debe estarse por la negativa.⁵³

Adicionalmente, el juez Lorenzetti parece adherir a una variante debilitada de la concepción según la cual el Estado no puede imponer “quitas” sobre el capital. Así, ha sostenido que si bien el Estado, en ejercicio de su potestad constitucional de fijar el valor de la moneda, puede alterar la moneda de pago, en tanto permita recuperar el total del valor del crédito.⁵⁴ En suma, debe respetarse el capital, más allá de la moneda en que sea expresado (suponiendo, claro está, equivalencia de poder adquisitivo). Esa regla de respeto irrestricto del capital reconoce una

133

49 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 25, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 330:3483 (2007), cons. 4, voto concurrente del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 12-13, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 13, disidencia del juez Lorenzetti.

50 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 26, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 13, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 14, disidencia del juez Lorenzetti.

51 CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 14, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 330:3483 (2011), cons. 4, voto concurrente del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 13, disidencia del juez Lorenzetti.

52 Otro de los clichés en materia de derecho de emergencia es el que sostiene que “no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios” (CSJN, *Fallos*, 243:467 (1959), voto de los jueces Aróz de Lamadrid y Oyhanarte; CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991); CSJN, *Fallos*, 325:28 (2002); entre otros).

53 Sobre el punto, ver Sánchez Brigido y Elias, *supra* nota 1.

54 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 24, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 12, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 12, disidencia del juez Lorenzetti.

excepción potencialmente amplia, en la imposibilidad relativa sobreviniente (acción de revisión)⁵⁵ y en un alegado orden público de protección de la parte débil de un contrato.⁵⁶ Puede consentirse que el acreedor reciba su capital disminuido si existe una imposibilidad relativa derivada de una excesiva onerosidad sobreviniente, y si la disminución se hace en protección de un grupo de deudores vulnerables.

No es del todo claro cómo se relacionan entre sí las distintas partes del escrutinio intermedio que propone el juez Lorenzetti. La inversión de la carga argumentativa —y, cabe presumir, eventualmente probatoria—, ¿juega siempre, o únicamente en supuestos de emergencia? De la argumentación general ofrecida por el juez, no surge que esté limitada a situaciones de emergencia, pero el contexto del argumento puede servir para limitar su alcance a tales tipos de situaciones. De todos modos, y teniendo en cuenta que Lorenzetti parece abrazar el enfoque según el cual la “quita” es un límite que solamente puede ser ultrapasado —incluso por razones de emergencia— en dos tipos de casos muy precisos, cuando el Estado regula sin imponer una “quita” definitiva, ¿se invierte en su perjuicio la carga argumentativa? Parecería que sí. Que el test propuesto ofrece una doble garantía: carga de argumentación sobre el Estado en todos los supuestos, y limitación de acciones regulatorias admitidas a “esperas” y reprogramaciones, salvo las “quitas” en razón de acciones de revisión o protección de la parte débil (las que deberían ser también debidamente justificadas en su extensión por el Estado). No es claro cuál es el estándar de justificación que deberá satisfacer el Estado, sea que se trate de “esperas”, sea que se trate de las “quitas” excepcionales que el juez reconoce como admisibles. Uno podría pensar que es, en este caso, el habitual de mera razonabilidad. Las “esperas” deben ser medios idóneos para perseguir fines legítimos y no ser desproporcionadas. El problema es que volvemos a necesitar una pauta que nos indique cuándo la “espera” o la “quita” devienen alteraciones inadmisibles de los derechos (Art. 28, C.N.).

134

55 Acción que, en su variante prevista en la Ley de Emergencia 25.561, sería constitucional por “ajustarse al estándar del derecho común” (CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 16, disidencia del juez Lorenzetti). El argumento es cuando menos extraño. Puede querer decir que, dado que la acción de revisión (art. 1198 C.C.) se usa regularmente sin que haya sido declarada inconstitucional, el hecho de que la acción especial de revisión establecida en la ley de emergencia sea equivalente a la del “derecho común” hace extensiva a ella su supuesta constitucionalidad. El problema es que una acción de revisión puede ser, en general, constitucional, e inconstitucional en un caso concreto (por ejemplo, podría argumentarse que la Ley 25.466 volvía inconstitucional la aplicación de la acción de revisión al caso de los depósitos bancarios). Pero, en cualquier caso, la razón por la cual la acción de reajuste de revisión de la Ley 25.561 es constitucional no es por su adecuación al derecho común, sino por —al igual que la acción del derecho común— no transgredir, en general, ninguna norma constitucional.

56 CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007), cons. 19, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 12 y 16, disidencia del juez Lorenzetti; CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), cons. 12 y 16, disidencia del juez Lorenzetti.

La jueza Argibay, a su turno, ha abrazado una postura también innovadora, construida sobre la base del enfoque que reconoce validez a “esperas” y reducciones de intereses e invalida las “quitas” o reducciones de capital. Así, en “Longobardi”, la jueza Argibay expresó que

“[...] una aplicación válida del ‘esfuerzo compartido’ debe ser algo distinto a una quita en el monto del capital que recibió y debe devolver el tomador del préstamo hipotecario, pues limitar el derecho de quien otorgó un empréstito a obtener la entrega de bienes diferentes y de menor valor constituye una restricción de su derecho de propiedad que no encuentra convalidación constitucional [...] cuanto más se acerca la restricción al objeto central del contrato entre particulares, mayor es el rigor con que habrá de examinarse la razonabilidad de la medida; se interpreta que no afectan al objeto central del contrato las medidas que demoran la exigibilidad judicial del derecho (Blaisdell) o modifican aspectos secundarios del contrato (Allied Structural Steel Co.). De modo tal que las necesidades estatales cuentan, pero no son el único factor a tomar en consideración [...] Si una razonable reducción de los intereses y extensión del plazo de pago [...] fuesen insuficientes para paliar la situación del deudor, nada más puede hacerse a costa del derecho de propiedad del acreedor, sin violar la Constitución Nacional. Un auxilio más completo, si es considerado indispensable por el Congreso, debe provenir de otra fuente”.⁵⁷

135

De acuerdo a lo transcrito, la “quita” es inadmisibles, bajo cualesquiera circunstancias imaginables. En este sentido, los jueces Argibay y Fayt parecen abrazar idéntica postura. Sin embargo, hay alguna tensión entre la doctrina sostenida en los párrafos transcritos y la posición que la jueza desarrollara en “Massa”, poco tiempo antes. Allí, Argibay dijo que el decreto 214/02, en tanto transformó la “sustancia” de la acreencia de los depositantes bancarios, en violación a la jurisprudencia tradicional, se encuentra “más allá de la zona dentro de la cual esta Corte ha reconocido presunción de constitucionalidad a las interferencias estatales”.⁵⁸ Como puede advertirse con facilidad, en este supuesto la “quita” no se transforma en un límite absoluto, sino en una inversión de la carga argumentativa sobre la constitucionalidad de la medida. O, en otras palabras, una medida que instaure una “quita” debe presumirse inconstitucional. ¿Qué es lo que debe acreditar quien pretenda la validez de una norma tal? Según la jueza

“[...] cuando se pretende purgar la inconstitucionalidad de un acto de gobierno sobre la base de su utilidad, eficacia o conveniencia [...] los tribunales han de exigir más intensamente una demostración plena y convincente de que se trata de una medida

57 CSJN, *Fallos*, 330:5345 (2007), cons. 9 y 10, disidencia de la jueza Argibay.

58 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), cons. 5, concurrencia en el resultado de la jueza Argibay.

insustituible y justa para atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable [...]”.⁵⁹

En esta segunda variante propuesta por la jueza Argibay, la “quita” solamente es admisible si quien pretende defender su validez acredita, de manera “plena y convincente” (estándar al parecer muy exigente), que: 1) el fin perseguido debe ser satisfecho de manera impostergable (suena muy parecido al test del “compelling state interest”, parte del escrutinio estricto del derecho estadounidense); 2) no hay otro medio (menos restrictivo) de alcanzar el fin;⁶⁰ 3) el medio elegido es “justo”. La tercera parte del test resulta, obviamente, la más complicada de precisar, puesto que no es claro qué propiedad del medio elegido (cierta “quita”) menta el requisito de “justicia” referido. Por ejemplo, supongamos que la única manera de preservar el sistema financiero es imponer una “quita” definitiva a los depositantes (esto, claro está, debería haber sido demostrado de manera plena y convincente). No hay, en consecuencia, un medio alternativo menos restrictivo del derecho. ¿Qué agrega el requisito de que la medida sea “justa”? ¿Es justa, por ejemplo, la imposición de la “quita” en cuestión si la gran mayoría de los ahorristas atrapados por la normativa de emergencia son pequeños ahorristas (como fue el caso de la “pesificación” impuesta por dec. 214/02), aquellos que confiaron en la ley 25.466 y respecto de quienes, según el juez Zaffaroni, la imposición de esa pérdida parcial es disfuncional al progreso social? Tal vez todo eso sea cierto, y de todos modos la única manera de alcanzar ese fin impostergable sea la imposición de la “quita” en cuestión. Una interpretación posible es que la necesidad vuelve justa la medida, de modo que si la medida es insustituible, es justa. Pero esa lectura no da cuenta de la literalidad de la propuesta de Argibay, quien distingue ambos requisitos. Otra forma —mejor, a mi juicio— de interpretar el tercer requisito del test propuesto por la jueza Argibay es entender que para ser “justa” la medida requiere algún tipo de compensación especial, una vez que la emergencia haya sido superada.⁶¹ En esta interpretación, la posición de Argibay en “Massa” y la de Fayt en “Della Ghelfa” se parecerían mucho. La única diferencia sería que mientras la jueza Argibay admitiría,

136

59 CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006).

60 Sobre los distintos elementos del juicio de razonabilidad, entendido en clave de proporcionalidad, ver Juan Cianciardo, *El Principio de Razonabilidad. Del Debido Proceso Sustantivo al Moderno Juicio de Proporcionalidad*. (Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004), 61-110. También María Laura Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. (Eudeba, Buenos Aires, 2009).

61 La intuición respecto de la justicia de un requisito de compensación para quienes debieron cargar con los mayores costos en la superación de la crisis parece ser relativamente extendida. Ver, por ejemplo, Eldar Sarajlic, “Distributive Justice in Crisis”, *C.E.U. Political Science Journal* 6, n°3 (2011): 458, 477; Marcelo Alegre, “Primer voto del juez Marcelo Alegre”, en *¿Cómo Podría Haber Sido Decidido El Caso ‘Peralta’? Repensando La Jurisprudencia Constitucional De La Corte Suprema*, José Sebastián Elias, Julio C. Rivera (h) y Damián Azrak (coords), (Editores Del Puerto: Buenos Aires, 2013), 37.

ex hipotesis, la validez constitucional de “quitas definitivas”, el juez Fayt no lo haría. Pero adviértase que si los perjuicios deben ser compensados, como requisito de justicia (y, en el test Argibay, de validez constitucional) de la medida, entonces la “quita” será siempre transitoria, en tanto la compensación posterior vendrá a eliminar la pérdida de valor admitida en una primera instancia.⁶²

2. La perspectiva de la justificación (o por qué la Corte dice que hace lo que dice que hace, y por qué es preferible que haga lo que dice que hace a otras alternativas).

Cabe preguntarse, a esta altura, cuál es la justificación para aplicar uno u otro enfoque al analizar la constitucionalidad de leyes de emergencia que restringen derechos patrimoniales. En particular, es importante interrogarse respecto de cuál de los enfoques adoptados por el Alto Tribunal resulta preferible, si es que alguno.

Un consecuencialista como Martín Farrell, por ejemplo, atacaría seguramente el enfoque que yo he considerado dominante, por resultar insuficientemente flexible. La “quita”, como barrera rígida, es insensible al tipo de consideraciones consecuencialistas que Farrell defiende como propias de la ética judicial en situaciones de emergencia⁶³ y que podrían aconsejar recortar el capital de los acreedores. Creo, sin embargo, que Farrell podría aceptar como regla general la proscripción rígida de las “quitas” por buenas razones consecuencialistas.⁶⁴ Respecto del primer enfoque —recordemos que utiliza un juicio de ponderación o balanceo relativamente desestructurado—, Farrell criticaría el carácter relativamente opaco de su argumentación, especialmente en lo relativo a

137

62 Esto no sería así, claro está, si se admitiera que la compensación que vuelve “justa” y, ergo, constitucional la medida de “quita” inicial no fuera completa.

63 Ver, por ejemplo, Martín D. Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, 16-17; Martín D. Farrell, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, en *¿Cómo Podría Haber Sido Decidido El Caso ‘Peralta’?*, 61, p. 174; y Martín Diego Farrell, *Entre El Derecho Y La Moral. Preguntas Con Respuestas*. (Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2012), 16 (señala que una buena razón para fundar una decisión judicial es que ella se ajuste a los derechos en juego y que resistimos considerar una buena razón para una decisión judicial el que ella produzca las mejores consecuencias, salvo “muy contadas excepciones en casos de crisis”).

64 He brindado razones consecuencialistas para criticar la decisión de la Corte que, en el caso “Bustos”, convalidara una “quita” definitiva, en José Sebastián Elias, “El caso ‘Bustos’: algunos problemas de teoría constitucional”, *La Ley* (2005-F): 1486. Farrell parece admitir implícitamente el diferente valor consecuencialista de “quitas” definitivas y “esperas” al adherir explícitamente a la solución dada en “Peralta” y permitirse dudar de las bondades de la solución admitida en “Bustos”. Sobre su adhesión a la primera decisión y rechazo a la segunda, sobre bases consecuencialistas, ver Martín D. Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, 18 (“A diferencia de Peralta, no podría afirmar con igual convicción que Bustos sea también un ejemplo de buen cálculo consecuencialista”). Por supuesto, la distinta valoración que le merecen ambas decisiones podría obedecer a razones (consecuencialistas) que nada tengan que ver con la distinción entre “quitas” definitivas y “esperas”.

las razones consecuencialistas que suelen animar su aplicación. Según su postura, explicitar el carácter puramente consecuencialista de la decisión permite acotar el precedente.⁶⁵ Más allá de mis reparos sobre el punto,⁶⁶ creo que alguien que compartiera los presupuestos teóricos de Farrell debería al menos considerar como potencialmente superadoras tesis como las de Lorenzetti y Argibay, con independencia de las críticas que a cada una de ellas pudiera efectuárseles, por distintas razones.

Desde otra perspectiva, Carlos Rosenkrantz también critica el enfoque denominante. “Quitas” y “esperas” no pueden recibir dispar trato constitucional “[...] por la sencilla razón de que los efectos de ambas son idénticos. Dado el costo de oportunidad del uso del dinero, toda espera es igual a una quita. El costo de toda postergación de la fecha de la devolución de una cantidad de dinero determinada es igual al costo de una quita dado que el valor presente de una cantidad de dinero que se debe devolver más tarde siempre disminuye”.⁶⁷

Rosenkrantz tiene, obviamente, razón respecto de que, financieramente, “quitas” y “esperas” son, en general, equivalentes.⁶⁸ Pero, ¿eso significa que deban ser constitucionalmente iguales?

65 Ver Martín D. Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, 13.

66 Farrell abraza una postura que podría calificarse como “medidas extralegales”. Se admite la violación de la Constitución, pero se lo hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad. Hay quienes ven en este tipo de medidas una virtud adicional, desde la perspectiva de la “ética de la responsabilidad”. Los políticos que deciden en la emergencia deberían tomar responsabilidad política por lo que hacen. Eso, sugiere el argumento, limitaría el ejercicio irresponsable del poder de manera “extralegal”. Uno de los problemas que presenta tal postura es que la cuestión de qué consecuencias generará, para la práctica constitucional, el admitir abiertamente la posibilidad de violaciones a la Constitución es totalmente contingente. Así como podría ocurrir lo que anticipan los defensores de las “medidas extralegales”, también podría perfectamente producirse un fenómeno de signo opuesto, anticipado en el famoso dictamen del entonces Procurador General Sebastián Soler en “Cine Callao” (CSJN, *Fallos*, 247:121 (1960), de acuerdo con el cual los destinatarios de las normas se acostumbran al ejercicio del poder discrecional, produciéndose una paulatina pero inexorable degradación del valor social de la legalidad. Si ocurrirá lo uno, lo otro (o alguna otra cosa), es imposible saber de antemano.

67 Ver Carlos Rosenkrantz, “Prólogo”, 341, nota a pie nro. 2.

68 Ver Richard A. Brealey & Stewart C. Myers, *Principles Of Corporate Finance*. (New York: The McGraw-Hill Companies, 2000): 16-21, 669-699. Allí puede encontrarse una explicación sencilla de la idea de “valor presente” de un crédito, de los costos de oportunidad de un capital y de los mecanismos generales de valuación de un crédito. Si bien podría pensarse un caso en el que una “espera” no tuviera efectos financieros idénticos a una quita (por ejemplo, donde intereses suficientemente altos compensaran la espera) (ver Carlos A. Azize, “La espera como quita en el concurso preventivo”, *La Ley* (2000-D): 1269, un caso tal parece tan raro que la crítica de Rosenkrantz se sostiene para la generalidad de los casos.

Otros autores han ensayado críticas de similar tenor. Juan Cianciardo y Pilar Zambrano, anotando el fallo “Massa”, criticaron —por injustificada— la reticencia de los jueces a admitir la posibilidad, siquiera hipotética, de que una “quita” pudiera ser válida. De acuerdo con su argumentación, una vez que se ha admitido la validez constitucional de una “espera”, no parece que pueda sostenerse que una “quita” sea más severa o gravosa para el acreedor que una “espera”; de hecho, es perfectamente factible que un acreedor prefiera ciertas “quitas” a determinadas “esperas”.⁶⁹ La noción de costos de oportunidad, ciertamente da alguna base al argumento.⁷⁰

¿No es cierto, entonces, que —como sostiene George Priest— “la forma de la intervención del Estado es menos importante que la medida en que ella aumenta o disminuye el valor del derecho contractual para las distintas partes”?⁷¹ Los críticos podrían atacar el enfoque dominante en la jurisprudencia de la Corte por cierta falta aparente de sofisticación en su razonamiento. Nociones básicas de finanzas deberían mostrar a abogados sofisticados que “quitas” y “esperas” no son sustancialmente distintas y, ergo, no deben recibir distinto tratamiento. Una línea argumental como esta debería llevarnos, sin dudas, a preferir el primer enfoque analizado (juicio de ponderación o balanceo global, relativamente desestructurado y muy abierto a la consideración directa de las consecuencias).

139

¿Es posible salvar a la concepción dominante de críticas aparentemente tan destructivas? ¿Es posible justificar una preferencia por este enfoque, respecto del más libre y abierto que abraza el balanceo desestructurado? A mi juicio, sí.⁷² Las ciencias sociales vienen al auxilio de la jurisprudencia de la Corte, y ofrecen una vía de rescate de la aparente sinrazón de su enfoque dominante. La teoría de las

69 Juan Cianciardo y Pilar Zambrano, “El caso ‘Massa’. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad”, *Jurisprudencia Argentina IV* (2007): 1151. En igual sentido, ver Emilio Ibarlucía, supra nota 31 (sostiene que “si se analiza fríamente, [una pérdida del 20 al 25%, en obligaciones no vinculadas al sistema financiero] no se trataba de una afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, dado que, como hemos señalado, ¿qué acreedor no hubiera aceptado una quita de ese orden como alternativa a largas moratorias admitidas por la Corte?”).

70 Dados que los costos de oportunidad son variables para los acreedores, y puede haber grupos de acreedores con necesidad de certeza en la acreencia, pero bajo costo de oportunidad actual, el argumento debería llevar a una solución que permitiera elegir entre disponibilidad inmediata, con quita, y espera con recuperación del total del capital, como los bonos. La solución tiene, sin embargo, sus propios problemas, que no puedo analizar aquí, por razones de espacio.

71 George L. Priest, “Law and Economic Distress: Sangamon County, Illinois, 1837-1844”, *The Journal of Legal Studies* 2, n°2 (1973): 469, 492.

72 Por supuesto, podría justificarse una preferencia por el enfoque que prohíbe las “quitas”, frente al balanceo desestructurado, por razones vinculadas con los resultados que muestra la historia del ejercicio del balanceo. Cualesquiera que fueren las rigidices indeseables del enfoque, podría argumentarse desde la perspectiva de lo “segundo mejor”, que se trata de la mejor alternativa asequible.

perspectivas, y su descendiente, el *endowment effect* prestan ayuda. Si bien, por razones de espacio, no puedo hacerle justicia al argumento aquí, una exposición somera basta para comprender por qué hay más y mejores razones de las que el ojo ve en el enfoque que distingue entre “quitas” y “esperas”.⁷³

La teoría de las perspectivas, elaborada inicialmente por Daniel Kahneman y Amos Tversky, es una teoría que explica cómo la gente toma decisiones entre alternativas diferentes que involucran riesgos. De manera muy simplificada, sostiene que la gente normalmente percibe los resultados de sus elecciones en términos de ganancias y pérdidas, en relación con un punto de referencia neutral, más que como estados finales de riqueza o bienestar.⁷⁴ El punto de referencia para activos monetarios suele ser el valor del activo al momento de la elección.⁷⁵ Una característica distintiva de las actitudes frente a los cambios de riqueza o bienestar es que las pérdidas resultan más significativas, subjetivamente, que las ganancias.⁷⁶

La teoría del *endowment effect* (o del “efecto de la dotación”), una teoría derivativa sugerida inicialmente por Richard H. Thaler, sostiene que los individuos perciben el desprenderse de un objeto que poseen como una pérdida mayor que la utilidad potencial de adquirir otro bien de idéntico valor.⁷⁷ Si bien ha habido algunos cuestionamientos a esta teoría derivativa, lo cierto es que existe acuerdo generalizado en que hay una notable asimetría en la experiencia hedónica de ganancias y pérdidas.⁷⁸

Consistentemente con lo que cabría esperar, se ha observado que las percepciones de justicia relativas a acciones económicas dependen fuertemente de si ellas son

73 Desarrollo esta línea argumental en detalle en mi tesis doctoral, José Sebastián Elias, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, (tesis doctoral, Yale Law School, 2013, sometida a evaluación final al momento de escribirse este texto).

74 Daniel Kahneman y Amos Tversky, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica* 47, n°2 (1979): 263, 274.

75 *Ibid.*, 263, 276.

76 *Ibid.*, 263, 274.

77 Ver Richard Thaler, “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, *The Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980): 39, 44.

78 Ver, por ejemplo, Rose McDermott, James H. Fowley y Oleg Smirnov, “On the Evolutionary Origin of Prospect Theory Preferences”, *The Journal of Politics* 70, n°2 (2008): 335, 337 (“Numerosos hallazgos prueban de manera experimentalmente muy robusta [...] que las pérdidas duelen más que lo que ganancias equivalentes complacen”); Charles R. Plott y Kathryn Zeiler, “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?”, *The American Economic Review* 97, n°4 (2007): 1449, 1462 (“Si bien desafiamos la precisión general de la teoría del *endowment effect*, no cuestionamos la teoría de las perspectivas, que ha sido explorada en diferentes experimentos”).

presentadas como instaurando una reducción de ganancias o una pérdida actual.⁷⁹ Adicionalmente, los costos de oportunidad son frecuentemente minusvalorados, en tanto aparecen en perspectiva disminuidos frente a la desutilidad que presentan las pérdidas actuales. Dos elementos más completan el cuadro teórico que, de manera sumamente resumida, quiero ofrecer aquí: los llamados efectos de “certidumbre” y de “aislamiento”. De acuerdo con el primero, los individuos sobrevaloran los resultados que consideran de ocurrencia cierta, frente a aquellos que se perciben como meramente probables.⁸⁰ Según el segundo, cuando los individuos comparan alternativas posibles, a fin de simplificar el proceso, suelen desestimar los elementos comunes que presentan las alternativas y focalizarse en aquello que las distingue.⁸¹

De cierta manera, la ciencia moderna no ha hecho más que verificar lo que Bentham, Hume, y otros observadores tempranos, con medios mucho más modestos, ya habían detectado con notable precisión: que los individuos liberales “están no tanto obsesionados con la búsqueda de ganancias [...] como atemorizados por la omnipresente perspectiva de la pérdida”.⁸²

Fácil es advertir que la distinción entre “quitas” y “esperas” se acomoda sin mayores dificultades en el cuadro teórico presentado. La gente percibe las “esperas” como menos gravosas que las “quitas”, independientemente de sus reales efectos financieros. Por un lado, al comparar las perspectivas de una “quita” y de una “espera”, el individuo sobrevalora el único resultado que se le aparece como cierto (la pérdida de valor definitiva que implica la “quita”) frente al que se representa como meramente posible (el uso alternativo del recurso, de aceptar la “quita” o, lo que es lo mismo, el costo de oportunidad que la “espera” le impone). A la inversa, sobrevalora la certeza de recuperar el total del capital a través del tiempo (“espera”), frente a la mera posibilidad de recuperar todo o parte de la “quita” mediante un uso alternativo del dinero. Además, en el proceso de comparación, se enfatiza aquello que distingue a “quitas” y “esperas” (definitividad y certeza de la pérdida versus transitoriedad y eventualidad de la pérdida), y se omite reflexionar sobre lo que tienen en común (disminución del valor presente del crédito). En suma, “quitas” y “esperas” aparecen a los ojos del lego como opciones claramente distintas –en ocasiones, se trata de una realidad,

141

79 Ver Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch y Richard H. Thaler, “The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias”, *Journal of Economic Perspectives* 5, n° 1(1991): 193, 197.

80 Ver Kahneman y Tversky, “Prospect Theory”, 265.

81 *Ibid.*, 271.

82 Sheldon S. Wolin, *Politics And Vision (Expanded Edition)*, (Princeton: Princeton University Press, 2004), 294.

no de una simple percepción⁸³, de diferente valía, y con distinta adaptabilidad a la idea de “inviolabilidad” de la propiedad que promete la Constitución.

Este modo de percepción de la realidad que exhiben los individuos determina que la Corte Suprema pueda tener buenas razones, instrumentales y no instrumentales, para interpretar la inviolabilidad de la propiedad en situaciones de emergencia, en términos de la distinción entre “quitas” (impermisibles) y “esperas” (permisibles). Aquí mencionaré simplemente cuatro argumentos que, posiblemente de modo conjunto y seguramente algo caótico, pueden contribuir a explicar (y defender) el enfoque dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se trata de un argumento *textualista*, un argumento basado en la *cognición cultural* (o argumento *consecuencialista en sentido amplio*), un argumento *utilitarista*, y un argumento basado en la *construcción de legitimidad*.

El argumento textualista consiste, básicamente, en lo siguiente: dado que la Constitución está destinada a regir a todos los individuos de la comunidad, esta debe ser interpretada de un modo “no esotérico”, las interpretaciones deben reflejar de modo más o menos aproximado aquello que un lector contemporáneo razonable entendería al enfrentar los textos en cuestión; los individuos perciben “quitas” y “esperas” de modo diferente y, en ese esquema de percepciones, las “esperas” se acomodan mucho mejor a la idea de “inviolabilidad” de la propiedad prometida por el artículo 17 de la Constitución que las “quitas”; en suma, la “resistencia semántica”⁸⁴ de la cláusula de la inviolabilidad de la propiedad, de acuerdo a las convenciones interpretativas relevantes de la comunidad argentina,⁸⁵ tolera “esperas”, mas no “quitas”, y los jueces deben fidelidad a ese texto. Este argumento supone una actitud “internalista” de parte de los jueces: el compromiso individual de decidir los casos que se les presentan del modo más fiel posible a las normas legales que ellos reciben.⁸⁶ Tiene, además, un

142

83 Para quien, por ejemplo, no hay oportunidades de inversión que puedan potencialmente compensar la “quita” y, a la vez, valora especialmente la seguridad de su inversión, “quitas” y “esperas” serán ciertamente diferentes, y no desde lo meramente perceptivo.

84 CSJN, *Fallos*, 328:2056 (2005), cons. 24, voto concurrente del juez Zaffaroni (usa la idea para delimitar lo que constituye propiamente interpretación de una norma legal y para distinguirlo de aquello que va más allá de la interpretación); *Fallos*, 328:3399, cons. 21, voto de la mayoría y cons. 7, voto concurrente del juez Fayt (hacen suya la expresión del juez Zaffaroni en CSJN, *Fallos*, 328:2056 (2005)).

85 Desarrollo el argumento según el cual la concepción popular de la propiedad constitucional en Argentina se apoya fuertemente en la distinción entre “quitas” y “esperas” y, en consecuencia, es bien explicada por las teorías de las perspectivas y del *endowment effect* en el texto citado supra nota 72.

86 Ver John Ferejohn, “Positive Theory and the Internal View of Law”, *The University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10 (2008): 273, 293 (define la orientación judicial “internalista” como el compromiso individual de los jueces de resolver las cuestiones legales que les son presentadas del modo más fiel posible a las normas legales recibidas y argumenta que tal actitud es debida a los litigantes potenciales).

potencial justificativo relativamente claro, desde el punto de vista normativo.

Desde una perspectiva “externalista”, y decididamente instrumental, pueden analizarse los otros tres argumentos. El primero de ellos, el de la cognición cultural (o consecuencialista en un sentido amplio), se apoya, por un lado, en el canon consecuencialista de interpretación que impone la Corte Suprema,⁸⁷ y por otro lado, en la idea —recientemente desarrollada por académicos legales y científicos sociales—⁸⁸ según la cual las personas tienen “[...] una disposición psicológica a ajustar sus creencias fácticas sobre la eficacia instrumental (o la perversidad) del derecho a sus evaluaciones culturales de las actividades sujetas a regulación”.⁸⁹

Si esto es cierto, entonces incluso jueces que comprenden adecuadamente la equivalencia financiera entre “quitas” y “esperas” pueden encontrar muy difícil separarse de las percepciones de sus conciudadanos sobre el tema. La distinción entre “quitas” y “esperas” es una parte importante del bagaje cultural que sirve como trasfondo contra el que los jueces deben evaluar las distintas soluciones legales posibles. En tal contexto, el fenómeno de la cognición cultural puede impactar las decisiones de los jueces de dos maneras distintas. Una de ellas es a través de la manera en que los mismos jueces evalúan las consecuencias de los distintos criterios constitucionales entre lo que deben elegir para decidir. La otra, más indirecta, es a través de cómo los destinatarios (en sentido amplio) de las decisiones de la Corte Suprema perciben dichas decisiones, y en este sentido, el argumento de la cognición cultural se toca —aunque no se identifica— con el argumento de la construcción de legitimidad. Aunque razones de espacio me impiden, nuevamente, desarrollar el argumento con el detenimiento necesario, una breve presentación bastará para comprender la idea que está en juego.

143

El primer mecanismo tiene que ver con cómo son percibidas, en general, las actividades reguladas, inclusive por los propios jueces. Tomemos, por ejemplo, el caso de si la protección de la propiedad privada produce efectos beneficiosos desde el punto

87 Sostiene la Corte Suprema reiteradamente que, al interpretar una norma, “no cabe prescindir de de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma”. Ver, entre muchísimos otros, CSJN, *Fallos*, 331:1262 (2008); CSJN, *Fallos*, 327:769 (2004); CSJN, *Fallos*, 326:2095 (2003); CSJN, *Fallos*, 324:68 (2001); CSJN, *Fallos*, 320:1962 (1997); CSJN, *Fallos*, 317:856 (1994); CSJN, *Fallos*, 310:464 (1987); CSJN, *Fallos*, 302:1284 (1980).

88 Ver, por ejemplo, Dan M. Kahan y Donald Braman, “Cultural Cognition and Public Policy”, *The Yale Law & Policy Review* 24 (2006): 149; Dan M. Kahan, David A. Hoffman y Donald Braman, “Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism”, *Harvard Law Review* 22, n° 3 (2009): 837; Dan M. Kahan y Paul Slovic, “Cultural Evaluations of Risk: ‘Values’ or ‘Blunders’?” *Harvard Law Review* 119 (2006): 1110.

89 Dan M. Kahan y Donald Braman, “Cultural Cognition”, 151-152.

de vista de la promoción de la inversión y el desarrollo sostenible. Asumamos por un momento que la protección del capital, en lugar de –por ejemplo– la moderación en la eventual regulación del potencial productivo de ese capital, es considerado central para la producción de aquellos efectos beneficiosos desde el punto de vista macroeconómico. Si ese fuera el caso, entonces sería posible para los jueces evaluar las consecuencias de permitir reducciones de capital como nocivas en el largo plazo, cualesquiera que fueran sus similitudes con las “esperas”, desde el punto de vista de los efectos financieros inmediatos.⁹⁰ Nótese que se trata de cómo son percibidas “quitas” y “esperas”, no de qué efectos tienen efectivamente en la promoción del desarrollo económico del país. O asumamos, de modo ciertamente no implausible,⁹¹ que la intermediación financiera es percibida como un negocio de riesgo bajo para banqueros e inversores profesionales, pero relativamente riesgoso para el pequeño ahorrista, lo que lleva a cierta valoración sobre la actividad y sobre los distintos sujetos intervinientes. Si esa valoración cultural de la actividad es relativamente extendida, es posible que los jueces consideren que la preservación del capital del ahorrista produce las mejores consecuencias posibles (las que, por supuesto, pueden ser simplemente la minimización de los daños).

144

La otra manera a través de la cual la cognición cultural puede impactar en las decisiones judiciales, haciendo que –al menos discursivamente– se tienda a proteger el capital en situaciones de emergencia, tiene que ver con lograr revestir las decisiones que la Corte entiende razonables desde el punto de vista político de significados sociales compatibles con los valores culturales de los ciudadanos, lo que los volvería más receptivos hacia tales decisiones. Si, por ejemplo, la Corte cree que la política encarnada en el canje compulsivo de depósitos de corto plazo, en australes, por bonos dolarizados de largo plazo es razonable, tiene sentido presentarla como una “fuerte reprogramación, mas no necesariamente una quita”, si ello contribuye a lograr la aceptación social de la decisión.⁹² Esto es especialmente así, cuando se prevé que la decisión a adoptar sobre la

90 Desde una perspectiva ligeramente distinta en lo que hace al tipo de consecuencias que serían relevantes, el juez Zaffaroni parece haber entendido que la desprotección del capital de ciertos ahorristas producía consecuencias socialmente negativas (cons. 8 de su voto concurrente en la causa “Bustos”, *Fallos* 327:4495 (2004)).

91 Una percepción tal parece subyacer al voto concurrente del juez Zaffaroni en la causa “Bustos” (cons. 8), y al voto concurrente del juez Lorenzetti en la causa “Rodríguez, Ramona” (CSJN, *Fallos*, 331:901 (2008), cons. 7).

92 Ver Dan M. Kahan y Donald Braman, “Cultural Cognition”, 171 (argumentan que quienes estén interesados en ayudar a los ciudadanos a converger en apoyo de políticas que son, desde el punto de vista empírico, razonables, deberían enfocarse “menos en los hechos y más en los significados sociales. Solamente cuando los ciudadanos perciben que una política encarna un significado social compatible con sus valores culturales se vuelven receptivos a la evidencia empírica sobre las consecuencias que dicha política tendrá”).

cuestión de fondo será impopular.⁹³ No abro juicio aquí sobre la valoración que pueda merecer un uso instrumental de los argumentos como el que supone el argumento que aquí presento. Intento, simplemente, ofrecer una explicación adicional respecto de por qué la Corte sostiene esta distinción entre “quitas” y “esperas”.

Un tercer argumento es de corte utilitarista. De acuerdo con esta hipótesis, los jueces abrazarían una distinción financieramente insostenible porque, de acuerdo con la manera más extendida en que “quitas” y “esperas” son percibidas por el común de la gente, la defensa del capital produciría una mayor utilidad global —por ejemplo, reduciendo lo que Michelman llama los “costos de desmoralización”⁹⁴ de las expropiaciones—. El argumento es, por cierto, altamente estilizado, ya que el cálculo de utilidad es extremadamente complejo y es imposible afirmar que, en todos los casos, la desutilidad de aceptar la violación de las preferencias ciudadanas es mayor que la utilidad potencial de aceptar una reducción del capital. Pero es una línea de explicación posible.

El último argumento que quiero ofrecer, y que me limitaré a introducir brevemente, es el de la (re)construcción de la legitimidad sociológica, y el consiguiente poder político, del Alto Tribunal. La Corte sabe que no tiene la espada ni la billetera y que “[...] el efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan, pues los jueces no poseen otro medio de imposición en la opinión pública [...] que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos”.⁹⁵

145

En ese contexto, apuntar a las concepciones populares de la propiedad constitucional puede parecer una idea razonable, si se pretende (re)posicionarse como un actor institucionalmente relevante.⁹⁶ Nótense dos cosas. Por un lado, si la Corte abraza

93 Ver Dan Simon y Nicholas Scirich, “Lay Judgments of Judicial Decision-Making”, *Journal of Empirical Legal Studies* 8, n.º 4 (2011): 709, 715 (exhiben resultados de experimentos según los cuales “cuando el resultado preferido de los participantes fue congruente con la decisión adoptada por el tribunal, los participantes parecían ser insensibles al tipo de razones dadas por la corte. Sin embargo, cuando la decisión de la corte contradijo sus resultados preferidos, los participantes fueron receptivos al razonamiento ofrecido”).

94 Ver Frank I. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harvard Law Review* 80 (1967): 1165, 1214.

95 CSJN, *Fallos*, 308:2268 (1986), cons. 7, voto concurrente del juez Petracchi; 311:1499 (1988), cons. 7, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué.

96 Diana Kapiszewski ha argumentado que la opinión pública no ha sido un factor que la Corte Suprema argentina haya considerado al decidir los casos más relevantes en materia de emergencia económica y, en consecuencia, no ha tomado el camino de intentar construir una base de apoyo popular. Puede señalarse, sin embargo, que: a) el estudio de Kapiszewski cubre únicamente el período que va desde “Rolón Zappa” (1986) hasta “San Luis” (2003), de modo que deja afuera un número

interpretaciones que, a ojos de un ciudadano lego, resultan compatibles con su entendimiento de la “inviolabilidad de la propiedad”, el tribunal aparece realizando simplemente la tarea de aplicar normas claras que están establecidas en la Constitución. Jonathan Miller ha sugerido que una actitud de ese tipo fue un factor importante del éxito de la Corte Suprema argentina hasta 1930.⁹⁷ Por otro lado, aun si los ciudadanos desconocen el texto constitucional, el hecho de que las decisiones del tribunal apunten a dar cuenta de las intuiciones comunes sobre ganancias y pérdidas, intuiciones que —como ya señalé— están muy vinculadas a las percepciones de justicia en materia económica—⁹⁸ debería también contribuir al desarrollo de su legitimidad sociológica. Desde esta perspectiva, la Corte aparecería como “haciendo lo correcto”, a los ojos del ciudadano común, con independencia de toda referencia a texto alguno de la Constitución.

Me detengo aquí. Un desarrollo más acabado de estas ideas preliminares excede largamente el marco de este artículo.⁹⁹ Mi objetivo ha sido presentar de forma relativamente sencilla qué es lo que la Corte hace cuando aplica el control de constitucionalidad a las leyes de emergencia y explicar por qué hace —o dice que hace— lo que hace. Identifiqué

146

importante de casos, anteriores y posteriores, en los que la Corte ha defendido la distinción “quita”-“espera” y en los que no cabe descartar a priori el argumento de la legitimidad; b) en particular, el estudio no cubre las decisiones de la Corte Suprema en su integración actual, integración que —en particular bajo la presidencia del juez Lorenzetti— ha mostrado un interés particular en construir canales de comunicación con la opinión pública (audiencias públicas, *amicus curiae*, difusión online de las decisiones más importantes de la Corte y de los tribunales inferiores a través del “Centro de Información Judicial”, entre otras iniciativas); c) algunas de las decisiones que la Corte dictó sobre emergencia económica en su integración actual de siete miembros, muestran particular interés por alcanzar al público con sus razones (ver, por ejemplo, la ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti en “Massa”, que explícitamente invoca la necesidad de que los ciudadanos conozcan las razones de las decisiones que los afectan); d) el estudio dice que en ningún caso la Corte tomó decisiones basadas en la idea de construir apoyo popular, pero no analiza los casos en que el Alto Tribunal no tomó decisiones que podría haber dictado, en razón de su directa contradicción con la opinión pública y profesional (un buen ejemplo es “Bustos”, que fue objeto de rechazo masivo en los tribunales inferiores y en la opinión pública y que no pudo repetirse, a pesar de encontrarse el Tribunal integrado por una mayoría de jueces designados por el gobierno interesado en la convalidación de las medidas de emergencia); e) aun si, con carácter general, fuera cierta la afirmación de Kapiszewski, ello únicamente quitaría valor al argumento de la legitimidad en tanto hipótesis explicativa del comportamiento de la Corte, pero podría todavía valer la pena explorar su valía descriptiva en cuanto a los efectos que sus decisiones sobre el tema podrían producir. Ver Diana Kapiszewski, *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*. (New York: Cambridge University Press, 2012): 139.

97 Ver Jonathan M. Miller, “Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and Its Collapse in Argentina”, *Hastings International and Comparative Law Review* 21 (1997): 77, 79-80 (argumenta que la fuente principal de legitimidad de la Corte Suprema argentina, y una de las razones de su éxito inicial, fue la posibilidad de señalar como base de sus decisiones reglas constitucionales claramente establecidas).

98 Ver supra nota 80.

99 Para una exploración mucho más profunda de estas ideas, ver el texto citado supra nota 74.

dos enfoques hacia el control de razonabilidad de medidas de emergencia económica. Uno, el juicio de ponderación global y relativamente desestructurado, con un fuerte énfasis en las consecuencias; otro, más bien reglado y apoyado en la idea de la existencia de un núcleo “duro” de la propiedad, constituido por el capital. ¿Hay razones para preferir un enfoque sobre el otro? Aunque en este texto no desarrollo de manera mínimamente detallada las críticas posibles a las aplicaciones del enfoque que se basa en un juicio de ponderación global,¹⁰⁰ creo que las breves transcripciones realizadas a modo de ejemplo dan una idea aproximada de los problemas generales que presenta la utilización de dicho enfoque por nuestros jueces. Cualesquiera que fueran los méritos teóricos de una postura tal, pienso que —en nuestro contexto— brinda demasiada discrecionalidad a los jueces, discrecionalidad que, en mi opinión, no han utilizado con acierto. Incluso siendo potencialmente subóptimo, el enfoque que defiende el capital, presenta algunas ventajas frente a su rival: claridad, predictibilidad, algunos límites al potencial de redistribución regresiva del poder de policía de emergencia,¹⁰¹ mayor fidelidad al texto constitucional,¹⁰² y la posibilidad de contribuir a la (re)construcción de la legitimidad de la Corte Suprema, legitimidad que conlleva la acumulación del capital político necesario para ser un actor independiente en el sistema institucional argentino y, en consecuencia, un garante efectivo de nuestros derechos y de la división de poderes.¹⁰³

100 Ofrezco mis críticas a los diversos argumentos esbozados por la Corte Suprema en el marco de la crisis de 2001-2002 en el texto citado supra nota 65 y, más profundamente, en José Sebastián Elias, “‘Massa’ y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, *Jurisprudencia Argentina* (2008-II): 1326.

101 Sobre el punto, remito nuevamente al texto citado supra nota 74.

102 Aquí no me ocupo de defender la teoría textualista de interpretación de la cláusula de la “inviolabilidad” que el argumento supone, pero asumo que no es totalmente implausible, y creo que el lector podrá concederme eso.

103 En un contexto en el que la Corte Suprema hubiera tenido una mayor reserva de apoyo popular, casos como “Sosa” (CSJN, *Fallos*, 332:2425 (2009) y 333:1771 (2010)) habrían tenido seguramente un final distinto. Compárese, por ejemplo, lo ocurrido en los Estados Unidos con la decisión recaída en el muy polémico caso “Bush v. Gore” (531 U.S. 98 (2000)) con lo acaecido aquí en el ciertamente menos importante “Sosa”. Allá, el candidato presidencial a quien la decisión le cerraba el acceso a la Casa Blanca, Al Gore, reconoció inmediatamente la decisión. Aquí, el entonces ex presidente Néstor Kirchner —cuya decisión como gobernador de la provincia de Santa Cruz— había invalidado la Corte, por inconstitucional, armó un acto público de resistencia a la decisión, acompañado por el gobernador de la provincia, Daniel Peralta, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, entre otras figuras políticas (ver, por ejemplo, “La pelea del oficialismo con la justicia. Kirchner sumó a Scioli para el acto de apoyo a Peralta”, *La Razón* http://www.larazon.com.ar/economia/Kirchner-sumo-Scioli-apoyo-Peralta_0_174600016.html; consultada el 16 de septiembre de 2013). El costo político de incumplir decisiones de la Corte Suprema parece ser bastante diferente en ambos contextos. “Sosa” es, como describe gráficamente Álvarez Ugarte, la “gran ballena blanca” de la Corte argentina. Para un análisis del caso (y otros), en el marco de la controversia sobre el autoatribuido carácter de la Corte Suprema de intérprete final de la Constitución, ver Ramiro Álvarez Ugarte, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 13, n° 1 (2012): 75. Consultado el 16 de septiembre de 2013, http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13JURIDICA_03UGARTE.pdf

III. Bibliografía

Doctrina

Alegre, Marcelo. “Primer voto del juez Marcelo Alegre”, en *¿Cómo Podría Haber Sido Decidido El Caso ‘Peralta’?*, Elias, Rivera (h) y Azrak (coords.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.

Álvarez Ugarte, Ramiro. “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 13, n° 1 (2012): 71-121. Consultado el 16 de septiembre de 2013. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13JURIDICA_03UGARTE.pdf

Azize, Carlos A. “La espera como quita en el concurso preventivo”. *La Ley* (2000-D): 1269-1275.

Bianchi, Alberto B. “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”. *La Ley* (1991-C): 141-171.

148

Brealey, Richard A. y Myers, Stewart C. *Principles Of Corporate Finance*, 16-21, 669-699. New York: The McGraw-Hill Companies, 2000.

Buchanan, Allen. “Distributive Justice and Legitimate Expectations”. *Philosophical Studies* 28, n° 6 (1975): 419-425.

Cianciardo, Juan. *El Principio de Razonabilidad. Del Debido Proceso Sustantivo al Moderno Juicio de Proporcionalidad*, 61-110. Editorial Ábaco: Buenos Aires, 2004.

Cianciardo, Juan y Zambrano, Pilar. “El caso ‘Massa’. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad”, *Jurisprudencia Argentina IV* (2007): 3-11.

Clérico, María Laura. *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

Diario La Razón. “La pelea del oficialismo con la justicia. Kirchner sumó a Scioli para el acto de apoyo a Peralta”, *La Razón* http://www.larazon.com.ar/economia/Kirchner-sumo-Scioli-apoyo-Peralta_0_174600016.html; consultada el 16 de septiembre de 2013.

- Elias, José Sebastián. “El caso ‘Bustos’: algunos problemas de teoría constitucional”. *La Ley* (2005-F): 1486-1504.
- Elias, José Sebastián. “‘Massa’ y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”. *Jurisprudencia Argentina* (2008-II): 1326-1403.
- Elias, José Sebastián. “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”. tesis doctoral, Yale Law School, 2013, en archivo del autor.
- Epstein, Richard A. “Judicial Review: Reckoning on Two Kinds of Errors”, en *Economic Liberties And The Judiciary*, James A. Dorn y Henry G. Manne (eds.), 39-46. Fairfax, Va: George Mason University Press, 1987.
- Fallon, Richard H. Jr. “Strict Judicial Scrutiny”. *UCLA Law Review* 54 (2007): 1267-1337.
- Farrell, Martín Diego. *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires: Editorial *La Ley*, 2006.
- Farrell, Martín Diego. *Entre El Derecho Y La Moral. Preguntas Con Respuestas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.
- Farrell, Martín Diego. “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, en *¿Cómo Podría Haber Sido Decidido El Caso ‘Peralta’?*, Elias, Rivera (h) y Azrak (coords.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.
- Ferejohn, John. “Positive Theory and the Internal View of Law”. *The University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10 (2008): 273-303.
- Gross, Oren y Ní Aoláin, Fionnuala. *Law in Times of Crises: Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Grossman, Peter Z. y Cole, Daniel H. “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”. *Review of Law and Economics* 5, n° 1(2009): 233-250.

Ibarlucía, Emilio. “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”. *La Ley*. Suplemento Constitucional (2008-D): 272-288.

Kahan, Dan M., Hoffman, David A. y Braman, Donald. “Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism”. *Harvard Law Review* 22, n° 3 (2009): 837-906.

Kahan, Dan M y Braman, Donald. “Cultural Cognition and Public Policy”. *The Yale Law & Policy Review* 24 (2006): 147-170.

Kahan, Dan M. y Slovic, Paul. “Cultural Evaluations of Risk: ‘Values’ or ‘Blunders’?”. *Harvard Law Review* 119 (2006): 166-172.

Kahneman, Daniel y Tversky, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”. *Econometrica* 47, n° 2 (1979): 263-292.

Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack L. y Thaler, Richard H. “The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias”. *Journal of Economic Perspectives* 5, n° 1 (1991): 193-206.

150

Kapiszewski, Diana. *High Courts And Economic Governance In Argentina And Brazil*, 139. New York: Cambridge University Press, 2012.

Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*, 101. Buenos Aires: Astrea, 1989.

Mashaw, Jerry L. *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, 60. New Heaven: Yale University Press, 1997.

McDermott, Rose, Fowley, James H. y Smirnov, Oleg. “On the Evolutionary Origin of Prospect Theory Preferences”. *The Journal of Politics* 70, n° 2 (2008): 335-350.

Michelman, Frank I. “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”. *Harvard Law Review* 80 (1967): 1165-1258.

Michelman, Frank I. “Foxy Freedom?”. *Boston University Law Review* 90, n° 2 (2010): 949-974.

Miller, Jonathan M. “Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology

- of the U.S. Model and Its Collapse in Argentina”. *Hastings International and Comparative Law Review* 21 (1997): 77-176.
- Plott, Charles R. y Zeiler, Kathryn. “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?”. *The American Economic Review* 97, n°4 (2007): 1449-1466.
- Priest, George L. “Law and Economic Distress: Sangamon County, Illinois, 1837-1844”. *The Journal of Legal Studies* 2, n°2 (1973): 469-492.
- Rosenkrantz, Carlos. “Prólogo. El derecho de propiedad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ADC”, en *La Corte y los Derechos, 2005-2007: Cómo Impactan en la Vida de los Ciudadanos, las Decisiones del Máximo Tribunal*, 341-342. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles y Siglo Veintiuno Editores, 2008.
- Sánchez Brígido, Rodrigo y Elias, José Sebastián. “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”. *Jurisprudencia Argentina* 13 A (2012): 903-925.
- Sarajlic, Eldar. “Distributive Justice in Crisis”. *C.E.U. Political Science Journal* 6, n° 3 (2011): 469-492.
- Simon, Dan y Scurich, Nicholas. “Lay Judgments of Judicial Decision-Making”. *Journal of Empirical Legal Studies* 8, n°4 (2011): 709–727.
- Stout, Lynn A. “Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry Into Fundamental Rights and Suspect Classifications”, *Georgetown Law Journal* 80 (1992): 1787-1834.
- Thaler, Richard. “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”. *The Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980): 39-60.
- Verbitsky, Horacio. *Hacer la Corte: La Construcción de un Poder Absoluto Sin Justicia Ni Control*. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- Waldron, Jeremy. “Jurisprudence for Hedgehogs”. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-4, borrador. Consultado el 02 de septiembre de 2013 https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2297888_code419245.pdf?abstractid=2290309&mirid=1 .

White, G. Edward. "Historicizing Judicial Scrutiny". *South Carolina Law Review* 57, No. 1 (2005): 1-83.

Wolin, Sheldon S. *Politics And Vision (Expanded Edition)*, 294. Princeton: Princeton University Press, 2004.

Jurisprudencia argentina

CSJN, *Fallos*, 150:150, (1927), "Compañía Azucarera Tucumana contra Provincia de Tucumás sobre devolución de dinero".

CSJN, *Fallos*, 136:170 (1922), "Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta".

CSJN, *Fallos*, 172:21 (1934), "Avico, Oscar c/De la Pesa, Saúl".

CSJN, *Fallos*, 173:65 (1935), "Don Carlos Cadagán con la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos por repetición de dinero cobrado en concepto de alquiler de medidor".

152

CSJN, *Fallos*, 211:162 (1948), "Merck Química Argentina S.A. v. Nación Argentina"

CSJN, *Fallos*, 243:472, (1959), "Russo Angel y otra c. C. de Delle Donne E. s/ desalojo".

CSJN, *Fallos*, 243:449 (1959), "Nadur, Amar c/Borrelli, Francisco".

CSJN, *Fallos*, 247:121, (1960), "Cine Callao".

CSJN, *Fallos*, 302:1284 (1980), "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ Autorización".

CSJN, *Fallos*, 308:2268 (1986), Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393"

CSJN, *Fallos*, 310:464 (1987), Zacarías, Anibal y otros c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro".

CSJN, *Fallos*, 311:2272 (1988), "Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales".

CSJN, *Fallos*, 313:1638 (1990), “Videla Cuello, Marcelo c/ Pcia. de La Rioja s/ daños y perjuicios,”

CSJN, *Fallos*, 313:1513 (1991), “Peralta, Luis A., y otro c/ Estado Nacional (M. E. –B.C.R.A.)”

CSJN, *Fallos*, 316:779 (1993), “Lachemet, María.Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión”.

CSJN, *Fallos*, 317:856 (1994), “Morales, Luis A.”

CSJN, *Fallos*, 318:1887 (1995); “Cacace c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

CSJN, *Fallos*, 320:955 (1997), “Manzi, Carlos A. c/Estado Nacional”.

CSJN, *Fallos*, 320:1962 (1997); “Sigra SRL”.

CSJN, *Fallos*, 321:1984 (1998); “Gutiérrez, Alberto v. Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios /acc. tránsito v. lesiones o muerte”.

CSJN, *Fallos*, 325:28 (2002); “Smith, Carlos Antonio C/ Poder Ejecutivo Nacional O Estado Nacional s/ Sumarísimo”

153

CSJN, *Fallos*, 326:417 (2003), “Provincia de San Luis v. Estado Nacional s/ acción de amparo”.

CSJN, *Fallos*, 326:2095 (2003), “Pluspetrol S.A. (TF 14.351-I y acum. 14.521-I) c/D.G.I.”

CSJN, *Fallos*, 327:769 (2004), “Brutti, Stella Maris c/DGI”.

CSJN, *Fallos*, 327:4495 (2004), “Bustos, Alberto Roque y otros v. Estado Nacional y otros”

CSJN, *Fallos*, 327:5118 (2004), “Hooft v. Provincia de Buenos Aires”.

CSJN, *Fallos*, 328:690 (2005), “Galli, Hugo Gabriel y otro c/p.e.n. - Ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/aMparo sobre Ley 25.561”

CSJN, *Fallos*, 328:1825 (2005) “Asociación de Teleriodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”.

CSJN, *Fallos*, 328:2056 (2005), Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad.

CSJN, *Fallos*, 329:2986 (2006), “Gottschau, Evelyn P. c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

CSJN, *Fallos*, 329:5913 (2006), “Massa v. Estado Nacional”.

CSJN, *Fallos*, 330:855 (2007), “Rinaldi, Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”.

CSJN, *Fallos*, 330:971 (2007), “EMM S.R.L. c/Tía S.A. s/ordinario s/ inciente de medidas cautelares”.

CSJN, *Fallos*, 330:2074 (2007), “Della Ghelfa, Darío Ángel y otra c/P.E.N. y otros s/amparo”.

CSJN, *Fallos*, 330:2902 (2007), “Grillo, Vicente c/Sparano, Claudio”.

154 CSJN, *Fallos*, 330:3853(2007), “Reyes Aguilera v. Estado Nacional”.

CSJN, *Fallos*, 330:3002 (2007), “Bodeman, Félix c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro”.

CSJN, *Fallos*, 330:3483 (2007), “Cuello,. Patricia D c. Lucena, Pedro A”.

CSJN, *Fallos* 330:5345 (2007), “Longobardi, Irene Gwendoline c. Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”

CSJN, *Fallos*, 331:901 (2008), “Rodríguez, Ramona”.

CSJN, *Fallos*, 331:1040 (2008), “Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel”.

CSJN, *Fallos*, 331:1262 (2008), “Obra Social para la Actividad Docente c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”.

CSJN, *Fallos*, 331:1715 (2008), “Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional –Poder Judicial de la Nación- Corte Suprema”.

CSJN, *Fallos*, 332:433 (2009), “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento -Distrito Capital Federal”.

CSJN, *Fallos*, 333:633 (2010), “Consumidores Argentinos c/PEN”.

CSJN, *Fallos*, 334:799 (2011), “Aceval Pollacchi, Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/despido”.

Jurisprudencia de los Estados Unidos de América

U.S. Supreme Court, 310 U.S. 32 (1940), “Veix v. Sixth Ward Building & Loan Ass'n Of Newark, N.J.”

U.S. Supreme Court, 431 U.S. 1 (1977) “United States Trust v. New Jersey”.

U.S. Supreme Court, 438 U.S. 324 (1978). “Allied Structural Steel Co. v. Spannaus”.

U.S. Supreme Court, 518 U.S. 515 (1996) “United States v. Virginia”.

U.S. Supreme Court, 570 U.S. (2013) “United States v. Windsor”.

U.S. Supreme Court , 531 U.S. 98 (2000), “Bush v. Gore”.

155

