

Ensayos

La seguridad jurídica y las reformas de mercado en la República Argentina *

Roberto de Michele **

Luigi Manzetti ***

Traducción de Diego Alonso

INTRODUCCIÓN

En Norte América y en Europa occidental el estado de derecho constituye la esencia misma de la vida democrática. Sin embargo, en muchos países del Tercer Mundo, el estado de derecho es considerado un mito, puesto que la administración de justicia ha sido tradicionalmente manipulada para el beneficio de los poderosos y en detrimento del resto de la sociedad. Esta situación se sintetiza en el viejo proverbio brasileño que expresa, “¡para mis amigos todo, para mis enemigos la ley!”

En la década de los años ‘80, la mayoría de los países latinoamericanos experimentaron el retorno al poder de gobiernos elegidos democráticamente, lo que se produjo como consecuencia directa de la caída de los regímenes autoritarios que emergieron en la región durante las décadas de los años ‘60 y ‘70. De manera que los años ‘80 se caracterizaron por la tentativa de consolidar las democracias en toda la vasta región. Sin embargo, en los últimos años de dicha década, la crisis económica sin precedentes que se desató en países tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Perú, y Venezuela hizo entrar a esos países en una nueva fase. Y fue entonces, cuando se produjo un cambio en las prioridades de esos países, pasando de la consolidación de la democracia como principal objetivo, a la implementación de reformas estructurales de mercado que posibilitasen un cambio radical en las políticas de industrialización para las sustitución de importaciones, y dejando de lado el concepto del Estado benefactor, que llevaba largas décadas enraizadas en dichas sociedades. La

* Este artículo fue presentado en el marco del Seminario *Economic Growth, Institutional Equality, and the Role of Judicial Institutions*, organizado por el *Institutional Reform and the Informal Sector Center at the University of Maryland at College Park*, 5 y 6 de diciembre de 1996. Los autores desean agradecer la colaboración de Paula Saba en la recolección y sistematización de la jurisprudencia, legislación y notas de doctrina utilizadas en este artículo.

** Abogado (UBA), Master en Derecho, Yale Law School (1991). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

*** Profesor del Depto. de Ciencias Políticas Southern Methodist University, Estados Unidos.

desregulación, la liberación de importaciones, y la privatización de empresas del Estado se constituyeron en la piedra angular de la agenda política, cuyo fin último era integrar a Latinoamérica en la economía internacional, reducir el déficit fiscal, y promover el crecimiento económico a través de las exportaciones.

Entre los últimos años de dicha década y los primeros de la del '90 muchos creían, aunque en forma muy ingenua, que una vez que se redujese la intervención estatal en la economía, las fuerzas del mercado automáticamente llenarían ese vacío y se crearían los basamentos para una economía saludable, competitiva y eficiente. Sin embargo, al promediar los años '90, algunos cuestionaron esta idea, puesto que parecía que los inversores privados en muchos países de Latinoamérica no estaban respondiendo como se esperaba a las reformas económicas, en parte debido a un defectuoso sistema judicial.(Shewoord et al., 1994).

Tristemente, en retrospectiva, esta compleja cuestión, también se ha convertido en un lugar común. Ya para el año 1996, era a todas luces irrefutable el hecho de que ni el proceso de consolidación de la democracia, ni el de reformas de mercado, habían sido acompañados, por un proceso de mejoramiento de los estándares de administración de justicia en muchos países latinoamericanos. En efecto, luego de la euforia de prematuro éxito de las reformas de mercado introducidas en la región, la crisis financiera mexicana de diciembre de 1994, puso en evidencia la debilidad del estado de derecho en muchos países de la región. Desde entonces, varios gobiernos latinoamericanos han tratado de imponer a como diese lugar sus estrategias tanto políticas como económicas, a expensas de instituciones democráticas claves, protegidas por la constitución. El abusivo uso de decretos para sancionar la legislación necesaria para producir los cambios buscados, sumado a la situación creada por el Presidente argentino Carlos Menem, en el sentido de que amplió, en 1989, la cantidad de miembros de Corte Suprema de Justicia para que responda a los intereses del Poder Ejecutivo, y el cierre del Congreso peruano decretado por el Presidente Carlos Fujimori en 1991, son algunos de los ejemplos que los analistas a menudo ofrecen como prueba concluyente de una situación de "Inseguridad Jurídica".

Como un medio para demostrar esta paradoja, hemos seleccionado a la Argentina como el caso típico, y por ende, nuestro principal objetivo en el presente trabajo, para evaluar el grado de inseguridad jurídica de ese país. Para poder realizar esto, empezaremos con el concepto de estado de derecho. Este concepto nos servirá de tesis contra la cual contrastaremos algunas situaciones políticas, económicas y jurídicas en Argentina, para así, poder valorar cuál es el grado de inseguridad jurídica que allí existe.

Para poder hablar de inseguridad jurídica, debemos establecer un parámetro. En nuestro caso, el parámetro es una tesis formal que incorpore las características generales de una comunidad democrática y bien estructurada socialmente. En la tradición jurídica de occidente este concepto se conoce con el nombre de estado de derecho. Dentro de este concepto, existe un razonable grado de predictibilidad en lo que concierne a la importancia de los derechos formales y el comportamiento esperado de los agentes públicos.

Nuestro análisis muestra que en Argentina existe una considerable distancia entre el sistema formal de derecho y la forma en que los agente privados y públicos actúan. En dicho análisis se citan una serie de hechos que consideramos existen dentro del contexto de una prolongada crisis económica: la falta de

una tradición institucional, poderes excesivos en manos del Poder Ejecutivo, un congreso relativamente débil, múltiples estándares jurídicos, y un poder judicial plagado de problemas de organización y manipuleos políticos. Se consideran a estos hechos como síntomas de Inseguridad Jurídica.

También consideraremos otros fenómenos, tales como la división de poderes entre las tres ramas del gobierno, el rol, tanto práctico como teórico, del Poder Legislativo, poniendo particular atención en el Poder Ejecutivo y Judicial. Dentro de estos parámetros, dedicaremos especial atención a algunas leyes emanadas del Poder Legislativo, contratos específicos (como por ejemplo, en lo concerniente a los derechos reales, al derecho de propiedad intelectual, financiero, y bancario), como así también se estudiarán fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina y por Tribunales inferiores, para así subrayar las contradicciones existentes entre las reglas formales y no formales.

El presente trabajo está organizado de la siguiente manera: En la primera sección, se discutirá nuestra metodología en la selección de casos. En la segunda, explicaremos, por qué la seguridad jurídica se percibe como una cuestión fundamental en la Argentina actual y, concordantemente, presentaremos los puntos esenciales del argumento, relacionando la inseguridad jurídica con el desarrollo de la economía. En la tercera, examinaremos el concepto de separación de poderes entre las tres ramas del gobierno. En la cuarta, revisaremos en forma general el concepto de la Corte Suprema Argentina como guardián último de la Constitución nacional. En la quinta, pondremos de relieve los graves problemas que afectan al Poder Judicial en lo concerniente a la organización, al personal y al presupuesto. En la sexta, examinaremos los problemas que presentan la ejecución de los contratos en las áreas antes mencionadas. La séptima y última sección consistirá en un resumen de los temas expuestos en el presente trabajo, para así sugerir nuevas cuestiones que sirvan como base para futuras investigaciones.

I. METODOLOGÍA

El presente trabajo está basado en el análisis de un ejemplo concreto como es el ordenamiento jurídico argentino. Aunque no es de naturaleza comparativa, esta técnica nos posibilita examinar un gran número de factores que conllevan a la hipótesis que luego será verificada con otros casos en estudio. En otras palabras, el estudio de casos concretos puede ser usado como un punto de partida para desarrollar explicaciones que sean aplicables a un número aún mayor de casos en un momento determinado.

Hemos elegido el caso argentino por una variedad de razones. En primer lugar, fue el país latinoamericano que ha introducido, en el menor tiempo posible, reformas de mercado estructurales, y su experiencia se usa como ejemplo para otros países de la región. En segundo lugar, su sistema constitucional y jurídico posee gran similitud a los de las otras naciones latinoamericanas. Si bien, las conclusiones a que se arriban en el presente trabajo se limitan a este sólo país, creemos que el caso argentino puede relacionarse con situaciones similares en otros países de Latinoamérica. Esto, en cambio, puede eventualmente ayudarnos a identificar las cuestiones más importantes (y sus posibles soluciones) que afectan a la seguridad jurídica en la región.

Debemos realizar la siguiente advertencia antes proseguir: el presente análisis se basa en la Constitución argentina antes de la reforma del '94. Por tanto, se le hará saber al lector aquellos casos en la dicha constitución ha sido modificada, puesto que ello podría afectar nuestros comentarios.¹

II. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Adam Smith resaltó hace ya mucho tiempo, la importancia crucial de la existencia de un sistema judicial independiente y competente para que la economía de mercado funcionase correctamente:

Cuando el Poder Judicial se encuentra subordinado al Poder Ejecutivo, es prácticamente imposible que la justicia no se subordine a lo que comúnmente se denomina política. Las personas a las que se les ha confiado los más importantes intereses del Estado, pueden a veces, aún sin constituir ello un acto de corrupción, sacrificar los intereses individuales en aras de los intereses colectivos. Pero las libertades individuales dependen de la imparcial administración de justicia, para que de este modo los individuos sientan su propia seguridad, y para que cada individuo pueda sentirse perfectamente seguro en lo que concierne a sus derechos. No es necesario únicamente que el Poder Judicial esté separado del Ejecutivo, sino que también se le debe proporcionar tanta independencia de dicho Poder como sea posible (Smith 1948:257).

Luego, economistas tales como von Hayek (1960) y Schumpeter (1983) expresaron enfáticamente que la creación de una ciencia del Derecho confiable era lo que hacía posible el desarrollo económico de las sociedades occidentales. Estudios recientes, en los campos de la economía, del derecho y de las ciencias políticas, han demostrado que, como se está entrando en una era de "economía globalizada", los países con más ventajas comparativas son aquéllos que han desarrollado instituciones capaces de mediar en los diferentes conflictos. "Un ordenamiento jurídico que funcione correctamente es aquél que posee mayores mecanismos de control en la toma de decisiones políticas, o que al menos impida el abuso de dicha discrecionalidad, que puede traer aparejado el conculcamiento de derechos adquiridos" (Sherwood et al., 1993:103). Más aún, Brunetti y Weder (1993, 1993) expresaron que aquellos gobiernos que ejercen el poder con débiles mecanismos de control, sufren un problema de credibilidad, no importando cuán acertadas son sus políticas. Y ello es porque los inversionistas no se sienten legalmente protegidos contra los posibles abusos del poder arbitrario del Estado. De manera que, el hecho de que los inversionistas teman que las políticas implementadas pueden ser revertidas en forma intempestiva, los aleja, menoscabando de este modo las posibilidades de crecimiento económico.

1. Ni la Constitución sancionada en 1994, ni las decisiones de la Corte Suprema desde que entró en vigencia la nueva constitución, alteran substancialmente la jurisprudencia examinada en este trabajo. De todas maneras, el caso de los contratos de derechos reales, hemos utilizado fallos de las Cámaras de Apelaciones que fueron emitidos luego de la entrada en vigor de la nueva constitución. Para una introducción a la nueva constitución ver Carrió y Garay (1995).

En las sociedades altamente industrializadas, el papel positivo que tienen los tribunales en mantener el estado de derecho en una manera imparcial y expedita, es un hecho irrefutable. Y basándonos en esta premisa, se podría suponer que la actividad judicial descansa en una serie de condiciones que permiten obtener ciertos resultados. Por tanto, en teoría, un ordenamiento jurídico confiable, dentro de una actividad óptima de mercado poseerá las siguientes condiciones: (a) juzgadores imparciales y competentes; (b) recursos judiciales adecuados; (c) procesos imparciales; (d) información pública de todas las decisiones judiciales; (e) leyes claramente redactadas; y (f) una clara definición de cuál es el rol del poder judicial en la sociedad (Sherwood et al. 1993:104). Dadas estas premisas, los resultados serían los siguientes: (a) un acceso asegurado a la Justicia; (b) decisiones predecibles; (c) celeridad en la toma de decisiones; (d) recursos procesales adecuados (Sherwood et al. 1993:103).

De todas maneras, un Poder Judicial confiable constituye sólo uno de los muchos factores que aseguran un estado de derecho. Otras instituciones como el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo, operan de manera ya sea formal o no formal, pero también afectan ese estado de derecho. La inseguridad jurídica es un concepto que no tiene equivalente en la ciencia jurídica del mundo anglosajón, pero en América latina cubre un espectro muy grande, que abarca al derecho constitucional, la certeza y predictibilidad de las leyes, la separación de poderes, y a cada una de las prerrogativas individuales. En muchos países de América latina faltan muchas de esas condiciones. Esto, en cambio, crea una situación de incertidumbre en lo concerniente a cuáles son las reglas del juego en general, y cuál es el funcionamiento del ordenamiento jurídico en particular, ya que si esas mínimas condiciones faltan, no se podrían proteger las libertades individuales, y eso era exactamente lo que temía Adam Smith. En una situación de esta naturaleza, los individuos no pueden de ninguna manera prever si los derechos y obligaciones plasmados en la ley serán efectivamente respetados, particularmente cuando el depredador es el propio Estado. Por ello, tomar decisiones bajo tales circunstancias puede ser bastante riesgoso, y esto lleva a quienes quieren invertir en dichos países a no hacerlo, como lo sugirieron Brunetti y Weder (1993a, 1993b).

La inseguridad jurídica ha sido una cuestión fuertemente debatida en la Argentina, particularmente luego de que el presidente Menem asumiera la presidencia de la Nación en el año 1989. Además de crear una Corte Suprema adicta al Poder Ejecutivo, Menem tomó otras iniciativas que los críticos consideraron como lesivas del principio de separación de poderes. La Comisión Internacional de Juristas formalmente denunció que “la independencia e imparcialidad del Poder Judicial argentino fue atacada, y como consecuencia, la democracia y la supremacía de la Constitución han sido puestas en peligro”.²

En efecto, muchos informes de investigaciones que aparecieron en la prensa local, comenzaron a descubrir ciertos hechos de corrupción y manipuleo político que involucraba a miembros del Poder Judicial. Además, muchos

2. Argentina: Controversia en torno del Poder Judicial, “*La revista de la Comisión Internacional de Juristas*”, 45 (1990): 1-15.

libros cuestionaron la dudosa aplicación de la ley en numerosos casos que afectaban las iniciativas gubernamentales (Carrió y Garay 1991; Verbitsky 1991, 1993; Moreno Ocampo 1993). La prensa de los Estados Unidos expresó en el mismo sentido, que “el manipuleo del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, como una herramienta para alcanzar sus metas políticas”, ponía en peligro en el largo plazo los logros económicos que el gobierno del presidente Menem había obtenido a principios de los años ‘90.³

Esta funesta visión del gobierno del presidente Menem, no ha hecho más que reflejar el malestar que sentía la población en general. Gallup Argentina realizó una encuesta preguntando a los ciudadanos cuál era el grado de confianza que tenían en el ordenamiento jurídico durante el período 1984-93. El resultado fue que mientras que el 57 % de los encuestados tenían una visión positiva del Poder Judicial en 1984, para el año 1993, dicha confianza había caído estrepitosamente a sólo un 17 %.⁴

En el año 1991, un informe del Banco Interamericano, expresó que la inseguridad jurídica constituía uno de los factores más importantes que alejaban a los inversores privados. En 1993, el Instituto para el Desarrollo de Empresarios en la Argentina (IDEA), una institución muy prestigiosa cuyos miembros son algunos de los ejecutivos de empresas más importantes del país, organizó una serie de seminarios sobre dicha temática. Las conclusiones de los seminarios de IDEA fueron que la administración de Justicia en la Argentina estaba sufriendo una profunda crisis e identificó un número de áreas problemáticas: (a) falta de independencia de la Justicia; (b) corrupción; (c) falta de capacitación de los jueces y de los auxiliares de la Justicia; (d) retrasos en los procesos judiciales; (e) falta de organización e ineficiencia de la administración de los Juzgados.

Esta situación ha llegado al punto de haber sido denunciada abiertamente por diplomáticos. En 1993, el Embajador de los Estados Unidos en Argentina James Cheek expresó cándidamente que las instituciones jurídicas en la Argentina eran incapaces de afianzar la Seguridad Jurídica.⁵ Incluso Arnaldo Musich, un importante ejecutivo de Techint, uno de los grupos económicos más grandes de la Argentina⁶, se refirió al tema en términos muchos más duros.

III. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Como sucede en otros países latinoamericanos, la Argentina tiene una constitución basada en el modelo estadounidense. Concordantemente, la Constitución Argentina establece formalmente reglas en lo que atañe a la esfera de influencia de los tres poderes del gobierno (y de los miembros que se eligen para representarlos): el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Sin embargo, a través de la historia del país, dichas leyes formales no han reflejado lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad.

3. Wall Street Journal, 27 de marzo de 1992, p. A15.

4. Información suministrada por Gallup Argentina.

5. La Nación (Buenos Aires) 12 de agosto de 1993, p. 1.

6. Arnaldo Musich, “*La Argentina en estado de reformas*”, *Ámbito Financiero*, 30 de enero de 1992, p. 17.

Para proseguir con esta argumentación, debemos definir conceptualmente que se entiende por Estado de derecho. Una vez que el concepto haya sido aclarado, seremos capaces de reconocer cuando no ha sido respetado, y por tanto, cuando existe una situación de inseguridad jurídica.

En concordancia con la tesis de Nino (1992a), se presume muy frecuentemente que el estado de derecho, al menos en un plano formal, debe reunir los siguientes requisitos: (a) que las relaciones entre los ciudadanos, y entre los ciudadanos y las instituciones gubernamentales sean definidas por reglas generales, y no por reglas que se refieran a un caso particular o individual; (b) que si existen diferencias o casos particulares que necesitan ser considerados, esto sólo se pueda realizar por medio de otras normas sancionadas con los mismos procedimientos; (c) que hayan procedimientos confiables y aceptados para determinar cuando las normas son aplicables y por quién; y (d) que las normas sean generalmente estables y no puedan, en principio, ser aplicadas retroactivamente.

Utilizaremos la definición aportada por Nino como un mecanismo heurístico en nuestro análisis del estado de derecho, o de su ausencia, en la Argentina. Cuando discutamos sobre cuestiones de raigambre constitucional, contrastaremos el caso argentino con el de Estados Unidos, como una manera de comparación que posibilite al lector una comprensión de la magnitud del problema. Pero, al hacer eso, nuestra descripción puede resultar más compleja, al descubrir el lector, como, en la práctica, la Constitución Argentina, aún luego de la reforma de 1994, se ha apartado substancialmente del modelo estadounidense. Por tanto, consideraremos solamente similitudes formales como una indicación de la existencia de derechos e instituciones comparables.

Aunque la presente Constitución fue sancionada en el año 1853, no fue hasta el año 1860, cuando la provincia de Buenos Aires (la más poderosa del país) fue nuevamente derrotada por el resto de las provincias (el equivalente a los estados estadounidenses), que lo que hoy es conocido como Argentina se convirtió en un sólo país unido bajo una misma Constitución y un mismo gobierno (Busaniche 1971; Rock 1985; Shumway 1993).

La Constitución Argentina, influenciada por los modelos chileno y la estadounidense, creó un Poder Ejecutivo a cuyo cargo se encuentra el presidente que era elegido indirectamente por un Colegio Electoral que era elegido por el pueblo (desde 1994, el pueblo elige directamente al presidente), una Cámara de Diputados (Cámara Baja) elegida directamente por el pueblo, un Senado, elegido por las legislaturas Provinciales (también son elegidos directamente desde la reforma de 1994), y un Poder Judicial Federal. La Corte Suprema, como también los jueces federales, son designados por el Presidente con el acuerdo del Senado. Cada provincia tiene su propia administración de Justicia, en la mayoría de los casos, siguiendo el modelo federal.

Aunque a primera vista aparezcan muchas similitudes entre el modelo estadounidense y el argentino, es importante considerar las diferencias, puesto que ellas pueden explicar mucho acerca de la situación argentina. Es necesario tener en cuenta que, desde 1930 hasta la fecha, los gobiernos democráticos han sido la excepción a la regla. En efecto, el período democrático más prolongado desde 1930 fue inaugurado por el Presidente Raúl Alfonsín

(diciembre de 1983-junio de 1989), que siguió a la debacle de la última dictadura militar (marzo de 1976 - noviembre de 1982).

En primer lugar, las prácticas políticas cotidianas contribuyeron a la creación de un Poder Ejecutivo muy fuerte con poderes otorgados implícita y explícitamente por la Constitución misma. Juan Bautista Alberdi, el estadista que más influyó en nuestra primera convención constituyente escribió:

“El Poder Ejecutivo debe tener todos los poderes que las condiciones mismas del país, y la grandeza de su tarea requieran. De otra manera, habrá solamente gobierno en las palabras pero no en la realidad... No veo por qué en ciertas ocasiones no pueden ser otorgados poderes especiales...” (1960:Capítulo XXV).

Esta cita pone en evidencia la bases ideológicas de lo que se conoce como el “hiperpresidencialismo”.⁷ En términos prácticos, esto significa que el Poder Ejecutivo en Argentina tiene un poder más amplio de discrecionalidad que los Estados Unidos. Por ejemplo, el presidente argentino requiere el consentimiento del Senado para designar jueces federales, embajadores y oficiales en los más altos rangos en las fuerzas armadas. Pero, para realizar cualquier otra clase de nombramiento dentro de la administración pública centralizada o descentralizada, el presidente actúa a su arbitrio y discrecionalidad, nombrando entre otros, a funcionarios tales como el Procurador General de la Nación, el Procurador General de Investigaciones Administrativas, etc.

La segunda diferencia es la capacidad del Ejecutivo para declarar el estado de sitio. Esta institución es desconocida en la Constitución estadounidense.⁸ Cuando el presidente declara el estado de sitio, éste tiene el poder de detener, trasladar o proponer la extradición de individuos. Se puede ver la importancia de esta prerrogativa en la vida política interna argentina al tener en cuenta que desde 1935 hasta 1985 se estuvo en estado de sitio el 43 por ciento de ese período de tiempo. De hecho, los gobiernos dictatoriales fueron la regla entre

7. Para un debate muy ilustrativo sobre las diferencias entre el modelo estadounidense y el latinoamericano, como también entre presidencialismo y parlamentarismo ver Linz (1994).

8. En la Constitución de los Estados Unidos solamente existe una cláusula que trata explícitamente el tema de que es lo que sucede con las garantías constitucionales en tiempos de crisis. Y esa cláusula se encuentra en el Capítulo Iro, artículo 9, que expresa: “El privilegio de Habeas Corpus no se suspenderá, excepto en casos de Rebelión o de Invasión y cuando sea indispensable para la salvaguarda de la Seguridad Pública”. El uso más arbitrario que se ha realizado de esta cláusula fue durante la presidencia de Lincoln debido a la guerra civil. Una vez que esas circunstancias excepcionales se consideraban no existían más, la Corte Suprema decidió en contra del mantenimiento del estado de sitio. En 1866, la Corte Suprema decidió que, “La teoría de necesidad en la cual (se basan los poderes de emergencia) es falsa; ya que el gobierno, dentro de la Constitución, tiene todos los poderes que son necesarios para su existencia”. **Ex parte Milligan**, 71 U.S. (4 Wall). 2, 18 L. De. 281 (1866). Después de Lincoln, D.F. Roosevelt declaró el estado de emergencia en 1939 para salvar del colapso al sistema bancario estadounidense, y decretó un estado de emergencia “limitado” en 1939, a lo cual siguió un estado de emergencia “ilimitado” en 1941 cuando el Eje amenazaba en convertirse en un grave peligro. El presidente Henry Truman instó a un estado de emergencia en 1950 luego del inicio de la guerra de Corea. El presidente Richard Nixon hizo lo mismo en los años 1970 y 1971. Esos fueron los dos últimos casos registrados. En 1976, el Congreso sancionó la Ley de Emergencia Nacional que ponía fin a todas las emergencias nacionales y establecía procedimientos que regulasen el uso de los poderes de emergencia en el futuro (DiClerico 1995).

1930 y 1983. Desde 1983, cuando se restauró la democracia, el estado de sitio fue declarado solamente 3 veces, por un muy breve período. (Vitolo 1985).

Una tercera diferencia, también muy importante, es el poder de intervención en los asuntos internos de los estado provinciales, encontrándose el Poder Ejecutivo facultado para relevar al gobernador de la provincia intervenida, cuando ocurren determinadas circunstancias (como por ejemplo desorden interno, o intento de secesión). Este procedimiento no existe en la Constitución estadounidense. Y aunque la Constitución argentina establece que cuando el presidente toma la decisión de intervenir una provincia, dicha intervención debe contar con la aprobación del Senado, esto casi nunca acontece. Lo que ha sucedido en realidad, es que los presidentes han abusado de esta norma, dictando la intervención federal en forma unilateral, para, en algunos casos, desplazar de sus cargos a gobernadores que se oponen a sus políticas.

Tanto en los supuestos de estado de sitio como en los de intervención federal de un estado provincial, la Corte Suprema repetidamente ha declarado que dichas cuestiones no pueden ser juzgadas por dicho Tribunal habida cuenta de que constituyen cuestiones políticas que no pueden ser revisadas por los Jueces (lo que se conoce como “Teoría de la cuestiones políticas no judiciales”). Comentaremos esto más adelante. Pero, sin embargo, estas no constituyen las únicas diferencias con el modelo estadounidense, ni son tampoco las cuestiones más relevantes, al momento de analizar la seguridad jurídica.

La cuarta, y probablemente más importante la diferencia que afecta severamente el estado de derecho en la Argentina es la facultad que tiene el Ejecutivo para legislar sin interferencia de los otros dos poderes (Legislativo y Judicial). Esto es debido en parte, al hecho de que hasta la reforma de 1994, la Constitución establecía períodos de sesiones legislativas muy cortos (antes de la reforma el período de sesiones legislativas iba desde el 1ro. de mayo hasta finales de setiembre, luego de la reforma las sesiones legislativas se inician en marzo y finalizan en noviembre).

Antes de la reforma de 1994, cuando el Congreso se encontraba en receso, el presidente podía legislar casi a su sólo arbitrio. Más aún, esta prerrogativa del Ejecutivo es aumentada por lo prescrito por el artículo 86 inciso 2do. (que no ha sido modificado por la nueva Constitución) en el sentido de que el presidente tiene la facultad de reglamentar las leyes sin alterar el espíritu que el Legislador tuvo en miras al sancionarlas⁹. La Constitución también permite al Ejecutivo hacer uso de un amplio poder de veto de las leyes sancionadas por el Congreso y, en efecto, dicha prerrogativa ha sido utilizada constantemente, a lo largo de toda nuestra historia constitucional. Esto se refleja muy claramente cuando nos enfrentamos a la problemática del veto parcial, que es, la facultad del Presidente para enviar nuevamente al Congreso parte de una ley sancionada por éste, y promulgar la parte que coincide con sus expectativas. Por supuesto, esto crea una gran incertidumbre jurídica en el sentido de que no se sabe cuál es la ley que en realidad aprobó el Congreso.

9. En la Constitución sancionada en 1994, en su artículo 99, 2do. párrafo, se expresa: “El Poder Ejecutivo es el encargado de realizar las reglamentaciones necesarias para implementar y ejecutar las leyes de la Nación, sin modificar el espíritu de la ley con regulaciones excepcionales”.

Por supuesto, en los Estados Unidos el Poder Ejecutivo también está facultado para, bajo ciertas condiciones establecidas por la Constitución o el Congreso, reglamentar las leyes en forma general o vetarlas. De todas maneras, lo que hace que el Ejecutivo argentino sea una institución con más facultades legislativas que el Ejecutivo estadounidense es el poder otorgado al presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia. Esta prerrogativa faculta al Ejecutivo a asumir legalmente el poder de legislar en casos de raigambre constitucional (como por ejemplo, impuestos, venta de bienes federales). En otras palabras, estos son ejemplos que ponen en evidencia que la ley prescribe una amplia delegación de poderes del Congreso al Ejecutivo, o lo que es peor, ello demuestra la atribución de facto de funciones legislativas que la Constitución tiene reservadas sólo para el Congreso. Más adelante volveremos sobre el tema.

Quizás, esta facultad deriva, en parte, del reconocimiento ya sea teórico o judicial de un poder implícito del presidente. Según Nino (1992a:258), “Al principio, se creía que se necesitaba la aprobación del Congreso para convalidar dichos decretos, pero con el devenir histórico, sólo se informó al Congreso esporádicamente, de la existencia de dichos decretos, y a veces no expresando su contenido; por lo tanto, se comenzó a considerar su silencio como una aprobación tácita.” Ferreira Rubio y Goretti (1994) recogieron pruebas que confirman la inclinación del Ejecutivo a usar dichos decretos en forma indiscriminada. En su estudio de los decretos de emergencia económica durante el período 1989-1993, llegaron a la conclusión de que, si bien al principio dichos decretos eran concebidos como un recurso político excepcional, con el transcurso del tiempo, se convirtieron en una práctica habitual, particularmente durante el gobierno de Carlos Menem (1989- hasta el presente). Examinaremos la importancia de dichos decretos cuando tratemos el tema de los contratos financieros, los que se han visto profundamente afectados por ellos.

La amplia facultad del Poder Ejecutivo para la designación de cargos en la administración pública casi sin ningún tipo de fiscalización; el uso frecuente del instituto de estado de sitio; la intervención federal de los estados provinciales, y el uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia, son claros ejemplos que ilustran el desequilibrio existente en la asignación de facultades, entre el Poder Ejecutivo por una parte, y Poder Legislativo y Judicial, por la otra. Como veremos a continuación, estos ejemplos ayudan a entender el porqué de las profundas diferencias que existen entre los procedimientos legales y políticos de los Estados Unidos y la Argentina. Tomando en consideración los ejemplos anteriormente mencionados, los decretos de necesidad y urgencia ponen en evidencia cuál es el accionar de las instituciones gubernamentales sin respetar los límites establecidos por ley y por la expectativa de los diversos actores sociales. Todo ello conlleva a la existencia de una ausencia total de confianza en el estado de derecho. Definir cuáles son las circunstancias que constituyen un situación de “emergencia” y quién es el encargado de fijar los límites de dicha definición, ha sido, durante los últimos seis años en la Argentina, una cuestión crucial para el estado de derecho.

IV. EL PODER JUDICIAL COMO EL ENCARGADO DE LA SALVAGUARDA DE LA CONSTITUCIÓN

El punto más relevante del presente trabajo gira en torno a saber cuál ha sido el rol del Poder Judicial cuando tuvo que decidir sobre estas cuestiones de procedimiento tanto jurídico como político. En primer lugar debemos mencionar que la Argentina ha desarrollado, desde que la Constitución fuera ratificada por la Provincia de Buenos Aires, en 1860, su propia tradición en lo concerniente al control de constitucionalidad. El concepto básico de lo que se entiende por control de constitucionalidad se vincula estrechamente con la idea de que los Jueces, hablando en forma genérica, deben ser los árbitros de los actos institucionales del Poder Legislativo y Ejecutivo, examinando si dichos actos guardan relación con los derechos y garantías plasmados en la Constitución, o si, por el contrario, se contraponen a lo allí establecido. De hecho, la Constitución Argentina prescribe que el Poder Judicial tiene la responsabilidad de examinar los actos y hechos de los otros Poderes para ver si se ajustan a las normas consagradas en la Carta Magna.¹⁰ Más aún, en la Argentina, igual a lo que sucede en los Estados Unidos, el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier Juez. Sin embargo, una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solamente afectará al caso concreto que se le haya presentado, y por lo tanto, no crea un precedente en el sentido y con los alcances que la doctrina del control de constitucionalidad tiene en los Estados Unidos.¹¹ Lo que tienen en común los sistemas de control de constitucionalidad de la Argentina y los Estados Unidos es que ambos operaban *ex-post facto*, y no pueden declarar la inconstitucionalidad de ninguna ley en abstracto, puesto se necesita un caso concreto.

Debe entenderse que cuando mencionamos la cuestión de los precedentes judiciales no queremos significar que la distinción entre el sistema argentino y el estadounidense sea clara y definida. De hecho, algunas decisiones de la Corte Suprema argentina tienen los mismos efectos que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos. Esto se ilustra claramente con los fallos dictados por la Corte Suprema argentina en lo concerniente a la tenencia de pequeñas cantidades de drogas ilegales. Si bien las diferentes leyes que tratan el tema nunca toleraron la tenencia de drogas ilegales para uso personal, la Corte Suprema argentina durante algún tiempo consideró que ciertos casos se encuadran en lo prescrito por el artículo 19 de la Constitución, en el sentido de que existen acciones privadas de los individuos que no afectan derechos de terceros, y por lo tanto están exentas de juzgamiento por los Jueces. Luego de dicho fallo, la gran mayoría de los Juzgados de 1ra. instancia y las Cámaras de

10. Para una comparación de las diferentes formas de control de constitucionalidad, ver Nino (1992:659).

11. Por ejemplo, supongamos que un individuo, entre otras personas, fue detenido ilegalmente por la policía, por un crimen que no cometió. Finalmente, interpone una demandada y gana una compensación monetaria, la que es confirmada por la Corte Suprema de Justicia. Esto no significa, que se le otorgará una compensación monetaria a toda persona que fue detenida ilegalmente. La decisión judicial se aplica solamente a la persona que interpuso la demanda, y aquéllos que así no lo hicieron, deberán hacerlo si quieren exigir algún tipo de compensación monetaria.

Apelaciones (de donde provino originalmente dicha teoría), le otorgaron carácter vinculante. Pero cuando la Corte Suprema cambió su punto de vista, en los últimos tres años, los Juzgados inferiores así también lo hicieron. Probablemente, la cuestión más importante al analizar el rol del Poder Judicial es saber cuán amplias son sus facultades para proceder al control de constitucionalidad.

En muchas oportunidades, la Corte Suprema expresó que estaba dentro de sus facultades determinar cuándo un acto o una ley era contraria a los principios establecidos en la Constitución. Por ejemplo, en 1887, en el famoso fallo “Sojo” (el que se compara con el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Marbury vs. Madison*”), ésta decidió que la detención de un periodista por la Cámara de Diputados era inconstitucional, puesto que dicha Cámara no tenía autoridad alguna para realizar dicho acto. En un párrafo que ha sido citado con mucha frecuencia, la Corte expresó: “Cualquiera que sea la importancia del interés general comprometido, cuando la libertades individuales entran en conflicto con las atribuciones de alguno de los tres Poderes del Estado, el hecho de proteger esas libertades con las formalidades prescritas en la Constitución constituye una cuestión Suprema para la Nación... el fundamento de esas libertades no reside en una ley que puede ser suspendida o abrogada por conveniencias políticas circunstanciales, el fundamento de las libertades es la Constitución misma, y ella es el recinto sagrado de todas las libertades, de todos los derechos de los individuos, cuya protección a ultranza debe ser el principal objetivo de la Ley, y la función primordial de todas las decisiones de la Justicia federal”.¹²

En otros fallos, como “Municipalidad de la Capital C/Elortondo” y “Horta C/Harguindeguy”, la Corte Suprema confirmó ese rol de última Guardiana de la Constitución Nacional, subrayando la supremacía de la Constitución como la ley suprema donde se protegen los derechos de los individuos, y asimismo, expresó que son los Jueces quienes determinan si existieron posibles conculcamientos de tales derechos. Retornaremos al análisis de estos fallos, ya que allí se tratan cuestiones relacionadas con nuestro objeto de estudio en el presente trabajo.¹³

Pero, a pesar de estos precedente judiciales, el rol del Poder Judicial se ha visto seriamente limitado en el devenir histórico argentino. Por ejemplo, uno de los miembros más prominentes de la Corte Suprema escribió: “A pesar de las claras intenciones de nuestros constituyentes y de los claros principios que rigen la materia, el desarrollo de la teoría de control de constitucionalidad en la Argentina no ha sido muy profundo. En la Argentina nunca ha habido un debate sobre el gobierno del Poder Judicial, ya que no ha sido sino hasta hace muy poco tiempo que la Corte Suprema, ha asumido un rol institucional relevante” (Petracchi 1987).

Una cuestión más importante aún, es la teoría de las cuestiones políticas no judiciales, a la que ya hicimos referencia. De acuerdo a esta teoría la Corte Suprema, en repetidas oportunidades, ha rechazado dirimir cuestiones,

12. CSJN Fallos 32:120.

13. CSJN Fallos 33:162 y 136:59 respectivamente.

que según su interpretación, son consecuencia del ejercicio de los poderes políticos que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo y Legislativo. En tales casos la Corte sostuvo que esos actos están más allá de su jurisdicción. Los ejemplos típicos son la declaración de estado de sitio y la intervención federal de los estados provinciales, habiéndose también extendido dicha interpretación a cuestiones tales como ciertos conflictos electorales y casos de juicio político. (Nino 1992b).

La Corte Suprema también ha sido alcanzada por los torbellinos políticos que ocurrieron en la Argentina, durante el presente siglo, especialmente después de 1930. En ese año, un gobierno elegido democráticamente fue depuesto por un golpe de estado militar, algo que se convertiría, luego, en un mal endémico de la sociedad argentina (se sucedieron otros golpes de estado en 1943; 1955; 1962; 1966; 1976). A pesar de la manifiesta ilegalidad de dichos gobiernos, la Corte Suprema decidió que eran legítimos desde que tenían el poder necesario para hacer ejecutar las leyes de la Nación. Y ello constituyó, en aquella época, un argumento suficiente para reconocer como legítimo un gobierno que de otra manera nunca lo hubiese sido. Desafortunadamente, al hacer ésto, el prestigio del más Alto Tribunal empezó a decaer, ya que quedó a todos luces demostrada la imposibilidad de esa institución para defender el estado de derecho frente a presiones políticas.

Esto no sólo constituye un problema de legitimidad política; sino también es una situación que afecta al estado de derecho y por lo tanto a la seguridad jurídica. Legitimar gobiernos de facto (por ejemplo aquellos gobiernos que toman el poder por medio de un golpe de Estado) conlleva a aceptar que el ejecutivo tiene prerrogativas legislativas, ya que en dichos regímenes, el Congreso permaneció disuelto durante largos períodos.

Si juntásemos todos estos factores, podríamos constatar fácilmente como se crean situaciones que son impensables para alguien que proviene de sociedades con una fuerte tradición democrática. Lo que queremos recalcar, es el hecho de que en países como la Argentina se ha desarrollado a través del tiempo algo similar a un sistema jurídico múltiple, donde nadie sabe con certeza quién, cuándo y cómo se ejecutarán las leyes en un caso particular. Así las cosas, se llega a una situación de inseguridad jurídica tal, que no se puede predecir con exactitud quién está encargado de regular las instituciones jurídicas básicas (derechos de propiedad, contratos, salarios, mercado laboral, contrataciones públicas, etc.)

Para resumir, este sistema jurídico múltiple está constituido por: (a) las leyes sancionadas por el Congreso; (b) la reglamentación de dichas leyes, que como hemos mencionado está a cargo del Poder Ejecutivo; (c) los decretos de necesidad y urgencia que son dictados solamente por el Ejecutivo; (d) un gran número de “decretos-leyes” (decretos del Poder Ejecutivo de regímenes de facto que se dictaban mientras el Congreso permanecía disuelto); (e) las erráticas decisiones de la Supremas Corte sobre algunas cuestiones.

El desafío del Poder Judicial en este contexto, y particularmente de la Corte Suprema, sería establecer algún criterio que ponga al menos algo de orden en esta situación tan caótica. Desafortunadamente, la Corte no ha logrado dicho objetivo. En cambio, su actitud ha consistido, frecuentemente, en aceptar las reglas establecidas por el Poder Ejecutivo. Naturalmente, hubo algunas

excepciones, tanto en los regímenes de facto como en los gobiernos democráticos, en las que la Corte desafió al Ejecutivo, pero fueron casos aislados. Esta tendencia puede explicarse en parte, porque desde 1947, cada presidente en Argentina trató, de purgar o aumentar el número de miembros de dicho Tribunal, y ello en cambio, socavó su estabilidad e independencia.

Un ejemplo muy ilustrativo de esa coacción institucional (ya sea formal o no formal) que se impuso sobre la administración de Justicia para socavar su independencia y su capacidad de controlar los actos de los otros Poderes, lo encontramos en el actual gobierno del presidente Menem. Como se mencionó anteriormente, una de las primeras iniciativas tomadas por Menem al asumir la presidencia a mediados de 1989 fue aumentar el número de ministros de la Corte Suprema de cinco a nueve.¹⁴ También designó en puestos claves a un gran número de jueces federales y de fiscales que habían sido leales a él. Habíamos expresado infra, que los jueces en la Argentina, se designan de la misma manera que en los Estados Unidos. De hecho, las reuniones de las Comisiones del Congreso encargadas de otorgar el consentimiento a las designaciones presidenciales, son secretas. Por tanto, dichas designaciones dependen enormemente de favores y negociados políticos. Un claro ejemplo de ello fue lo ocurrido en ocasión de la designación de los cinco nuevos miembros de la Corte Suprema (uno de los antiguos miembros renunció como protesta cuando se sancionó la ley que admitía el aumento de los miembros de dicho Tribunal), cuando el Senado, basándose en una recomendación de la Comisión encargada de aprobar dichas designaciones, tomó solamente siete minutos para votar favorablemente, lo que demuestra la ausencia total de debate alguno al respecto. Estas designaciones políticas, como veremos luego en detalle, han tenido un gran impacto negativo en la imparcialidad de la administración de Justicia.

V. LOS PROBLEMAS ORGANIZACIONALES DE LA JUSTICIA ARGENTINA

Una cuestión a la que a menudo los abogados no le prestan mayor atención es el efecto que tiene la estructura organizacional del Poder Judicial sobre la seguridad jurídica. Al menos, en teoría, el Poder Judicial debería proporcionar un servicio a la ciudadanía en general; un servicio que sea competente, expedito, y con costos eficientes. La cantidad de tiempo y dinero que se requiere para dirimir un conflicto, el tipo de personal que se utiliza para conseguir tal objetivo, y las condiciones en las que deben trabajar dichos individuos, son los puntos más importantes para obtener una buena administración de justicia.

Un estudio realizado recientemente, concluyó que, habida cuenta de las condiciones actuales del sistema judicial argentino, éste no es capaz de afianzar la seguridad jurídica ni de ayudar al desarrollo económico del país (Kaufman et. al., 1993). Entre otras cosas, dicho estudio recabó cierta información sobre la cantidad de causas que existían por Juzgado en la Provincia de Buenos Aires en el año 1991.¹⁵ En los juzgados civiles y comerciales, de un total de

14. El Congreso ratificó la voluntad presidencial sancionando la ley 23.774.

15. Buenos Aires, es la provincia más rica y concentra la mayor población del país (viven en su territorio un total de 12 millones de personas, siendo la población total del país 33 millones).

140.192 causas solamente en 17.677 se dictó sentencia. De un total de 226.600 causas penales que se iniciaron en el mismo año, solamente 11.267 fueron decididas y de 38.238 causas laborales, sólo 7.612 fueron resueltas.

Para manejar dicho cúmulo de tareas existían solamente 136 juzgados civiles y comerciales, lo que significa que cada uno de ellos tenía que analizar, en promedio, al menos 1.036 causas, pero solamente se dictó sentencia en 130. En la justicia penal existían 130 juzgados, lo que arroja un promedio más escandaloso aún de 1.743 causas por juzgado, con un promedio de 86 sentencias. A los 44 juzgados laborales se le asignaron un promedio de 869 causas a cada uno, de las cuales solamente 58 fueron decididas. Como puede verse, es practicante imposible poder ocuparse de tantas causas con las estadísticas que se acaban de mencionar. El resultado es que la calidad de las resoluciones dictadas es en la mayoría de los casos, muy pobre. Para paliar la situación, los jueces seleccionan sólo un determinada cantidad de causas y dejan el resto para que sean llevadas por los secretarios de los juzgados o por empleados de menor rango, la mayoría de los cuales ni siquiera son abogados.

Las Cámaras de Apelaciones, se encuentran en un estado aún peor. Basándonos en la población de la provincia de Buenos Aires, deberían haber al menos más de doscientos jueces para manejar las causas de la justicia comercial y administrativa, pero, de hecho solamente hay 20 jueces en ejercicio.¹⁶

La Fundación de Investigaciones Económicas latinoamericanas (FIEL), llevó a cabo una extensiva investigación sobre los problemas del Poder Judicial en la Argentina y propuso algunas reformas para resolver esos problemas. Según las conclusiones de FIEL, el 75% del presupuesto asignado al ministerio de Justicia se gasta en salarios. En cambio, los empleados de ese ministerio trabajan en promedio un 35% menos que las horas laborales anuales del sector privado. El relevamiento también presentó cierta información sobre la cantidad de horas que se supone se deben dedicar para la concluir una causa. Dicha información provino de una encuesta especial realizada en empresas comerciales privadas. Los resultados demuestran que una causa comercial no durará más que 4,2 años y no menos de 1,8 años. Una causa laboral no durará más de cinco años y no menos de 2 años y medio. Una causa contra el Estado lleva más tiempo que una laboral, y una causa civil menos que ambas. (FIEL 1996:49).

Las conclusiones generales del informe fueron que uno de los problemas básicos en la administración de justicia en la Argentina es el bajo rendimiento de los juzgados, debido a la ineficiencia de las estructuras judiciales. Más aún, el código de procedimientos argentino empeora la situación, al ordenar que el Juez es el encargado de llevar adelante gran parte del proceso, en vez de dejar esa tarea en manos de los fiscales federales.

Otra cuestión negativa mencionada en dicho informe, es la manera en que los Juzgados utilizan sus recursos económicos. Se comparó el porcentaje del presupuesto asignado a los Juzgados por cada nuevo juicio y se constató que éste es dos veces más grande que el que se asigna en los Estados Unidos o en España. Sin embargo, ello no se traduce en proceso más expeditos. El problema consiste

16. Entrevista con el profesor Agustín Gordillo (Universidad de Buenos Aires) y el Camarista Luis Uslenghi, Buenos Aires, agosto de 1996.

en que la mayoría de las erogaciones van dirigidas al pago de salarios de Secretarios u otros empleados cuyo número excede por un 50 por ciento el de los Estados Unidos y España. Por tanto, se gasta muy poco en equipamiento con nueva tecnología (por ejemplo computadoras) y los jueces y los fiscales no tienen los elementos necesarios para llevar adelante sus tareas en forma eficiente.

Probablemente uno de los problemas más traumáticos sea el número de causas pendientes de resolución que se acumulan año tras año. Como ya hemos visto, es prácticamente imposible que los jueces se encarguen de todas y cada una de las causas que se les asigna. Recientemente, el Congreso sancionó una ley que permite que se realice una mediación antes del inicio formal de la causa. Este sistema, se aplica solamente a algunas causas dentro del ámbito de la Justicia civil y comercial, pero es muy pronto para llegar a alguna conclusión en el sentido de cuál ha sido el impacto en la reducción del cúmulo de tareas de los juzgados.¹⁷

Una de las conclusiones más interesantes a la que se llegó en ese informe fue que el costo de los litigios en la Argentina es superior al de los Estados Unidos. La causa de ello, al menos en la Justicia civil (exceptuando la laboral), radica en el peculiar sistema de regulación de honorarios profesionales, el cual combina un porcentaje impuesto por el Juez, más otro porcentaje proveniente de un acuerdo privado entre el letrado y su cliente. Esto en muchos casos, crea un incentivo para que los abogados recurran al aparato judicial, puesto que es muy improbable que corran el riesgo de perder sus honorarios.

Finalmente, el informe señala como el problema más importante el procedimiento para la selección de jueces. De acuerdo a las reformas constitucionales introducidas en 1994, los jueces nacionales y federales deberán ser designados por una nueva institución, el Consejo de la Magistratura, el que incluye a representantes de diferentes sectores del gobierno, a las asociaciones que nuclean a los abogados, y una institución académica estructurada de acuerdo al modelo italiano. Sin embargo, a dos años de dicha reforma, aún no se ha creado dicha institución. Una de las principales razones del retraso en su creación, está dado por el hecho de que el gobierno también trató de que sea adicta a sus políticas, imponiendo miembros leales a sus ideas, lo que ha causado una fuerte oposición de los diferentes actores sociales.

Recientemente, han ocurrido varios escándalos en los que se vieron involucrados jueces y fiscales designados por el Ejecutivo, acusados de enriquecimiento ilícito. La única manera para remover de sus cargos a dichos jueces es a través del juicio político, pero nadie piensa que ello sea posible, más allá de los casos más evidentes e indefendibles.¹⁸ En otros casos, la

17. Las asociaciones de consumidores han criticado la nueva ley de mediación ya que los honorarios mínimos que cobran los mediadores es de \$ 300, en un país donde los jubilados perciben un salario de \$200 y los trabajadores sin capacitación no ganan más de \$700 mensuales, dicha suma está fuera del alcance de una familia de bajos ingresos.

18. Por ejemplo, la prensa descubrió que el Fiscal General de la Nación, quien es amigo personal del Presidente Menem, vivía en el mismo edificio de departamentos que un juez enjuiciado por corrupción. Dicho departamento estaba valuado en \$ 700.000,00. Cuando los periodistas le preguntaron como era posible solventar un departamento tan costoso con su sueldo, el Fiscal respondió que había pagado solamente \$ 425.000,00 por la propiedad, y que los que habían pagado más de lo que él pagó, era simplemente porque no sabían negociar. Nunca, pudo responder de donde obtuvo el dinero para realizar dicha compra.

prensa descubrió que algunos jueces ni siquiera poseían un título de abogado. En general, los profesionales de la abogacía que hemos entrevistado, afirman que desde que el Presidente Menem está en funciones, la calidad de las designaciones de jueces y fiscales federales y nacionales ha declinado apreciablemente. Y como lo señalamos anteriormente, este problema se debe a la gran discrecionalidad que tiene el Ejecutivo para realizar designaciones de jueces y fiscales y la falta de control que el Congreso ejerce en dicho sentido.¹⁹

A continuación examinaremos las leyes específicas y los contratos que, en nuestra opinión, muestran el nivel de seguridad jurídica (o su falta) en la Argentina. Comenzaremos comentando dos leyes: la ley 23.696 y la 23.697. Con estas leyes el gobierno del presidente Menem realizó reformas administrativas y de emergencia económica. Mucho de los problemas que se discutieron en este trabajo están relacionados con estas leyes.

VI. LEGISLACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS: ANÁLISIS DE LAS LEYES 23.696 Y 23.697

En agosto de 1989, aproximadamente un mes después de que el Presidente Carlos Menem asumiera la presidencia, logró que el Congreso sancionara la ley 23.696, también conocida como Ley de Reforma del Estado. Esta ley declara “el estado de emergencia de los servicios públicos y de los contratos e instituciones económica-financieras de la administración pública (esto incluía cualquier repartición pública, empresa, oficina, o cualquier otra forma de organización en la cual el Estado tenía participación). También facultaba al Ejecutivo a para intervenir en cualquier repartición pública o empresa del Estado y transformarla según su voluntad (esto es, por medio de reorganización, privatización o cierre). Asimismo, permitía al Ejecutivo proceder a la privatización de las empresas del Estado Federal.

Para el caso de los contratos administrativos en curso ejecución, el artículo 17 facultaba a cada ministro a declararlos nulos o renegociarlos y continuarlos de acuerdo a las nuevas condiciones “pactadas” con la contraparte. El artículo 50 suspendió los pagos de sentencias firmes contra el Estado, por un período de 2 años.

En el anexo I, dicha ley permitía la privatización de todas las empresas del Estado, muchas de las cuales habían sido creadas por Juan Perón durante su primera presidencia (1946-1952). Esto, para muchos fue realmente sorprendente, ya que Menem provenía del partido que Perón había creado a mediados de los años '40 y que fue responsable, durante décadas, del desarrollo de empresas subvencionadas por el Estado y de un gran proteccionismo.

Luego en septiembre del mismo año, el Congreso aprobó la ley 23.697. Esta ley fue conocida como de Emergencia Económica. Y prescribía que: “Se

19. La Comisión del Senado encargada de aprobar las nominaciones realizadas por el presidente Menem, han estado controladas por sus seguidores desde hace mucho tiempo. En tal situación, el procedimiento se ha convertido en un proceso de aprobación automática de los pliegos. De acuerdo a algunas entrevistas que hemos tenido con miembros de la oposición en las comisiones del Senado, los potenciales candidatos fueron aprobados por la mayoría sin ninguna discusión previa de sus antecedentes.

le otorgarán poderes especiales de policía al Poder Ejecutivo para revertir la presente situación de emergencia del Estado”. Asimismo, suspendía por al menos 180 días (y podía ser extendido por 180 días más), el pago de subsidios a cargo del Estado. Propuso una comisión especial para rediseñar la estructura y las funciones del Banco Central de la República Argentina. También incluyó un nuevo sistema de garantías para depósitos bancarios y la prohibición para el Banco Central de subsidiar operaciones gubernamentales.

Más aún, la ley 23.697, también establecía lo siguiente: (a) suspendió el sistema conocido como “promoción industrial”, a través del cual grandes áreas del país estaban exentas de tributar impuestos para determinadas industrias (en la práctica, el sistema funcionaba como un reducto para la evasión impositiva); (b) otorgó a los inversores extranjeros el privilegio que antes era privativo de los capitales nativos, en especial, en el sentido de que abrió el mercado financiero a dichos capitales, que anteriormente se lo protegía de la competencia externa; (c) introdujo un capítulo especial dedicado al establecimiento de prisión para los evasores de impuestos; (d) permitió la reducción de la administración pública, lo que se llevó a cabo en los meses subsiguientes en forma drástica; (e) creó nuevos impuestos y modificó los existentes; y (f) cambió algunas reglas que regulaban el mercado bursátil y la capacidad de las empresas de emitir acciones y bonos.

Con sólo treinta capítulos, la Ley 23.697 otorgó al gobierno amplios poderes para modificar, eliminar, crear o transformar, según su óptica, casi todos los aspectos concernientes a las relaciones económicas y laborales. Y junto a la ley 23.696, crearon las bases de lo que puede ser considerado una revolución jurídica.

Contrato de locación de inmuebles

La historia de los contratos de locación de inmueble se desarrolló como resultado de dos factores dominantes en la historia reciente de la Argentina: la urbanización y la inflación. La urbanización tuvo un gran impulso desde comienzos de siglo hasta finales de la década de los años ‘40, puesto que el crecimiento económico y la industrialización favorecieron la inmigración extranjera y la migración del campo a las grandes ciudades. La inflación en cambio, comenzó a finales de los años ‘40, pero tuvo una gran escalada desde los años ‘70 hasta 1989 cuando llegó al récord de 5.000 por ciento.

Pocas instituciones han sido tan manipuladas en la Argentina como los “contratos de locación”. El sistema osciló entre la libertad total para contratar hasta la completa regulación legal, y desde la protección de los locadores hasta la protección de los locatarios.

Las reglas generales que se aplican a este tipo de contratos son las contenidas en el Código Civil, el cual establece como regla general la libertad para contratar entre las partes, la que, sin embargo, no es absoluta. Por ejemplo, el Código establece algunas limitaciones en cuanto a la validez de los contratos (como la exclusión de contratos con objeto ilícito, como sería el caso de un contrato de prostitución) y también en algunos artículos se obliga a las partes a una negociación contractual, al cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y a la ejecución de los mismos.

Sin embargo, varias leyes, **decretos-leyes**, y decretos de diversa naturaleza han alterado estas reglas básicas. Por ejemplo, las primeras regulaciones aparecieron en 1921; pero alguna de ellas fueron resistidas en los tribunales, especialmente aquéllas que no permitían un acuerdo entre las partes en el sentido de cómo ajustar los contratos para evitar las depreciación monetaria.

En el caso “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw” (1922) la Corte Suprema desestimó una demanda que argumentaba, que dichas limitaciones, si bien, habían sido impuestas por ley dictada por el Congreso, se contraponían al derechos de propiedad y libertad de contratación protegidos por la Constitución Nacional (Nino 1992a:390).²⁰ La mayoría de los miembros de la Corte expresaron:

“Los derechos reconocidos por la Constitución no tienen un carácter absoluto, ni siquiera el derecho de usar y disponer de la propiedad. Fomentar la existencia de derechos ilimitados sería igual a sostener una concepción antisocial del derecho. La regulación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Existen restricciones a la propiedad y a las actividades económicas, cuya legitimidad no puede ser controvertida en sus principios pero sí en su funcionamiento. Algunas de esas restricciones tienen como objetivo la preservación del orden y la moral pública.... otras tienden a la protección de intereses económicos, que no pueden existir sino antes de un detallado análisis, porque podrían contradecir los principios de libre comercio y del individualismo protegidos por nuestra Constitución. Pero, sin embargo, a veces existen circunstancias muy especiales, en las cuales, debido al intenso rol social asignado a la propiedad, se justifica la intervención del Estado en cuestiones vitales para la comunidad, y a la vez dicha intervención deviene necesaria”

En otro párrafo, la Corte continuó diciendo que, “No es la función del Poder Judicial decidir si son adecuados o no los métodos utilizados por los otros Poderes para resolver dichos problemas (problemas habitacionales) ni las consecuencias económicas que puedan resultar de la Ley”. Y la misma Corte, muy poco después, en el fallo “Horta C/ Harguindeguy” expresó que este precedente podía aplicarse no sólo a las futuras relaciones contractuales sino también a las ya comenzadas con anterioridad.²¹ Decisiones similares se adoptaron en esta cuestión cada vez que el Congreso o el Ejecutivo reguló los contratos de locación de inmuebles. En casi todos los casos la legislación hizo mención de un estado de emergencia que requería la intervención del Estado para corregir o reparar la inequidad de las relaciones contractuales.²²

Como nos referimos anteriormente, en los últimos años de la década del ‘40, las reducciones circunstanciales en la oferta de locaciones para viviendas y oficinas, sumado a la escalada inflacionaria, adicionaron un nuevo ímpetu para revisar y regular las relaciones contractuales existentes.

20. CSJN Fallos 136:170

21. CSJN Fallos 136:59

22. En muchos de estos fallos la Corte Suprema citó e hizo mención de decisiones similares de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en fallos tales como Home Building and Loan Association vs. Blaisdell and Leo Nebbia vs. New York. Ver Nino (1992b: 43) y Kaufman et al. (1993:65).

Entonces fue necesario revisar los contratos para poder reajustar de ese modo, el alquiler que debía pagarse, habida cuenta de las condiciones económicas que no podían ser previstas por las partes. En cualquier caso, si el problema inflacionario no podía ser previsto ni por el locador ni por el locatario, entonces ante la escalada inflacionaria las partes corrían el riesgo de no poder determinar cuál sería el precio del contrato. Y en un país como la Argentina, con largos períodos inflacionarios, resolver este problema devino algo prioritario. Un paliativo para esta situación, fue el establecimiento de índices de reajuste que se relacionaran con los contratos. Desde principio de los años '50, en la Argentina se produjo un fuerte incremento de dichas regulaciones, lo que trajo aparejado cambios en las conductas de los propietarios, puesto que muchos pensaron que era más apropiado sacar sus propiedades del mercado, atento a los permanentes cambios en las reglas de juego, especialmente cuando esos cambios tenían efecto sobre las relaciones contractuales existentes.

La situación de hoy día puede ser calificada de estable, en comparación con lo que ocurrió en los últimos quince años. Y aunque, sigan existiendo ciertos problemas, ellos se relacionan más con el tema central del presente trabajo. Entonces analicemos cuál es la situación actual.

En 1989, el Ejecutivo promulgó la ley 23.680, o Ley de Emergencia para las Locaciones Urbanas, que, a su vez, fue modificada por la ley 23.928, conocida como Ley de Convertibilidad, que es la ley más importante que el Congreso sancionara desde 1991. Esta ley creó un régimen cambiario basado en el oro. Esto significa que cada peso (o el equivalente de 10.000 australes que era la moneda de curso legal a esa fecha,) es convertible a un dólar estadounidense.

El artículo 3 de la ley 23.928 establece que: "En todo momento, las reservas del Banco Central de la República Argentina deben ser, al menos, equivalentes al 100 por ciento de la base monetaria". El artículo 7 prescribe algo que suena obvio, al menos que se haya pasado por una experiencia de hiperinflación, "El deudor de cualquier obligación a pagar determinada suma de australes (hoy pesos), cancelará dicha deuda pagando, en el día de su vencimiento, la cantidad nominal".

En el artículo 10, la ley establece que, "A partir del 1ro. de abril de 1991, ninguna forma de reajuste de contratos o deudas será legalmente permitida, como tampoco podrá implementarse ningún procedimiento que incremente el valor nominal de las deudas...y aquéllas obligaciones que se contrapongan con el principio establecido, serán declaradas nulas".

En un artículo publicado poco después de que la ley fuera sancionada, Martorell (1991) resumió los criterios básicos y las falencias de la ley 23.928. En su esencia, la ley prescribe lo siguiente:

- Una tasa de cambio fija entre la moneda argentina y los dólares estadounidenses.
- Las relaciones jurídicas de naturaleza económica se rigen por valores nominales.
- Se establece un procedimiento de reajuste especial para aquellos contratos que se encontraban en curso de ejecución cuando la ley se promulgó.
- Modificaciones para el Código Civil para aceptar el pago de los contratos en moneda extranjera.

- Limitaciones— o como algunos piensan, prohibiciones— para cualquier clase de reajuste del valor de los contratos.

Como observó Martorell (1991) el problema básico de la ley de Convertibilidad reside en su naturaleza de emergencia. Puede entenderse que es válida mientras persista la emergencia, y sin embargo, nada se dice de su aplicabilidad una vez que dicha emergencia desaparezca.

Cuál fue el impacto que causó esta ley en las regulaciones de los contratos de locación de inmuebles? Según Martorell (1991):

- La nueva ley no interfiere con el principio de libertad de contratación.
- Permite procedimientos para el reajuste de los contratos con el paso del tiempo.

Examinemos estas ideas y comparemoslas con lo que han decidido los jueces de instancias inferiores. En el fallo “R.J.R. S.A. C/ Morris, José María”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió que un contrato de locación de una vivienda, realizado en moneda extranjera, era perfectamente legal luego de la sanción de la ley de Convertibilidad. Todas las cláusulas del contrato que permiten un reajuste mensual del mismo precio debían ser consideradas ilegales.²³

Sin embargo, en un fallo anterior, “Irma Lamas de Ortega C/ Hugo Rosenberg, y otros”, se trató la misma cuestión, pero con resultados diferentes²⁴. En este fallo la opinión del tribunal fue que los reajustes de precios eran admisibles si así se lo había previsto desde el inicio de la relación contractual y no se traducía en una violación encubierta del art. 7 de la ley de Convertibilidad, la cual prohibía dichos reajustes.

Luego de una serie de fallos que dividieron la jurisprudencia y doctrina sobre la interpretación del art. 7 y 10 de la ley de Convertibilidad, sumado a los problemas que no fueron resueltos por los decretos 529/91 y 530/91, los que trataron de regular dicha ley, el ministerio de economía dictó la resolución 144/93. Esto se contemplaba con el decreto 529/91 cuyo art. 10 establecía “el ministerio de economía dictará las regulaciones necesarias para la interpretación y el cumplimiento de este decreto”. La resolución 144/93 empeoró aún más las cosas. De hecho, la discusión judicial no se confinó al sólo ámbito de la ley de Convertibilidad. Lo que se discutía ahora, era si debe ser considerado constitucional que un Ministro regule como debe interpretarse y aplicarse la Ley de Convertibilidad. Muchos Jueces creían que ese era su trabajo. No pasó mucho tiempo para que esto llegara a los tribunales. En un fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, la mayoría estableció que el ministro no tenía jurisdicción para interpretar leyes y decretos.²⁵ La misma postura asumieron la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca que, siguiendo el precedente de lo decidido en el fallo Lamas de Ortega, decidió que era simplemente anticonstitucional para un ministro de economía dictar resoluciones interpretando y estableciendo el alcance de una ley o un decreto.²⁶

23. Cámara Nacional Civil, Sala D, 30/11/94

24. Sentencia de la Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala B, 21 de septiembre de 1994.

25. Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, “Amelotti, María C/ Aucci de Stadler, Teresa”, 23/12/93

26. Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala Ira., “Urso, Lidi C/ García de Delunchi, Aurora” 22/9/95.

Este caso, de acuerdo a lo que pudimos verificar, no ha llegado aún a la Corte Suprema. Pero, si llega, seguramente se decidirá a favor del ministro de Economía. No obstante ello, queda bien claro que la naturaleza de emergencia de la ley de Convertibilidad ha creado una gran inseguridad en lo que respecta a su validez, una vez que dicha situación de emergencia ya no existe más.

Contratos financieros y decretos de emergencia

Hasta aquí hemos visto como el Presidente Menem recibió del Congreso amplios poderes legislativos para manejar la peor crisis económica de la historia de la Argentina en este siglo. Las leyes 23.696 y 23.697 sirvieron como un medio para introducir duras pero necesarias medidas económicas. Muchas de esas medidas fueron puestas en práctica a través decretos de emergencia, los mismos decretos, que en forma solapada, sirvieran para contribuir a la destrucción de los mecanismos de control de los diferentes Poderes del Estado. Mientras el presidente Alfonsín dictó 10 de esos decretos, Menem dictó 308, para cubrir, entre otras, cuestiones que van desde la desregulación económica, privatizaciones, hasta recaudación impositiva. Algunos de esos decretos llevaron el nombre de “ómnibus” ya que versaban sobre diferentes temas. El gobierno de Menem también hizo uso de ellos para reglamentar otras cuestiones más específicas pero menos problemáticas, como es la regulación de los husos horarios para ahorrar energía durante el verano. De hecho, en ese entonces, muchos vieron en esos poderes excepcionales un mal menor comparado con la situación de la Argentina a mediados de 1989, cuando se estaba frente a un colapso económico y caos social.²⁷

Hasta las reformas constitucionales introducidas en 1994, los decretos de necesidad y urgencia no estaban explícitamente regulados. Es más, antes de dicha reforma, ni siquiera se los mencionaban en la Constitución. Sin embargo, se suponía que estaban justificados en ocasiones extremas con aprobación del Congreso, lo que casi nunca ocurría, no solamente porque al Ejecutivo no le interesaba informar al Congreso al respecto, sino también porque el Congreso en muchas ocasiones no controlaba al Ejecutivo.

Esta es la situación que hemos observado desde que Menem asumiera la presidencia. Desafortunadamente, esta situación hizo que los derechos individuales fueran una preocupación menor.

El caso más dramático fue la confiscación de los depósitos bancarios al finalizar el año 1990. En enero de ese año el gobierno decidió que para bajar la inflación era necesario que en los mercados financieros no hubiera tanta liquidez. Consecuentemente, el gobierno del presidente Menem congeló los depósitos bancarios (superiores a \$550) en “cajas de ahorro especial” y “plazo fijo”, los que dieron un interés superior al nivel inflacionario y así el gobierno emitió bonos reemplazando el dinero congelado. Lo que es asombroso es que,

27. La inflación fue el único, y más importante motivo que hizo que hubiera un gran consenso social para la implementación de drásticas reformas. Entre abril de 1989 y mayo de 1990, la inflación aumentó en un 22.000 por ciento. Ver las estadísticas mensuales del Instituto Nacional de Estadística y Censo.

inicialmente, el Ejecutivo no implementó dicha decisión a través de un decreto de emergencia, sino que lo hizo a través de un simple “comunicado” del Banco Central (el equivalente a la Reserva Federal de los Estados Unidos). Un comunicado es la forma que el Banco Central regula el sistema financiero en Argentina. Según Bianchi (1991), esta medida creó un “estado de sitio económico de facto”, ya que el gobierno no podía pagar sus obligaciones con los depositantes y tenía, a la vez, que reducir la inflación, congelar las cuentas bancarias, y esto sirvió simultáneamente para ambos objetivos.²⁸ Solamente luego de pasado un tiempo, el presidente Menem dictó el decreto 36/90 que reivindicaba la intervención del Banco Central para dichos asuntos.

Como era de esperar, la población desafió dicha decisión del Ejecutivo. La cuestión llegó hasta la Corte Suprema, en el caso “Peralta, Luis y otros C/ Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central de la República Argentina”.²⁹ La Corte Suprema falló, en favor del gobierno de Menem, lo que fue considerado por mucha gente como una decisión muy controvertida (Miller 1995).

Se encuentran en juego muchas cuestiones jurídicas en este caso. Las más relevantes para este trabajo son las siguientes (a) Si el Ejecutivo puede asumir funciones que en teoría son privativas del Congreso (confiscaciones); (b) Si existe un límite para el concepto de emergencia como una justificación para el dictado de decretos como el 36/90; y (c) cuál debería ser la actitud a asumir por la Corte Suprema.³⁰

En lo que concierne a la primera cuestión (a), parece que existe una contradicción entre lo que el gobierno hizo y lo que establece la Constitución en el artículo 67, párrafo 10, donde se define la autoridad del Congreso para la regulación de toda la actividad monetaria y el mencionado decreto del Ejecutivo. Empero, la Corte no utilizó la ley 23.697 como el principal argumento para sostener el punto de vista del Ejecutivo. En realidad, sólo se limitó a interpretar la opinión que dio un senador en la discusión del proyecto de ley, interpretándola como un mandato tácito en favor del ejecutivo. No se refirió, como bien

28. En términos comparativos, esto se convirtió en una tendencia. En 1992, el presidente Fernando Collor de Mello de Brasil, ante una situación similar, congeló el 80 por ciento de la liquidez del país a través de una orden del ejecutivo.

29. “Peralta, Luis y Otros C/ Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central de la República Argentina” DE 22/4/91.

30. Este problema debería estar aparentemente resuelto por las reformas constitucionales de 1994. De hecho, en el artículo 99, 3er. párrafo, existe una prohibición expresa para que el Ejecutivo cese de dictar decretos de emergencia. Dicho texto expresa: “El Ejecutivo, no podrá, bajo ninguna circunstancias, y bajo pena de nulidad absoluta, ejercer funciones legislativas. Solamente cuando circunstancias excepcionales hiciesen imposible recurrir a los mecanismos legislativos indicados por esta Constitución, el Ejecutivo, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, los que deberán estar firmados por el Gabinete en su totalidad, incluyendo al Jefe de Gabinete, pero dichos decretos no podrán versar sobre temas tales como derecho penal, tributario, electoral y regulación de partidos políticos. Dentro de los diez días, el Jefe de Gabinete enviará el decreto a la comisión del Congreso, la cual dentro de los diez días subsiguientes informará a ambas Cámaras para una consideración inmediata. Una ley especial regulará la intervención del Congreso en estas cuestiones”. En otro artículo, se indica expresamente que, “el silencio del Congreso o de cualquiera de las Cámaras, no será considerado como aprobación tácita de dichos decretos”.

podría haberlo hecho, a los poderes delegados por el Congreso al Banco Central por la ley 20.539, y otras normas, las que hacen del Banco Central la institución reguladora de todo el sistema bancario. En cambio, la Corte Suprema casi creó una “propia teoría” para el caso.

La Corte Suprema, en una decisión muy extensa, afirmó que la teoría de la separación de poderes y control de los actos administrativos, no puede ser interpretada en forma restrictiva. En realidad, en varios párrafos la Corte justificó sus argumentos introduciendo la idea de un “gobierno dinámico” (ver párrafos 17 a 22). En otras palabras, la Corte “interpretó” la Constitución con un peculiar argumento de flexibilidad y capacidad para adecuarse a las circunstancias. En el párrafo 20, la mayoría afirmó, “La Constitución Argentina en si misma, se ha convertido en un instrumento político con una gran flexibilidad para adaptarse a cualquier tiempo en cualquier circunstancia”.

En el párrafo 24 de dicha decisión, se expresó, también:

“... En dichas circunstancias la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90 dictado por el Ejecutivo pueden ser aceptadas. Y ello, por dos razones fundamentales: 1) El Congreso, ejercitando sus poderes constitucionales, no ha adoptado (o adoptará?) una decisión diferente teniendo en cuenta la situación dada en el presente caso. 2) Porque, y esto es de dominio público, existe una situación de crisis social muy grave, que requirió que las acciones establecidas en el decreto mencionado, solo pudieran implementarse nada más que por los medios que utilizó el Ejecutivo”.

En el párrafo 29, se expresa en forma poco clara y casi ilógica, quién se supone que está a cargo del dictado de leyes. En forma explícita la Corte expresó, refiriéndose al Congreso y a su capacidad para tomar decisiones en estos tiempos modernos que, “en lo que concierne no sólo a la Argentina si no al mundo entero, debería reconocerse que debido a los problemas y la clase de soluciones que se necesitan para resolverlos, un órgano multipersonal no está capacitado para dichas tareas”. Y a este punto, también nos deberíamos preguntar si la Corte Suprema no se encontraría encuadrada dentro de esta categoría de órgano multipersonal.

El segundo problema que mencionamos (b) fue si existía un límite para la definición de una situación de emergencia y quién era responsable para establecer ese límite.³¹ La respuesta no surge en forma evidente, pero de fallos como Peralta es posible comparar el resto de los decretos de emergencia, dictados durante este período, que van más allá de temas de derecho bancario.

Puede decirse que la limitación se encuentra básicamente en la voluntad del Ejecutivo. En este sentido, hace poco tiempo atrás, dos decretos de emergencia fueron dictados en el mismo día, argumentando uno de ellos sobre la continuación del estado de emergencia, y el otro, totalmente lo contrario.

31. Debería mencionarse que la Corte Suprema se refirió a la Corte de EEUU y la jurisprudencia local para apoyar su decisión. De hecho, se mencionaron los fallos *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell* (290 U.S. 398), *Munn vs. Illinois* (94 U.S. 113), y *Noble State Bank vs. Hankell* (219 U.S. 104). Estos fallos se conectaron, en cambio, los decisiones previas de la Corte Suprema Argentina en fallos tales como “*Ercolano c/ Lanteri de Renshaw* (136:170), *Avico C/ De la Pesa* (172:29), y *Cine Callo* (247:121). En todos estos fallos se acepta la intervención del Gobierno en contratos económicos entre particulares por razones de emergencia o por razones que no fueron aceptadas originalmente por las partes contratantes.

Para finalizar con esta sección, puede ser de gran utilidad revisar algunos de las conclusiones a las que se arribó en el fallo Rubio y Goretti (1994), sobre esta cuestión. Clasificaron a los decretos de emergencia en el período 1989-1993 y llegaron a las siguientes conclusiones:

1. Durante el período antes mencionado el Presidente Menem dictó 308 decretos. Solamente en 159 se admitió que ellos constituían decretos de necesidad y urgencia.
2. De los 308, 176 trataron temas económicos financieros, y en 53 temas de administración pública.
3. Un grupo especial de decretos, tales como el 435/90, 1930/90 y 2284/91 incluían una variedad de cuestiones y modificaban diferentes leyes.³²
4. Probablemente la conclusión más importante de los autores es la siguiente: solamente en 121 casos los decretos incluían la formalidad, “Infórmese al Congreso”, pero a veces el Congreso nunca era informado de ello.

Con la tercera cuestión (c) el caso del decreto de necesidad y urgencia 36/90 y otros, queda demostrado que en la Argentina hubo un cambio significativo en lo concerniente a las prerrogativas pertenecientes a los tres Poderes del Estado, y al control de los Actos Administrativos. Claramente, se percibe que el Poder Ejecutivo salió muy fortalecido de dicho cambio. Por el contrario, la Corte Suprema decidió casi no realizar críticas a las iniciativas legislativas del Ejecutivo. En 1993, el ministro de la Corte Rodolfo Barra, expresó que la Corte Suprema debería ser “adicta” a las políticas de la administración.

Un ejemplo de como una adición puede justificar leyes y decretos cuya aplicación no es muy clara, vino con la primera gran privatización del gobierno del presidente Menem, que fue la de Aerolíneas Argentinas. De acuerdo a la ley de Reforma del Estado, las empresas del Estado antes de ser privatizadas tenían que adoptar una organización societaria que se compadeciese con alguna de las establecidas en el Código de Comercio. El gobierno convirtió a Aerolíneas en una sociedad con participación minoritaria del Estado, lo que no está contemplado en el Código de Comercio.³³ Al menos que el gobierno de Menem enfrentara ese problema la sociedad creada en dichos términos era ilegal con consecuencia predecibles, en el campo jurídico y económico, que seguirían para los inversores que compraran Aerolíneas. A pesar de ello, el único en realizar una objeción, sin ningún poder para detener la venta, fue el Inspector General, a quién no se lo escuchó. Sin embargo, el congresista Moisés Fontela, interpuso una demanda ante un Juzgado federal para que se detuviese la venta de Aerolíneas por que no se conformaba la nueva estructura societaria con ninguna de las sociedades existentes en la ley. El 13 de julio de 1990, el Juez

32. Ferreira y Gorreti (1994) aceptan esto como una categoría peculiar, por su importancia y aplicación. Uno de ellos, el 2284/91 es el decreto por el cual la economía fue desregulada. Incluía tópicos como desregulación de la práctica de los profesionales, desregulación del transporte de fletes, cerrando una serie de reparticiones públicas, y la creación de un sistema unificado de seguridad social, etc...

33. La ley establecía que el gobierno tenía que retener al menos el 51 por ciento del total de las acciones.

Garzón Funes ordenó que Aerolíneas Argentina, debía revisar su estructura societaria de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la ley 23.096. El ministro a cargo de la venta de Aerolíneas, Roberto Dromi, apeló directamente a la Corte Suprema para que sustrajera el caso del conocimiento del Juez, y fuera ella quien decidiera la cuestión, argumentando que de no llevarse a cabo dicha venta, se podría crear una crisis institucional muy grave. En el mismo día, dictando un obscuro procedimiento llamado “per saltum” (nunca antes había sido adoptado) la Corte Suprema tomó conocimiento en el caso, lo sustrajo del conocimiento del Juez Federal, y en cuestión de minutos decidió en favor de la legalidad de la estructura de Aerolíneas. Un jurista argentino comentó esta decisión en los siguientes términos “esta excepcional y forzada interpretación de una norma no contemplada en el ordenamiento jurídico como el “per saltum”, no tiene como objetivo resolver un problema jurídico, sino impedir la intervención del Poder Judicial”.³⁴

El tema del “per saltum” fue crucial pues impidió que el proceso de privatizaciones se viera perjudicado antes de haber comenzado. El mismo ministro Barra admitió que la Corte Suprema al actuar de esa manera, salvó todo el proceso de privatizaciones. También agregó que, en cambio, en Brasil la Justicia perjudicó el proceso privatizador del Presidente Collor, y subrayó el clave rol de la Corte Suprema en apoyar las políticas del Poder Ejecutivo.

Existe otro ejemplo que muestra claramente como una Corte Suprema íntimamente identificada con las políticas gubernamentales puede perjudicar la seguridad jurídica cuando se trata el tema de contratos financieros; tal es el caso de la así denominada “Sentencia robada”. En 1993 el ministro de economía se quejó ante la Corte Suprema expresando:

“...Que ésta había regulado honorarios en forma excesiva contra el estado por el trabajo de liquidación de una entidad bancaria”. El presidente de la Corte Suprema respondió extrayendo la decisión y el expediente del despacho del Secretario luego de que los seis ministros la habían firmado y había sido registrada. Entonces la decisión firmada desapareció, y una nueva decisión en favor de los intereses del gobierno circuló para que sea firmada por los Ministros de la Corte. La mayoría menemista de la Corte sólo se rectificó, cuando un ministro -de la minoría antes de la ampliación de la Corte realizada por Menem-, se dio cuenta que se le estaba pidiendo que decidiera dos veces sobre el mismo caso, e hizo la denuncia ante la prensa. (Miller 1995).

Retornando a la cuestión que nos ocupa, y analizando el nuevo balance institucional de poderes que emergió de las reformas introducidas por el gobierno de Menem, en nuestra opinión, ello constituye una de las condiciones para evaluar el grado de seguridad jurídica. Se ha dicho muchas veces que el Poder Judicial y Legislativo no está preparado para ofrecer soluciones rápidas y efectivas en tiempos de crisis. Sin embargo, estas instituciones siempre pueden ser más permeables para el debate y la exposición de diferentes ideas que lo que ocurre en el Poder Ejecutivo. Y esto siempre constituye un garantía más adecuada cuando se trata de saber hasta dónde se extienden los derechos de los individuos.

34. Comentarios realizados por Alberto Dalla Vía que apareció en Clarín el 13 de junio de 1993, p.9.

Derechos de Propiedad Intelectual

El primer antecedente argentino del sistema de patentes data de 1864, de la ley 111, que se realizó basándose en el modelo francés de 1844. Aunque dicha ley devino obsoleta para lidiar con la economía argentina después de la Segunda Guerra Mundial, igualmente permaneció vigente hasta 1996. Una de las mayores controversias que la ley 111 contenía estaba dada por el hecho de que no contemplaba la “patentabilidad de los productos farmacéuticos y veterinarios, de los planes financieros, descubrimientos e invenciones publicadas tanto sea a nivel nacional como internacional antes de su aplicación, invenciones puramente teóricas con ninguna aplicación industrial” (FIEL 1990:65-66).

Esta situación permitió, durante décadas, el desarrollo de compañías nacionales que, sin ninguna perturbación, pirateaban los productos patentados en el exterior y los vendían en el mercado argentino. Los grandes beneficiarios de esta situación fueron las empresas farmacéuticas nacionales, las más importantes de Latinoamérica. Dichas empresas son responsables por 1,6 - 1,7 mil millones del total de las ventas en Argentina, lo cual representa entre el 55 al 60 por ciento del mercado local.³⁵

Los defensores de la protección de patentes recurrieron ante el Poder Judicial. La disputa legal se centró en la interpretación de la constitucionalidad de la ley 111. Basándose en el artículo 17 (el que expresa que “cada autor o inventor es el dueño exclusivo de su obra, invención o descubrimiento, durante el término que prescribe la ley”), y en el artículo 28 (el que expresa que “los principios, protecciones y derechos reconocidos en los artículos precedentes no serán alterados por las leyes que regulan su ejercicio”), los defensores de la patentabilidad arguyeron que la prohibición de normas que establecieran los derechos de autor, eran inconstitucionales.

En 1971, en los autos “American Cyanamid Company c/ UNIFA S.A.”, la Corte Suprema decidió que la prohibición de patentar componentes farmacéuticos no se contradecía con lo prescrito en el artículo 17 de la Constitución Nacional ya que allí nada se establecía sobre los requerimientos necesarios que un inventor debe poseer. Por tanto, la prohibición establecida en la ley, no excedía las facultades del Poder Legislativo. La sentencia declaraba la constitucionalidad de la ley 111, en virtud del hecho de que “...Los derechos constitucionales se encuentran sujetos a regulación, y no es posible considerar inválida una norma que, basada en principios ya sean de seguridad, moral o salud pública, deniega la protección otorgada por el artículo 17 a las invenciones que, por una razón u otra, son considerados perjudiciales para los altos intereses del Estado.”³⁶

Al finalizar los años ‘80, el gobierno de los Estados Unidos y varios gobiernos europeos comenzaron a presionar a la Argentina para que adecuara su legislación sobre Propiedad Intelectual a los estándares del Acuerdo General sobre tarifas y comercio (GATT), para defender de esa manera los intereses de sus respectivas compañías farmacéuticas que estaban perdiendo un estimado de \$506 millones (impuestos deducidos) en regalías no pagadas, y esto solamente en el año 1993.³⁷

35. Información suministrada por Pfizer de Argentina, Buenos Aires, julio de 1996.

36. “American Cyanamid Company c/ UNIFA S.A.”, 21 de diciembre de 1970, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

37. Wall Street Journal, 30 de junio de 1996, pag. A15.

Inicialmente, intermediarios, que supuestamente actuaban en representación de miembros influyentes del Congreso de la República Argentina, contactaron a productores farmacéuticos extranjeros, asegurándoles una rápida ratificación de una nueva ley de Propiedad Intelectual, de acuerdo a los estándares del GATT, siempre que dichas compañías estuvieran dispuestas a realizar “donaciones políticas”. Pero debido a la ley de 1977 contra la Actos de Corrupción en el Extranjero, los laboratorios estadounidenses rechazaron dicha oferta. En cambio, los laboratorios argentinos estaban más que deseosos de complacer a los congresistas argentinos. Y por ello, el Congreso argentino introdujo un proyecto de ley que se ajustara a los intereses de CILFA, el lobby farmacéutico argentino. El mayor interlocutor de los intereses de CILFA era el senador Augusto Alasino, de la Provincia de Entre Ríos, que es donde se encuentra establecida Filaxis, uno de los laboratorios nacionales más grandes. Sin embargo, las cosas fueron más allá del mero lobby. El ex-ministro de economía Domingo Cavallo, cuando aún se encontraba a cargo del ministerio, denunció públicamente a los legisladores como “coimeros”. Supuestamente, Cilfa gastó un suma estimada en \$ 40 millones, para que los legisladores de todos los partidos favorecieran sus intereses. El diputado Ernesto Alagaba, del partido Radical, el mayor partido opositor del partido Justicialista (Peronista) de Menem, reconoció públicamente, “Sí, hemos recibido dinero, pero el Justicialismo tomó diez veces más.”³⁸ El senador Alasino recientemente ha tenido que dar explicaciones de cómo hizo para estar construyendo una casa en su propia provincia que está valuada en \$ 700.000,00.³⁹

Aunque en repetidas oportunidades el presidente Menem ha vetado diferentes proyectos de ley propuestos por el Congreso, estos vetos fueron resistidos por el Congreso. Para muchos analistas, la dura posición del Pte. Menem es más aparente que real, ya siempre que el Presidente quiso que el Congreso aprobara una ley que a él le complacía, su partido en el Congreso (el Partido Peronista tiene una clara mayoría en ambas Cámaras) así lo hizo. El tema de la ley de patentes es la única excepción a esta tendencia, lo que nos hace dudar sobre cuáles son las verdaderas intenciones del Presidente Menem.

Un nuevo decreto (260/96) se dictó finalmente en marzo de 1996. El anexo I del decreto 260/96 complementa las leyes 24481 y 24572 en lo que concierne a las patentes. El anexo II del mismo decreto regula las dos leyes. Establece un régimen de patentes de 20 desde el día de su registración. La protección de las patentes farmacéuticas puede ser aplicada inmediatamente, pero la correspondiente patente será otorgada solamente después de noviembre del año 2000. Desde 1996 hasta noviembre del 2000, la aplicación de las patentes farmacéuticas pueden gozar de un período de exclusividad en el mercado de 5 años, si se reúnen las tres condiciones siguientes: (1) Que la misma patente haya sido registrada, después del 1 de enero de 1995, en otro país miembro de la Organización Mundial de Comercio, anteriormente GATT; (2) Que la patente haya sido otorgada en uno de esos países; y (3) que el mismo país apruebe, después del 1 de enero de 1995, el lanzamiento al mercado del nuevo producto patentado.

38. Ibid...

39. La Nación, 1 de agosto de 1996, pag.7.

Existen dos grandes dificultades con este nuevo régimen, a saber: 1) el aplazamiento de la protección de las patentes farmacéuticas hasta después de noviembre del 2000, y 2) la ausencia de patentamiento para los productos que están siendo desarrollados. El nuevo régimen de patentes está plagado también de deficiencias y ambigüedades. Por ejemplo, existe una discrepancia con respecto al espíritu de la ley en contraposición a las regulaciones implementadas, lo que afecta la obtención y/o efectividad de los derechos de los propietarios de las patentes.

Debido a estas debilidades, la Argentina fue puesta en un lugar menos favorecido en la "Lista de Prioridades" del Informe de los Representantes del Comercio de los Estados Unidos emitido en abril de 1996. Esta entidad revisará nuevamente el caso argentino en diciembre de 1996.

Comparando la legislación argentina de patentes con la del Brasil, vemos que Brasil ofrece una mayor cobertura a las patentes y seguramente, esta legislación se convertirá en el estándar de la legislación de patentes en el Mercosur (Mercado económico del Cono Sur) integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay). Por ahora, tanto el gobierno de los Estados Unidos como la Unión Europea están presionando al gobierno de Menem para que modifique la nueva ley. El gobierno del Presidente Clinton ha advertido que la cuestión no está concluida aún. Y posiblemente los Estados Unidos puedan aplicar medidas comerciales de represalia al gobierno del Presidente Menem, en un período en que la Argentina se encuentra en medio de una gran recesión.

¿Cuáles son las pérdidas económicas causadas por la presente situación? De acuerdo a algunas estimaciones de Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, las pérdidas alcanzaron alrededor de \$ 526 millones durante el período 1980-86 (FIEL 1990:48), pero solamente en 1995 dichas pérdidas aumentaron a \$ 540 millones.⁴⁰ En lo que concierne a los consumidores, es difícil de considerar si ellos son afectados en forma negativa por esta cuestión. De todas maneras, hay algo que está claro. Los productos farmacéuticos argentinos durante el período 1975-1989 costaron un 60% más que los de la competencia extranjera (FIEL 1990:77).

Los problemas que la legislación actual trae aparejado para las compañías extranjeras van más allá de las regalías impagas. Según Leslie Ackerman, de la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, "las pérdidas no son sólo de dinero, sino también de oportunidades de mercado. No se puede lanzar al mercado productos con precios reducidos. No importa cuál sea la estrategia de mercado a utilizar, siempre fallará."⁴¹ El año pasado los laboratorios estadounidenses invirtieron \$103 millones en México, cuya legislación de patentes se compadece con los estándares internacionales.

VII. CONCLUSIÓN

Lo que hemos tratado de demostrar con el presente trabajo es que cuando examinamos el nivel de seguridad jurídica ya sea desde una perspectiva, basada en la actuación del Poder Judicial (Sherwood et. al, 1994) o de una perspectiva

40. Latin American Monitor: Southern Cone, October 1996, p.6

41. Wall Street Journal, 30 de junio de 1995, p. A15.

más amplia, basada en el estado de derecho (Nino 1992a), la Argentina actual no puede superar el test.

De acuerdo al primer parámetro (Sherwood et al., 1994), en lo que respecta a los requisitos básicos con lo que debe contar un sistema judicial serio, encontramos que (a) faltan jueces competentes e imparciales, ya que nos encontramos con un alto grado de corrupción y de profesionales muy cuestionados dentro del Poder Judicial; (b) no existe una buena infraestructura tribunalicia ya que se gasta mucho dinero en salario y poco en tecnología y entrenamiento; (c) no existen procedimientos imparciales debido a la tendencia del Ejecutivo de controlar tanto al Poder Legislativo como al Judicial a través de decretos de necesidad y urgencia; (d) a veces no existen una adecuada información pública; (e) la existencia de conflictos entre los códigos, regulaciones, fallos de la Corte, y órdenes contradictorias del Ejecutivo, crean más confusión que claridad en el tema; (f) no existe acuerdo ni entendimiento sobre cuál es el rol que los jueces deben cumplir.

Lo mismo puede ser expresado para referenciar las consecuencias de esta falta de requisitos mínimos para el correcto funcionamiento del Poder Judicial (a) no todos los habitantes tienen igual acceso a la justicia debido a los altos costos en que se debe incurrir, siendo los más perjudicados los pobres; (b) los decisorios judiciales no son para nada predecibles, siendo en algunos casos irrazonables e influenciados por consideraciones no judiciales que a menudo constituyen la regla de dichos decisorios (ver ley de patentes); (c) las decisiones de los tribunales son muy lentas; (d) los fallos de la Corte no ofrecen mejores decisiones que las tomadas por los jueces inferiores. Los casos *Peralta* y *Aerolíneas Argentinas* hablan por sí mismos.

Ahora bien, si examinamos la seguridad jurídica desde la perspectiva más amplia del estado de derecho (Nino), observamos que (a) las relaciones básicas entre los ciudadanos por una parte y entre los ciudadanos y las instituciones gubernamentales por la otra, se definen a menudo a través de reglas específicas para casos particulares y/o individuales; (b) cuando se consideraron diferencias en los casos particulares o individuales, ello se hizo con reglas especiales sin importar lo establecido por los procedimientos legales; (c) generalmente faltan procedimientos confiables y aceptables para determinar cuándo se aplican ciertas normas y por quién; y (d) dichas normas son bastante inestables y se aplican en forma retroactiva en algunos casos.

¿Cómo afecta este estado de cosas a la sociedad argentina y su crecimiento económico? Para la primera cuestión, observamos que los argentinos tienen muy poca confianza en su sistema judicial. Según una encuesta publicada en 1994 por Gallup, solamente el 13% de los encuestados respondieron que el Poder Judicial era una institución confiable. Solamente los partidos políticos (8 por ciento) y los Sindicatos (7 por ciento) obtuvieron un resultado aún más desfavorable en dicha encuesta. Cuando se les preguntó al pueblo en quienes confiaban más, la gente puso en primer lugar a los maestros (64%) y a los periodistas (49%), mientras que los fiscales federales (18%) y los jueces (17%) obtuvieron el último lugar de la lista. La gran mayoría consideró que la administración de justicia era ineficiente (84%); que no existía trato igualitario frente a la ley (88%); que el Poder Judicial estaba influenciado políticamente por el gobierno (84%); y que funcionaba de acuerdo a leyes inadecuadas (66%). Cuando se les preguntó cuáles eran las

cuestiones que mayor presión causan sobre la administración de justicia de la Argentina, la gente respondió: procesos excesivamente lentos (65%); administración pobre (58%); y corrupción (57%).⁴²

En cuanto a las consecuencias económicas de la inseguridad jurídica, ya hemos mostrado algunas cifras preliminares estimando el daño causado por la actual ley de patentes a las compañías extranjeras. Dicha ley puede llegar a causarle a la Argentina graves problemas en las relaciones económicas con los Estados Unidos. Más aún, algunas compañías farmacéuticas internacionales están retirando ya sus productos del mercado argentino, lo que perjudica a todos los consumidores argentinos.

En forma general, luego de las diferentes entrevistas que hemos tenido con economistas argentinos, es imposible considerar con cierto grado de precisión cuál es el costo en términos económicos de la falta de seguridad jurídica en el país. Según Luis García Martínez, miembro de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, una regla básica para determinar el efecto de la inseguridad jurídica en el país, es comparar las tasas de interés nacionales con las internacionales, ya que “un país con una Corte Suprema sospechada de parcialidad, un Poder Ejecutivo que cambia las reglas del juego, un Poder Judicial que no funciona, y un Congreso que no se hace respetar, puede aumentar el riesgo-país”.⁴³ En términos de posicionamiento en riesgo-país, Standard & Poor calificó a Chile con una A-; Brasil B+; Venezuela B+; México BB; y Argentina BB-. Así y todo, metodológicamente hablando, no existe relación de causalidad entre esa baja calificación y la seguridad jurídica. Sin embargo, en nuestras entrevistas con directores de compañías multinacionales y diplomáticos extranjeros, ellos señalaron que la falta de seguridad jurídica obstaculiza las inversiones y aumenta los costos de transacción.

En realidad, si comparamos nuevamente Chile y Argentina, Chile tiene un riesgo-país mucho más bajo que Argentina. Es por ello, que ambos países han implementado reformas de mercado similares (privatización, desregulación) y Argentina tiene una política mucho más flexible en términos de transferencia de capitales, lo que se puede explicar en parte con la falta de seguridad jurídica de dicho país. Los capitales extranjeros continúan dirigiéndose a Chile, un país donde las relaciones entre los tres Poderes del Estado, está bien definida, los procedimientos y las leyes son respetadas, y el Poder Judicial es relativamente independiente. En la Argentina, la mayoría de las inversiones extranjeras se concentraron en empresas que se privatizaron en boom de los años 1989-1994, pero ahora quedaron muy pocas empresas del Estado para vender y las inversiones productivas han declinado apreciablemente desde 1995.⁴⁴

42. Poder Ciudadano, Mayo de 1994, pp. 8-9.

43. Clarín, 13 de junio de 1993, p. 3

44. Otro parámetro que pone de manifiesto las precarias condiciones de la Argentina proviene de Transparency International, una organización no gubernamental con base en Berlín, que periódicamente publica índices con relación a la honestidad de los actos de los diferentes gobiernos. La Argentina se encuentra en el puesto número 15 durante el período 1989-92, pero en 1996 cayó al puesto nro. 35 sobre un total de 54 países. La importancia de este índice no está en su precisión (algo que muchos catedráticos pueden cuestionar) pero sí reside en el hecho de que se basa en las respuestas dadas por los directivos de las empresas multinacionales en lo que respecta a cómo afecta la corrupción a los negocios y a la vida social.

Es difícil aislar a un ordenamiento jurídico para determinar si proporciona la suficiente seguridad jurídica a los habitantes de una sociedad determinada. Esto es así, por que como hemos dicho, un análisis formal de las instituciones en juego puede llevarnos a conclusiones superficiales e incorrectas. Una más fructífera investigación debe realizarse basada en cómo se comportan efectivamente los Jueces, el Congreso y el Ejecutivo.

Lo que encontramos en nuestro análisis es que existe una gran brecha entre lo que las leyes establecen y como los actores institucionales se comportan en la Argentina. Esto sucede en todas las sociedades, en todas las organizaciones, pero en algunos casos llega a tal extremo que es perjudicial. Y esto parece ser lo que sucede en la Argentina.

Según nuestra opinión, el problema no reside, como muchos extranjeros pueden llegar a pensar, en la falta de leyes, o de una constitución bien estructurada, o de coercibilidad de la leyes. Formalmente, la Argentina tiene todo ello. Sin embargo, también se encuentra la Argentina en una situación política-económica muy compleja en la que los actores del sistema hacen caso omiso, a menudo, de las normas que coadyuvarían a garantizar relaciones justas y estables dentro de la comunidad.

Una interpretación bien intencionada de la mutilación del Estado de derecho realizado bajo la presidencia del Presidente Menem sería afirmar que todas las violaciones legales son aceptables como un proceso transitorio para alcanzar el deseado nivel de estabilidad socioeconómica. Pero este es un concepto capcioso y la cita de Smith al principio de este trabajo es bien clara en este sentido. ¿Cuándo termina? ¿Quién ganará y quién perderá? La respuesta no es muy clara y es por eso que emerge el problema de la inseguridad jurídica.

Probablemente, la inseguridad jurídica no es nada más que darse cuenta que alguien o un grupo está jugando con un mazo extra de cartas. No siempre es el gobierno. Tomemos el caso de la evasión impositiva en la Argentina, como en el resto de Latinoamérica, y encontraremos pruebas de un problema aún más serio, socialmente enraizado luego de años de lento deterioro de una actitud cívica razonable, en la cual las partes privadas son los actores responsables del quebrantamiento de la ley.

Como expresa Reisman (1978), la ley se equipara a un código imaginario, que establece las diferencias entre lo que está permitido y lo que no lo está, y es usado públicamente. Sin embargo, existen normas operacionales “secretas” que definen quién, cómo, y cuando algo se contrapone a dicho código imaginario y para lo cual no existe castigo alguno. Lo que tratamos de demostrar usando algunos ejemplos jurídicos de la Argentina es que estas normas operacionales son a veces más importantes que el código imaginario, como la constitución en sí misma, al analizar las relaciones legales y los contratos. Y todavía se puede plantear la siguiente pregunta: ¿son estas normas operacionales las que llevarán a un crecimiento sostenido a largo plazo? ¿Puede un rápido y sucio acercamiento a este problema tratar al estado de derecho como algo superficial e innecesario que produzca resultados positivos y duraderos? Nuestra respuesta es, naturalmente, negativa. La prueba está en la delicada situación en la que se encuentra el Presidente Menem en estos días. Luego de forzar reformas estructurales de mercado a través de decretos de necesidad y urgencia, está enfrentando una profunda recesión y revueltas sociales, lo que le no ocurre los

países vecinos. Consecuentemente, los inversores extranjeros están renuentes a invertir su dinero en un país donde las reglas del juego pueden cambiar en un giro de 180 grados de la mañana a la noche.

Un país no puede pretender unirse al exclusivo grupo de las naciones desarrolladas manteniendo a la vez instituciones del tercer mundo. Ni siquiera las estrategias económicas más eficaces pueden lograr algo así. Por tanto, mientras los argentinos como los inversores extranjeros perciban la falta de seguridad jurídica, y aunque se hayan realizado grandes progresos en los últimos siete años en diversas áreas económicas, la Argentina quedará confinada al club de los países del Tercer Mundo. Una vez que se alcanzó la estabilidad económica, más cosas están en juego y, por tanto, la gente exige una mayor transparencia en los actos del gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi Juan B. (1960), *Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina*, 5th. de. Buenos Aires: Rosso.
- Bianchi, Alberto (1991). “*La Corte Suprema ha establecido su Tesis Oficial sobre la Emergencia Económica*”, La Ley, C. p.141
- Brunetti, Aymo and Beatrice Wedder (1993a). “*Political Credibility and Economic Growth*”, Wirtschaftswissenschaftliches Zentrum, University of Basel, WWZ -Studie n° 39.
- Brunetti, Aymo and Beatrice Wedder (1993b), “*Credibility and Growth*”, Wirtschaftswissenschaftliches Zentrum, University of Basel, WWZ-Discussion Papers n° 9316
- Busaniche, José Luis (1971). *Historia Argentina*. Buenos Aires: Solar Hachette 1971.
- Carrió, Alejandro and Alberto Garay (1991). *La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Perrot.
- DiClerico, Robert E. (1995) *The American Presidency*. Englewoor Cliffs, N.J.: Prentice Hall.
- Ferreira Rubio, Delia and Matteo Goretti (1994), “*Gobernar la Emergencia: Uso y Abuso de los Derechos de Necesidad y Urgencia (1989-1993)*”, *Agora*, 3 (1994): 70-75.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana (1996), *La Reforma del Poder Judicial en la Argentina*, Buenos Aires: FIEL.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericana (1990), *Protection of Intellectual property rights: The case of the Pharmaceutical Industry in Argentina*. Buenos Aires: FIEL.
- Kaufman, Ariel, César Pérez Pesado, and Santiago Urbiztondo (1993), *La Seguridad Jurídica y el Proceso Económico*, Buenos Aires. Tesis Norma.
- Linz, Juan (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, vol. 1-2. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Martorell, Ernesto Eduardo (1991), *Problemática práctica motivada por la ley de Convertibilidad*, Buenos Aires: La Ley, E p.912.

- Miller, Johnathan M. (1995). "Sitting in Judgement on the Argentine Supreme Court", *Legal Times* (August 14): 51-52.
- Moreno Ocampo, Luis (1993), *En defensa propia*, Buenos Aires: Sudamericana.
- Nino, Carlos (1992a), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, Carlos (1992b), *Argentina un País al Margen de la Ley*, Buenos Aires: Emece.
- Petrachi, Enrique (1987), *Control Judicial en la Argentina*, La Ley E. p. 709.
- Reisman W. Michael (1978), *Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms*, New York: Free Press.
- Rock, David (1985). *Argentina 1516-1987: From Spanish Colonization to Alfonsín*, Berkeley: University of California Press.
- Schumpeter, Joseph (1983), *The Theory of Economics Development*, New Brunswick: Transaction Books.
- Sherwood, Robert, Geoffrey Shepherd, and Calso Marcos de Souza (1984), "Judicial Systems and Economic Performance", *The Quarterly Review of Economics and Statistics*, 34 (Summer): 101-116.
- Shumway, Nicolas (1991), *The Invention of Argentina*, Berkeley: University of California Press.
- Smith, Adam (1948), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York: R.R. Smith.
- Verbitsky, Horacio (1991), *Robo para la Corona*, Buenos Aires: Planeta.
- Verbitsky, Horacio (1993), *Hacer la Corte*, Buenos Aires: Planeta.
- Vitolo, Alfredo (1985), *El Estado de Sitio, un Consejo para la Consolidación de la Democracia, Dictamen Preliminar para la Reforma Constitucional*, Buenos Aires: Eudeba.
- Von Hayek, Frederich (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.