

LOS AMPAROS CONTRA EL «CORRALITO» Y LAS LIBERTADES PREFERIDAS (NOTAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LOS JUECES Y LA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS).

por Maximiliano Rafael Calderón *

1. La crisis económica en la Argentina y sus distintos planos de análisis

En el mes de diciembre de 2001 se desencadenó en la República Argentina una gravísima crisis económica que se había estado incubando desde tiempo atrás¹, cuyos efectos expansivos generaron una elevada inestabilidad institucional² y un estado de seria conmoción social³.

En este contexto, se dictaron numerosas normas dirigidas *a priori* a superar la crisis⁴, pero que a la postre coadyuvaron a generar un marco legal

¹ Deben anotarse una profunda depresión económica, un índice de desempleo creciente, un estado sometido a permanentes ajustes pero deficitario, un sistema tributario regresivo y con altos índices de evasión fiscal, una política económica restrictiva, un tipo de cambio fijo mantenido en paridad absoluta con el dólar estadounidense (1\$=1U\$S) de una manera ficticia, como algunas de las causas de la fractura del sistema económico, que se encontraban subyacentes hasta 2001, y terminaron surgiendo a superficie a través de sus efectos, en diciembre de ese año.

² Con la renuncia del entonces presidente Fernando De la Rúa, se produjo la acefalía del Poder Ejecutivo Nacional, designando el Congreso de la Nación reunido en asamblea al luego también renunciante Adolfo Rodríguez Saá, primero, y a Eduardo Duhalde, después, todo ello en el marco de un profundo rechazo de parte de numerosos sectores de la población hacia la clase política en general, sin distinciones partidarias (expresada en la consigna de amplia difusión "Que se vayan todos").

³ Esto determinó la génesis de sinnúmeros grupos espontáneos que, con diversas metodologías de protesta y expresión, encarnaron factores de presión respecto del gobierno. De entre ellos, se destacan los llamados "piqueteros", caracterizados por la técnica del corte y toma de rutas y vías de transporte urbanas o rurales. Esto determinó la génesis de sinnúmeros grupos espontáneos que, con diversas metodologías de protesta y expresión, encarnaron factores de presión respecto del gobierno. De entre ellos, se destacan los llamados "piqueteros", caracterizados por la técnica del corte y toma de rutas y vías de transporte urbanas o rurales.

⁴ Sin la intención de agotar el interminable listado de normas de emergencia, de diverso tenor y fuente, y sin una articulación adecuada de las unas con las otras, creemos que pueden categorizarse de la siguiente forma: a) Normas tendientes al establecimiento, regulación, modificación y progresivo abandono del régimen de retención compulsiva de depósitos, o "corralito financiero" (Decreto 1579/01, ley 25.561/02, decreto 214/02, decreto 320/02, otros decretos modificatorios y reglamentaciones del Ministerio de Economía y del Banco Central, entre ellas la Resolución del Ministerio de Economía 668/02, que dispone la salida parcial del sistema); b) Normas tendientes a la reforma del sistema monetario y cambiario (Ley 25.561 y decreto 214/02, y disposiciones reglamentarias y complementarias); c) Normas tendientes a la modificación provisional del régimen de exigibilidad judicial de créditos, mediante ejecuciones

* Profesor Adjunto de Derecho público de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina)

confuso y contradictorio, ajeno a estándares razonables de seguridad jurídica⁵. No resulta sencillo precisar en qué medida las erráticas políticas legislativas adoptadas ayudaron a paliar la crisis, y en qué medida la retroalimentaron.

Debe tenerse en cuenta que el sector financiero fue el más intensamente afectado por la crisis, que se desató a partir de medidas adoptadas con la declarada finalidad de evitar la fuga de capitales del sistema financiero nacional⁶. Estas medidas, consistentes en la retención compulsiva de depósitos de ahorristas en las entidades financieras, y la posibilidad de retirar sólo cifras muy reducidas en forma periódica, fueron denominadas colectivamente como “corralito”⁷.

Posteriormente, se dictaron normas por las cuales se disponía la conversión compulsiva de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera, en obligaciones pagaderas en moneda nacional, conforme una paridad establecida legalmente⁸.

La paridad adoptada con relación a los depósitos bancarios⁹ fue muy inferior al valor de mercado libre de la divisa extranjera¹⁰, en cuyas fluctuaciones la duplicaba o triplicaba, por lo que los titulares de los depósitos se encontraron con que las entidades financieras les reconocían créditos

colectivas e individuales, y sus consecuencias (ley 25.563, 25.589, ley provincial 9056) (CALDERÓN, Maximiliano – ELLERMAN, Ilse, “La emergencia económica y la tutela procesal del crédito (a propósito del art. 16 de la ley 25.563, texto según ley 25.589)”, Foro de Córdoba N° 77, pág. 39/40).

⁵ Bastaría examinar el número de normas de distinta entidad y jerarquía (leyes del Congreso, decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina, etc.) que fueron dictadas en el año 2002, e intentar establecer de qué manera se articulan entre sí y cuál resulta el régimen efectivamente vigente, para notar que se trata de una tarea hercúlea aún para especialistas del derecho y directamente imposible para el resto de la sociedad.

⁶ Así lo explica el decreto 1570/01 en sus considerandos.

⁷ Este “corralito” fue articulado por el decreto 1570/01, la ley 25.561, el decreto 214/02 y numerosos decretos modificatorios y resoluciones del B.C.R.A. y del Ministerio de Economía. En esencia, importó una restricción de retiros de fondos depositados, justificada en la iliquidez de parte de los bancos para devolver simultáneamente a todos los ahorristas sus depósitos.

⁸ Comúnmente denominada “pesificación”, mediante un neologismo de amplia difusión. Esta conversión, con diversos alcances, fue dispuesta por la ley 25.561, los decretos 214/02 y 320/02, y otras normas complementarias. Las paridades para obligaciones vinculadas y no vinculadas al sistema financiero fueron expresadas en las normas referidas.

⁹ Un peso igual a un dólar estadounidense con cuarenta centavos (\$1=U\$S 1,40).

¹⁰ Una de las consecuencias de la ley 25.561 fue la derogación de la convertibilidad, y la liberación del sistema cambiario (sin perjuicio de la intervención en el mercado como vendedor o comprador, con fines regulatorios, del Banco Central). El dólar estadounidense, bajo estas pautas, superó la barrera de los tres pesos (\$3), sin que se supiera hasta dónde treparía.

significativamente menores a los que les hubieran correspondido si la conversión a pesos se practicaba al valor de mercado¹¹.

Así, los ahorristas tenían ya dos razones para accionar judicialmente, oponiéndose a las consecuencias de esta legislación de emergencia. La primera, obtener la restitución de sus depósitos, que se encontraban retenidos por las entidades financieras. La segunda, evitar la conversión de sus ahorros en moneda extranjera a pesos a una paridad que determine el cobro de una cantidad de dinero sensiblemente inferior respecto a la que percibirían de no pesificarse, o de pesificarse a valor de mercado.

Era de esperarse que ello los determinara a concurrir masivamente a la sede de la justicia, a fin de reclamar la satisfacción de sus intereses, cuestionando la validez de las normas emergenciales descriptas, y procurando el acabado cumplimiento de lo convenido contractualmente con las entidades bancarias, en su momento. Así lo hicieron.

Desde enero y febrero de 2002, los tribunales federales receptaron una cantidad inusitada de acciones de amparo¹² interpuestas con motivo de la retención compulsiva de depósitos bancarios y la conversión a pesos de las deudas en moneda extranjera contraídas por las entidades financieras. Ello terminó por colapsar el sistema, agotando la capacidad de respuesta del Poder Judicial de la Nación¹³.

El fenómeno reseñado puede ser (y ha sido) objeto de diversos análisis: económicos, sociológicos, políticos, jurídicos, y dentro de estos últimos,

¹¹ El quantum del daño resulta de restar del valor de mercado del dólar el valor de conversión establecido por ley (eventualmente, con más los índices indexatorios legales), y multiplicar el resultado por la cantidad de dólares que tiene depositados el ahorrista. Esta diferencia de cotización expresa la brecha entre el crédito reconocido y el que los depositantes pretenden cobrar.

¹² Tal la vía procesal escogida por los ahorristas para viabilizar sus pretensiones. La acción de amparo fue incorporada expresamente a la Constitución Nacional en su art. 43, mediante la reforma constitucional del año 1994.

¹³ No conocemos una estadística integral de la cantidad de causas ingresadas, pero la imposibilidad de parte de los tribunales de atenderlas en su totalidad es un hecho notorio, que puede ser fácilmente comprobado por cualquier operador jurídico que haya tenido alguna relación con el tema.

dirigidos a un examen técnico de la legislación¹⁴, a una indicación de la jurisprudencia dominante¹⁵, a una revisión del estado actual del derecho patrimonial después del dictado de un plexo normativo emergencial que lo modificó¹⁶, etc.

El enfoque adoptado, en el presente caso, se agota en una lectura acerca del razonamiento judicial y sus implicancias axiológicas, tomando como elementos de análisis los comportamientos de los magistrados en causas vinculadas con las normas que venimos señalando.

2. Las acciones de amparo “calificadas” y su tratamiento privilegiado

El colapso funcional del Poder Judicial de la Nación, producto de la innumerable cantidad de causas iniciadas, terminó por transformar los procesos en alongados trámites burocráticos, imposibilitando un acabado conocimiento de parte de los tribunales de las controversias particulares a resolver.

Pero además del fenómeno epidérmico que describimos, creemos que existen algunas circunstancias interesantes desde la óptica del razonamiento de los jueces intervinientes que merecen ser consideradas.

La imposibilidad de estudiar en detalle cada acción de amparo, desde sus particularismos y especificidades, obligó a los tribunales a generar otra manera de dar respuestas a los masivos requerimientos de los justiciables.

Uno de los instrumentos empleados consistió en la categorización de causas: el tratamiento dado a cada acción dependía de los motivos por los que se formulaba el reclamo, que se encuadraban al momento de promoción de la demanda en diversos tipos predeterminados por el tribunal (riesgo para la vida

¹⁴ Vgr., desde un análisis de articulación de la ley 25.561 y el decreto 214/02, ambos referidos a temas conexos.

¹⁵ Por ejemplo, en materia de pesificación en caso de mora precedente del deudor, o en materia de constitucionalidad de la pesificación, etc..

¹⁶ Por caso, el estudio actual del régimen de los contratos, o del procedimiento concursal o falimentario.

y la salud del ahorrista, problemas familiares o laborales, “mera violación del derecho de propiedad”)¹⁷.

La consecuencia de encuadrar una causa en una u otra categoría gravitaba, esencialmente, sobre la prioridad que el tribunal daba a las causas a los fines de proveer, e incluso sobre la admisión o rechazo de medidas cautelares peticionadas¹⁸.

De este modo, quien accionaba en virtud de una causa “calificada” por alguna circunstancia tal como un riesgo inminente en su salud, obtenía un diligenciamiento más rápido de su causa, y veía en cierta forma facilitada la concesión y despacho de la medida cautelar solicitada. Por el contrario, aquellos que actuaban con el exclusivo objeto de obtener una tutela de sus derechos patrimoniales, debían esperar que las acciones “calificadas” sean consideradas, por lo que se sometían a procesos más largos y burocráticos, en que además debían producir pruebas más contundentes para obtener medidas precautorias.

3. El fundamento práctico: la racionalización de los recursos, siguiendo pautas jurisprudenciales y normativas

El fenómeno descrito puede explicarse fácilmente desde una óptica estrictamente práctica: ante la perspectiva de una cantidad inmanejable de procesos judiciales, los tribunales optaron por racionalizar de algún modo la administración de sus escasos recursos humanos y materiales, acordando prioridades de tratamiento a ciertas acciones respecto de otras.

A los fines de dicha categorización de causas, los tribunales asumieron el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia, que había postulado con anterioridad la protección especial de determinados derechos personales,

¹⁷ Esta clasificación de las causas era realizada, normalmente, al momento de ingresarlas al tribunal.

¹⁸ Las medidas cautelares consistían en solicitudes de secuestro de los fondos depositados y retenidos por el “corralito”, en dólares o su equivalente en pesos conforme el valor de mercado libre al día del secuestro (no pesificación).

considerados esenciales¹⁹. Además, la Corte había admitido un tratamiento diferenciado respecto de la normativa de emergencia, en circunstancias excepcionales²⁰. Conciliando ambas tesis, se tuvo como “circunstancia excepcional” el gravamen de un derecho especialmente tutelado²¹.

Este criterio fue además asumido por diversas normas dictadas en el contexto de la situación de emergencia financiera de fines de 2001 y principios de 2002, que acordaban facilidades o directamente exceptuaban (si bien tras un trámite administrativo de dudosa utilidad) del régimen de retenciones de depósitos a aquellos que encontraban comprometidos determinados derechos especiales (vida, salud, integridad física)²².

Hasta aquí, la situación resulta clara. Era necesario elaborar un sistema informal de prioridades en el tratamiento de los casos, y para hacerlo se recurrió a parámetros jurisprudenciales, luego plasmados también en diversas normas de emergencia. Sin embargo, más allá de esta explicación lineal subyacen otras razones que apuntalaron el marco de justificación del sistema²³.

En principio, la mayor posibilidad de obtener medidas cautelares cuando se trataba de una causa calificada es cuestión ajena a criterios de asignación de recursos, más bien vinculada a la mayor urgencia adjudicada a solicitudes realizadas estando en riesgo determinados derechos de trascendencia extrapatrimonial.

¹⁹ Por caso el derecho a la vida, al que se entendió comprensivo de la preservación de la salud (Fallos 302:1284; 310:112).

²⁰ Por caso, admitiendo el planteo de inconstitucionalidad de una norma de consolidación de deudas por una circunstancia excepcional, como la avanzada edad (C.S.J.N. in re “Iachment c/ Armada Argentina”, Derecho del Trabajo 1993-A, pág. 820).

²¹ Este esquema argumental ha sido reiteradamente empleado por tribunales diversos de la Corte Suprema de Justicia. Por citar sólo un caso, mencionemos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia in re “Cesarín, José Ángel y otros p.ss.aa. de propagación culposa de enfermedades peligrosas – recurso de casación e inconstitucionalidad”, Foro de Córdoba 60, pág. 179 y ss..

²² Decreto 320/02, art. 12 in fine, ley 25.587, art. 1, etc.

²³ No podemos olvidar que ninguna ley sustantiva ni adjetiva autorizaba a los tribunales a discriminar las causas de la manera en que se realizó, por lo que la medida requería de parte de éstos cierta explicación o justificación a los fines de ser admitida por los justiciables y sus letrados como un criterio mínimamente razonable, y no como una arbitrariedad del tribunal, que hubiera generado recursos e impugnaciones, multiplicando inoportunamente las controversias y el volumen de trabajo.

E inclusive la prioridad temporal otorgada a las causas calificadas tampoco fue concebida como una decisión convencional y arbitraria por los tribunales, que desarrollaron un esquema formal e informal de justificación del criterio, con un basamento que no se agota en cuestiones administrativas²⁴.

4. El fundamento profundo: las libertades preferidas y la jerarquía axiológica del sistema jurídico

En esta instancia del análisis, debemos puntualizar algo: los magistrados no establecieron el criterio de categorización de causas de una manera mecánica, cumpliendo ordenes o instrucciones, sino que lo concibieron como una herramienta valiosa y respetuosa de “cierta ordenación natural” entre los derechos, conforme la cual algunos debían ser tutelados de modo más urgente e intenso.

Mientras se toleraban determinadas restricciones al derecho de propiedad de los ahorristas, se ofrecía una tutela especial y más extensa a otros derechos extrapatrimoniales: la vida, la salud, la integridad corporal, etc..

En este esquema subyace una valoración de los magistrados. Sin encarar siempre una justificación acabada en sus resoluciones interlocutorias (que sí puede observarse en algunas sentencias definitivas), es evidente que los tribunales trabajaban sobre la base de una escala de valores que tomaban en cierta forma como evidente y de carácter objetivo. Esa escala de valores posibilitaba una discriminación de las causas judiciales sobre la base de criterios concebidos también como objetivos, aunque sin mayor desarrollo argumental en lo atinente al diverso rango de cada derecho.

Implícita o explícita en estos razonamientos, aparece la idea de axiología constitucional, conforme la cual el sistema jurídico positivo se encuentra articulado a partir de una red de valores jerárquicamente ordenados, conforme un diseño constitucional, de suerte que los derechos individuales y su relación

²⁴ Estas justificaciones comenzaban con los empleados de barandilla de los tribunales, que explicaban que la urgencia y la necesidad de evitar daños en la salud de las personas eran el fundamento por el cual algunas causas avanzaban más rápidamente que otras, con independencia de la fecha de promoción.

dialéctica con la autoridad no se establecen en forma horizontal (con todos los derechos en un mismo nivel), sino escalonadamente, reconociendo rangos y jerarquías²⁵.

Este modelo ha sido reiteradamente utilizado en la práctica judicial argentina, descalificando las pautas de igualdad de los derechos e interpretación armonizante que la propia Corte Suprema estableciera en sus decisiones²⁶. La experiencia judicial demuestra que los conflictos de derechos se resuelven mediante esquemas de coordinación y subordinación, en que la ubicación relativa dentro del sistema axiológico de cada derecho resulta dirimente²⁷.

Esta doctrina tiene expresa recepción normativa en aquellos estados cuyas Constituciones establecen catálogos de “Derechos Fundamentales”, a los que se acuerda una mayor protección que a los restantes²⁸.

²⁵ Hemos sostenido la existencia de valores en el mundo jurídico en el artículo “Los valores en la Constitución Argentina”, en Revista Telemática de Filosofía del derecho N° 3 (<http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero3>), entendiéndolos en clave realista. A su vez, concebimos a la axiología constitucional como el sistema ordenado y jerarquizado de valores propios de un sistema jurídico, derivados de su estatuto fundamental y supremo, en artículo en coautoría con la Dra. Ilse Ellerman llamado “La ideología y axiología de la Constitución Nacional Argentina”, en Revista Telemática de filosofía del derecho N° 6 (<http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero6>).

²⁶ La Corte estableció en diversas resoluciones la tesis de la igualdad jerárquica, imponiendo al intérprete la obligación de armonizar los diversos derechos (Fallos 255:293; 256:241; 258:267; 259:403; 264:94; 311:1438, entre otros). Esta igualdad jerárquica ha sido descartada por el mismo alto cuerpo, que ha admitido los conflictos de derechos (ver Fallos 255:330; 264:416; 312:496) y ha privilegiado algunos derechos por sobre otros (por mencionar sólo un caso paradigmático, ver autos “Ponzetti de Balbín”, Fallos 306:1982). En cuanto a la “interpretación armonizante”, no alcanzamos a entender su significado profundo, pues si realmente existe un conflicto de derechos o valores (y no una oposición entre un derecho real y otro aparente), sólo puede resolverse la controversia prefiriendo a uno sobre el otro, a menos que la pretendida armonización implique la búsqueda de una fórmula transaccional, que por regla no admitiremos si son valores de distinto rango.

²⁷ La oposición entre derechos genuinos no es una tesis aceptada unánimemente en el contexto del realismo crítico. No ingresaremos a tal debate, limitándonos a expresar que dicho conflicto puede existir en términos reales (y no solo aparentes) como producto de la expresión por cada derecho subjetivo de un valor diverso, con una ubicación relativa en la red axiológica también diversa. Cabe hablar de verdaderos derechos, desde que la pretensión de ejercicio no se postula mediante conductas abusivas, sino dentro del ámbito específico de libertad jurídicamente tutelado. No obstante ello, mencionamos como propuesta valiosa y en gran medida superadora de los métodos de categorización y balanceo la realizada por Fernando Toller en el artículo “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, en “Anuario de Derecho 4 – Universidad Austral”, pág. 225, Abeledo Perrot, Bs. As. 1998.

²⁸ Entre otras, mencionamos la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española de 1978. Para un estudio de los derechos fundamentales recomendamos la lectura de la obra de Pérez

La práctica judicial de los Estados Unidos de América produjo una noción análoga a la del ordenamiento jerárquico de los derechos: la de libertad preferida²⁹.

Este concepto, de génesis jurisprudencial³⁰, explica la existencia de ciertas libertades individuales que reciben un trato preferencial sobre las restantes, lo que determina su prevalencia en caso de conflicto con una libertad común o no calificada.

Pero además, y esto es de particular importancia, las libertades preferidas no pueden ser restringidas en la misma intensidad que los demás derechos o libertades.

5. Las libertades preferidas y la restricción de los derechos individuales

A diferencia de una libertad común o no calificada, las libertades preferidas reciben una tutela especial de parte del sistema jurídico, conforme la cual no pueden ser objeto de determinadas restricciones, o sólo pueden serlo en menor medida³¹.

En la misma línea, se ha trabajado sobre la idea del ordenamiento jerárquico de los derechos y su proporcionalidad inversa con su restringibilidad,

Luño, "Los Derechos Fundamentales", Tecnos, Madrid 1995. Una explicación breve puede encontrarse en el artículo de Roberto-Marino Jiménez Cano, "Un dedo en mi ojo. Sobre la Justicia, el Derecho y los derechos humanos fundamentales", en la Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 1, 1997/1998, pp. 7-15, en especial 7-10. Un interesante análisis sobre la reglamentación de los derechos, la llamada "teoría del contenido esencial" y los derechos fundamentales puede verse en Antonio Luis Martínez – Pujalte, "Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial", en "Anuario de Derecho 4 – Universidad Austral", pág. 14, Abeledo Perrot, Bs. As. 1998.

²⁹ Recomendamos, por representar una síntesis breve y clara del punto, la lectura del artículo de Walter F. Carnota, "Los valores y las libertades preferidas", en "Los valores en la constitución argentina", Ed. Ediar, Bs. As. 1999, pág. 165 y ss.

³⁰ La doctrina ubica el origen de la teoría en el caso "Lochner c/ New York" (198 US 45), resuelto en 1905 por la Corte Suprema estadounidense. Otros autores refieren a las causas "Massachusetts c/ Murguis" y "Frontiero c/ Richardson" (Sagües, Néstor Pedro, "Elementos de derechos constitucional", Tomo 2, pág. 707, Astrea, Bs. As. 1997). El desarrollo de la doctrina en términos más claros y precisos fue realizada por el alto órgano en casos como "Palko c/ Connecticut" (302 US 319), de 1937, o "Murdock c/ Commonwealth of Pennsylvania" (319 US 114), de 1943.

³¹ Encontramos una aplicación en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, quien afirmó que si puede decirse que ciertas garantías constitucionales son renunciables, ello se refiere "a las que amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad" (Fallos 279:283).

considerando incluso la existencia de derechos absolutamente no restringibles³².

Utilizando una feliz expresión, el grado de restringibilidad de determinados derechos es menor, de suerte que cuando mayor es la jerarquía que se les asigna, menores son las limitaciones que pueden sufrir³³.

En particular, la teoría de las libertades preferidas tiene una aplicación concreta en hipótesis de emergencia, en que se admite en general una limitación más intensa de los derechos individuales³⁴. En rigor, la tesis que examinamos surgió como un correctivo al ejercicio indiscriminado del poder de policía, acentuando los límites de su ejercicio en ciertos casos puntuales³⁵.

Pensándola en relación al poder de policía de emergencia, y como todas las tesis correctivas, la de las libertades preferidas tiende en última instancia a legitimar el sistema de restricciones a los derechos individuales³⁶, dejando fuera del ámbito de las limitaciones coactivas determinados derechos de mayor valía, y evitando la composición de un esquema de poder ilimitado del estado que operaría desconociendo la esfera de libertad de los particulares,

³² Resultan muy valiosos los análisis de Miguel Ángel Ekmekdjian, plasmados en una tesis de desarrollo progresivo expresada en diversos artículos. Por expresar sus ideas en una versión considerablemente avanzada, recomendamos la lectura del artículo "El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales", en "Los valores en la constitución argentina", Ed. Ediar, Bs. As. 1999, pág. 9 y ss.

³³ Miguel Ángel Ekmekdjian, op. cit., pág. 11 y ss., axioma 9.

³⁴ La posibilidad de recurrir a la teoría de las libertades preferidas para resolver la dialéctica derechos individuales – restricciones especiales por razones de emergencia fue propuesta en sentido coincidente con nuestro análisis por Luis Maximiliano Zarazaga, en una reunión del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba.

³⁵ Se define entonces un "doble estándar de constitucionalidad" o un "modelo de los dos planos", que diferencia los derechos no calificados (patrimoniales) de los preferidos, y exige un "escrutinio estricto" de las normas que limitan o restringen los segundos. Esto se traduce en un control de constitucionalidad más estricto, y un riguroso examen de la razonabilidad de la norma y cumplimiento del debido proceso sustantivo. Recomendamos, para un examen de la noción de razonabilidad, la obra de Juan Francisco Linares "Razonabilidad de las leyes", Astrea, Bs. As. 1989.

³⁶ El razonamiento sería: existe una tesis valiosa, pero que tiene alguna consecuencia negativa o no deseada, de modo que requiere otra tesis complementaria (correctiva) que rectifique esos efectos. En concreto, la teoría del poder de policía de emergencia es valiosa desde que habilita el ejercicio más intenso del poder estatal en circunstancias que por su gravedad así lo exigen, pero requiere de correctivos que limiten su alcance, evitando la desnaturalización de derechos individuales.

desnaturalizando la estructura constitucional y degradando la noción de estado de derecho³⁷.

6. A modo de conclusión: la valoración de los magistrados y la praxis judicial

Si es posible agregar alguna reflexión final a esta elemental demostración de las estructuras valorativas subyacentes en la reciente conducta de nuestros magistrados, esa reflexión deviene de la demostración misma.

Pensamos que, sin explicar cabalmente la teoría del ordenamiento jerárquico de los derechos, ni recurrir en forma abierta a las consecuencias de la axiología constitucional, ni invocar la doctrina de las libertades preferidas, es evidente que los tribunales que categorizaron las causas sometidas a su conocimiento partieron de una valoración de los derechos comprometidos.

Es no menos claro que esa valoración se realizó privilegiando determinados derechos extrapatrimoniales, lo que define que los magistrados pensaron en clave personalista, apoyados en una axiología que juzgamos compatible con la de nuestra Constitución Nacional, suficientemente equidistante de excesos individualistas y colectivistas³⁸.

Este modo de pensar entraña la síntesis que mejor expresa la red invisible de valores que informan nuestro sistema jurídico, y por ello es permeable a doctrinas (como la de las libertades preferidas) que buscan un punto de equilibrio entre la protección del interés social y la defensa de un reducto de derechos fundamentales que no pueden ser vulnerados ni postergados.

³⁷ Una muy aguda e ilustrada indicación del modo en que la reglamentación del ejercicio de los derechos sin un límite adecuado se produjo en nuestro país, con la consiguiente desnaturalización del derecho reglamentado, puede verse en Carlos S. Nino, "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea, Bs. As. 2000, debiendo tenerse presente la tesis general del autor y su punto de partida ideológico y metodológico.

³⁸ Esta visión personalista o personalismo solidario engarza con la ideología explícita en la reciente doctrina de nuestra Corte Suprema y con la axiología de nuestra Constitución Nacional. Sobre el ejercicio del poder de policía, la noción de bien común y el personalismo solidario, recomendamos leer a Alfonso Santiago (h), "El concepto de bien común en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", ED 07/06/01.

Y esta asunción de un pensamiento valorativo aparece como una demostración empírica de que la praxis del derecho no puede entenderse como una sucesión de ritos sólo comprendida por versados tecnócratas, importando por el contrario una valoración o estimación en que se apoyan en profundidad las decisiones de los magistrados³⁹. Más allá de cómo valoran (aspecto al que ya nos referimos), nos interesa exhibir el hecho en sí de que los jueces valoran.

Entendemos que, sólo mediante el ejercicio y la asunción de una actitud valorativa podrá devolverse al derecho su ubicación de privilegio como instrumento de arquitectura social y medio de realización de la justicia, y sólo de ese modo los justiciables podrán reconocer la existencia de un derecho al servicio del hombre.

³⁹ La visión tecnocrática del derecho y la negación de una dimensión valorativa determinan, además, una noción antidemocrática del derecho, que aparece como un conjunto de formulismos inaccesibles para el pueblo en general. Por el contrario, y en ligera cita de una antigua historia, la recuperación de un horizonte valorativo del derecho puede operar del modo en que lo hiciera Cneo Flavio al sustraer a los pontífices romanos las fórmulas sacramentales del derecho y divulgarlas entre la multitud, devolviendo a los justiciables un derecho comprensible y confiable.