

CONSTITUCIONALIDAD O NO DE LAS RESTRICCIONES A LA ADQUISICION DE DIVISAS *

CONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS ON THE ACQUISITIONS OF FOREIGN CURRENCY

*Paula Mariel Borgarello***

Resumen: El presente trabajo analiza la constitucionalidad de las disposiciones normativas relativas a las restricciones en relación a la adquisición de moneda extranjera dispuestas recientemente por la Administración Federal de Ingresos Públicos y el Banco Central de la República Argentina.

Palabras - clave: Restricciones a las divisas – Constitucionalidad.

Abstract: This paper analyzes the constitutionality of regulatory requirements relating to the restrictions on the purchase of foreign currency recently arranged by the Revenue Administration and the Central Bank of Argentina.

Keywords: Restrictions of foreign currency – Constitutionality.

SUMARIO: I. Introducción.– A. Cuestiones políticas.– B. Limitaciones excepcionales.– II. Análisis.– III. Conclusión.

I. Introducción

En virtud de las recientes decisiones de la Administración Federal de Ingresos Públicos en relación a la adquisición de moneda extranjera y las dificultades que se presentan con relación a dichas decisiones en cuanto a la disponibilidad de adquirir esas monedas realizaré el presente análisis. Previo al mismo es dable tener en claro una serie de cuestiones que son imprescindibles a los fines de llegar a una conclusión.

A. Cuestiones políticas

Partimos de considerar que el poder judicial tiene vedado el análisis de la oportunidad, mérito y conveniencia de ciertas cuestiones que la doctrina denomina común-

* Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2012; aprobado el 28 de febrero de 2013.

** Abogada. Notaria. Especialista en Derecho Procesal Profesora auxiliar de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

mente *no judiciales*, es decir aquellas que son de naturaleza política y que no pueden estar sometidas al control por parte de los jueces según nuestro sistema difuso de control de constitucionalidad establecido por la Constitución Nacional. La doctrina y la jurisprudencia han discutido con respecto a la extensión del término *cuestiones no judiciales o políticas* pero podemos considerar que nuestro Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, señaló que no resulta competencia de éste pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero, apreciando si éstas pueden ser beneficiosas o perjudiciales para el país.

Tampoco pueden juzgar el mérito de las políticas económicas decididas por otros poderes del estado, sino solamente ponerles un límite cuando violan la Constitución Nacional declarando si repugnan o no a los principios y garantías contenidos en la misma.

Asimismo debemos tener en cuenta y considerar la vigencia del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos consagrado en el artículo 12 de la ley 19.549 que dispone “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial– e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

Sin embargo, la administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

Es decir, la vigencia de esta presunción *iuris tantum* dispone la legalidad de un acto administrativo mientras no se demuestre lo contrario. Así planteadas las cosas, podríamos sostener que las resoluciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos y del Banco Central de la República Argentina en relación a la adquisición de divisas extranjeras son cuestión no judicial y como son actos administrativos emanados de la administración central del país, gozan de esta presunción de legalidad, por lo que no serían cuestionables.

Sin embargo, en el marco normativo de nuestra Carta Magna, vemos que la situación no es así. Los derechos constitucionales son relativos y no existen derechos absolutos. Dentro de esta relatividad de derechos es donde entra a jugar un papel fundamental el estado con sus potestades reglamentarias, limitando los derechos de los habitantes. Pero a pesar de esta amplia facultad en cabeza del estado ya sea nacional, provincial y municipal, este ejercicio del poder de limitar derechos tampoco es absoluto sino que está regido por ciertos principios, de lo contrario esa presunción de legalidad cae.

Los principios son los siguientes:

a) *Principio de Razonabilidad*: La razonabilidad surge del artículo 28 de la constitución nacional y establece que las leyes no pueden alterar los derechos reconocidos

por ella, así como también los decretos reglamentarios no pueden alterar las leyes que los reglamentan. El estado sólo puede establecer legítimamente restricciones a los derechos cuando y en la medida en que razones de bien común así lo requieran. La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la medida está dada por la razonabilidad de la restricción. Si la restricción es razonable, se entenderá que no altera el derecho y por lo tanto es constitucional; si es irrazonable o arbitraria será inconstitucional. Así el Alto Tribunal ha establecido que para juzgar si una restricción a un derecho es razonable ésta deberá ser justificada, adecuada y proporcionada.

b) Principio de Legalidad: Las restricciones deben surgir de la ley concebida en sentido material tal como lo dispone el artículo 19 de la constitución nacional. Esto significa que no solamente está considerada como tal, las disposiciones emanadas del poder legislativo, sino también las dictadas por el poder ejecutivo y los entes descentralizados y autárquicos.

c) Principio de Reserva: Hace referencia al ámbito de privacidad de los individuos siempre que no violen las disposiciones establecidas por el artículo 19, quedan excluidas de la potestad reguladora del Estado.

d) Principio de Igualdad: En virtud de este principio no pueden imponerse válidamente restricciones a los derechos que afecten de manera desigual a quienes se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias (artículo 16 de la Carta Magna); de manera que si se establecen distinciones y categorías entre las personas, éstas deben basarse en criterios objetivos que no importen privilegio, ni persecución u hostilidad hacia determinadas personas o grupos (1).

Sin embargo, en determinadas situaciones, la Constitución Nacional prevé que el Poder Judicial en sus distintos ámbitos debe limitar situaciones que denoten un ejercicio arbitrario del poder que ostenta el Ejecutivo y sus desmembraciones, cuando sus decisiones resulten irrazonables, arbitrarias y atentatorias del bien común de la Nación o de los derechos y garantías amparados por la Constitución como es en el presente caso.

B. Limitaciones excepcionales

Por otro lado, si remotamente nos imagináramos que esta facultad que se arrogó el poder ejecutivo estuviera dentro de las facultades del Estado en situaciones de emergencia, tampoco existe esta condición fáctica que exigen dichos institutos de la emergencia.

Precisamente en el caso citado no se encuentran ninguno de los requisitos exigidos para que exista una delegación legislativa, ni un decreto de necesidad y urgencia: no existe una situación de emergencia pública, ni se ha dado la delegación aludida, por lo tanto el poder ejecutivo no puede disponer de los derechos de los ciudadanos

(1) CSJN Fallos 321:2181:318:1256;302:457.

a través de reglamentaciones emitidas por sus entes autárquicos cuando formal ni fácticamente se ha verificado una situación de emergencia.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en el caso Peralta (2) que la situación de emergencia se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la constitución. Precisamente no nos encontramos ante una situación de emergencia tal como lo define la Corte ni fácticamente se dan las circunstancias que rodean a un instituto de emergencia.

II. Análisis

Establecidos los lineamientos generales procedemos a analizar la cuestión fundamental cual es establecer si las disposiciones que el poder ejecutivo a través de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha dictado con respecto a las restricciones en la adquisición de divisas extranjeras son violatorias o no de derechos constitucionales.

En primer lugar, estas reglamentaciones al afectar derechos constitucionales no son cuestiones políticas no judiciales sino que están sometidas al control de constitucionalidad ejercido por todos los jueces que forman parte del poder judicial de acuerdo al sistema difuso al que adhiere la República Argentina.

De las numerosas disposiciones normativas –que no procedo a analizar por exceder este trabajo y además por la circunstancias de que están permanentemente actualizándose, privaría de vigencia al presente trabajo– aparentemente surgiría que nos encontramos frente a un sistema de control creado exclusivamente a los fines fiscales que busca cotejar la capacidad económica de los solicitantes.

De todas las disposiciones dictadas por la AFIP y el Banco Central de la República Argentina (BCRA) surge que se puso en manos de un órgano netamente recaudador la facultad de controlar la operación de venta de moneda extranjera, quien mediante la información obrante en las bases de datos propias valida o no la operación teniendo como finalidad la optimización del control fiscal y la lucha contra el lavado de dinero.

Sin embargo la realidad ha demostrado y la actualidad sigue demostrándolo, que estas disposiciones analizadas desde un punto de vista constitucional no dejan de ser más que un marco normativo complicado, intrincado, y sumamente cambiante que

(2) CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, 27/12/1990.

fluctúa diariamente e implica una prohibición arbitraria, discriminatoria y discrecional a la compra de divisas o billetes extranjeros.

Es decir, esta normativa reviste el carácter de inconstitucional porque, de acuerdo a lo anteriormente analizado es una limitación a los derechos ejercida por el poder ejecutivo, que lejos de reglamentarlo en forma adecuada, resulta contraria a los principios de reserva, legalidad, y razonabilidad con sus tres sub principios: justificada, adecuada y proporcionada.

A continuación analizaremos cada uno de esos principios y veremos como estas reglamentaciones fueron violatorias a los mismos.

a) *Principio de Reserva*: Como señalamos anteriormente este principio expone que las acciones de los hombres que no ofendan el orden, ni la moral pública ni perjudiquen a terceros quedan excluidas de la potestad reglamentaria. Es decir, según dispone el artículo 19 de la Constitución Nacional todo aquello que los sujetos activos de derecho dentro del estado realicen y no esté proscripto por las leyes ni afecten a terceros no puede ser limitado por el estado. De manera tal que las reglamentaciones referidas, serían absolutamente violatorias del principio de reserva cuanto que la compra de divisas extranjeras no está prohibida por ley y todos los habitantes son libres de adquirir la moneda del país que opten y aplicarlas al fin que les parezca correcto siempre que no se entromete con derecho de terceros. La compra de divisas es un acto privado que se encuentra dentro de la esfera de la privacidad de cada individuo –quedan exentas de la autoridad– es decir no puede ser regulada por ningún poder del estado porque cualquier regulación en este sentido sería arbitraria como lo es en este caso.

b) *Principio de Igualdad*: Se viola este principio ya que es discriminatoria, en cuanto, frente a situaciones *prima facie* iguales, como sería la de cualquier habitante de la República Argentina que intenta adquirir moneda extranjera, la legislación que estableció las restricciones al mercado cambiario hacía distinciones. Pero lo más grave es que los hace sin fundamento fáctico ni legal alguno, según se tratare de adquirir una casa, u otro fin. Ello en franca violación al derecho de igualdad consagrado en el artículo 16 y a la ley de actos discriminatorios N° 23.592 que en su artículo 1 dispone que “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o carácter físicos”.

c) *Principio de Justificación*: Por sobre todas las cosas es discrecional por el mayor inconveniente de este régimen de inconsistencias, se dan situaciones en que el contribuyente nunca sabe los motivos exactos por los cuales la AFIP lo consideraba sin suficiente capacidad económica para realizar operatorias de compra de divisas, sin

recibir ningún otro tipo de información al respecto y en franca violación a su derecho de defensa consagrado no sólo en el artículo 18 de la CN sino también en los Tratados Internacionales artículo 8 punto 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 14 punto 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 26 Declaración Americana de Derechos del Hombre; artículo 10 Declaración Universal de Derechos del Hombre. Es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace indispensable ya que el carácter discrecional de las facultades involucradas no puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

La Corte ha dicho que “cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de alguno de los mencionados derechos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezcan de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de proceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa -por más inconstitucional que éste fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una oportuna restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado” (3).

d) *Principio de proporcionalidad*: No cumple con el requisito de ser proporcionada con el fin perseguido ya que es mayor el daño a los derechos que se está ocasionando que el beneficio que se está obteniendo con dicha medida.

e) *Principio de adecuación*: Ya que no existe una relación de medio-fin, en el sentido que existen otros modos de conseguir los fines propuestos por la administración central que es evitar la evasión impositiva y el lavado de activos.

III. Conclusión

Luego de analizar las distintas cuestiones que rodean a esta legislación en particular concluimos en considerar que las disposiciones emitidas por la AFIP en el marco de la compra de divisas extranjeras son inconstitucionales y violatorias de derechos elementales consagrados en nuestra Carta Magna.

Afectan directamente el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna, el derecho a la igualdad en el artículo 16, el derecho de defensa en el artículo 18 ya que los perjudicados no pueden defenderse de una disposición que no está fundamentada; derecho al acceso a una vivienda digna en el caso que las divisas se quieran obtener para la adquisición de una vivienda, derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 14 bis CN. Asimismo se vería conculcado el derecho de los usuarios y consumidores que gozan de protección constitucional por los artículos 42

(3) CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta- Ministerio de Empleo y la Producción s/ Amparo”, 30/09/08, C.2124.XLI.

y artículo 43 de la CN. El texto constitucional contiene una referencia específica a los mismos, consagrando la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno e imponiendo a las autoridades la protección de esos derechos. Dicho razonamiento, en cuanto a la inconstitucionalidad encuentra sustento no sólo en los derechos constitucionales aludidos, sino también en el principio de tutela judicial efectiva, que refuerza tal protección y resulta fundamental para la prestación de un adecuado servicio de justicia.

La democracia como sistema de gobierno consagra la plena vigencia de derechos para los hombres y mujeres que si bien no son absolutos, deben estar regulados cumpliendo ciertas pautas constitucionales y requisitos de validez que en el caso en particular no se han respetado. Las libertades de los seres humanos tienen un límite infranqueable cual es la razonabilidad en su limitación, razonabilidad que en estas disposiciones quedó relegada.

En un estado de derecho y con un régimen democrático vigente, no podemos permitir que un poder del estado, avasalle los derechos de sus habitantes, bajo el pretexto de regulaciones ilegales, arbitrarias, discriminatorias e irrazonables.

